UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

TESIS

El derecho a la igualdad salarial:

**¿A trabajo igual salario igual o a trabajo de igual valor salario
igual?**

PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADA POR:

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

DIRECTOR:

Dr. HERNÁN MURIEL CICERI

Bogotá, 2 de Diciembre de 2016

A Ana María (+), cómplice en este y en otros sueños.

A Geraldo von Potobsky (+), amigo y maestro.

El autor está convencido de que la igualdad de trato y de oportunidades debe imperar entre hombres y mujeres. Sin embargo, con el fin de evitar la sobrecarga al texto que supondría utilizar por separado sustantivos masculinos y femeninos (trabajador/trabajadora, por ejemplo), se empleará en esta obra el masculino genérico clásico, bajo el entendido de que éste representa siempre tanto a mujeres como a hombres.

AGRADECIMIENTOS

En esta investigación conté con apoyos institucionales y de muchas personas. En cuanto a los primeros, debo especial agradecimiento a instituciones como la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en Suiza, a la Universidad de Salamanca, a la Corte Suprema de Justicia y a la Corte Constitucional de Colombia. También a las personas que en distintos momentos me brindaron valiosas orientaciones, opiniones, consejos y soportes documentales.

Con el riesgo de omitir algunos nombres, quiero manifestar mi sincera gratitud especialmente a Humberto Villasmil Prieto (a la postre Especialista Principal en Legislación Laboral de la OIT), quien coordinó mi agenda de entrevistas con funcionarios de la OIT en Ginebra, Suiza y a Wilfredo Sanguineti R., Catedrático de la Universidad de Salamanca, por facilitar mi contacto con esa Universidad para una estadía de investigación en 2014. Tales entrevistas y estadía, aportaron importantes elementos para esta investigación.

Debo especial agradecimiento, en la OIT, a Cleopatra Dumbia-Henry, a la postre Directora del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, a Alberto Echavarría S., integrante del Consejo de Administración y del Comité de Libertad Sindical, a Jane Hodges, Directora de la Oficina para la Igualdad de Género, a Giuseppe Casale, para entonces Director del Programa de Administración e Inspección del Trabajo, a Martin Oeltz, Especialista Senior en Igualdad y no Discriminación, a María Marta Travieso –Jurista- y a Xavier Beaudonnet -Jurista Principal-, del Servicio de Libertad Sindical y a Indira Bermúdez A., de la biblioteca de la OIT. Todos ellos contribuyeron con valiosa información sobre las normativas de la OIT, sus antecedentes y actuales desarrollos, relativos a la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, particularmente durante mis estadías en Suiza a mediados de los años 2013 y 2014.

En la Universidad de Salamanca, debo particular reconocimiento a los profesores Enrique Cabero Morán, Director del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Ascensión García Trascasas, Secretaria del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social, por su gentil apoyo durante mis estadías de investigación en esa Universidad en las primaveras de 2013 y 2014, lo mismo que a su Catedrático Manuel Carlos Palomeque López, por su amable disposición para apoyarme en mi labor investigativa.

Con los profesores españoles Juan B. Vivero Serrano y Jesús Lahera Forteza, profesores titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en su orden, de las universidades de Salamanca y Cantabria y Complutense y Autónoma de Madrid, sostuve productivos diálogos personales sobre la materia objeto de esta investigación y además me brindaron generosamente luces y documentación sobre este tema en su país. Apoyos similares recibí de la profesora Rosario F. Gallardo Moya, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Castilla-La Mancha, así como de Laura Arroyo y Amaya Otaegui, de la Fundación Primero de Mayo de Madrid.

En la Corte Constitucional de Colombia debo agradecer la deferente colaboración del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en su momento Presidente de esa ilustre Corte, quien me brindó el decisivo soporte de la Relatoría del alto tribunal.

En la Corte Suprema de Justicia, debo resaltar la cooperación que recibí de la Relatoría de la Sala de Casación Laboral, particularmente de Henry A. Rodríguez D., su Director, y de Lena del Mar Sánchez V. Su ayuda fue muy importante en la indagación sobre las líneas jurisprudenciales de esa alta corte en materia de igualdad retributiva.

A Luz Dey Feo F., agradezco su entusiasmo y contribución en la búsqueda de materiales dentro de la investigación preliminar; igualmente al jurista uruguayo Jorge Rosenbaum, por sus aportes documentales sobre jurisprudencia latinoamericana y a María del Mar Molina Mesa

por sus indagaciones y hallazgos sobre literatura anglosajona y norteamericana en materia de trabajo de valor comparable.

Debo finalmente mi agradecimiento efusivo al profesor Hernán Muriel Ciceri, director de esta tesis, por sus recomendaciones, siempre pertinentes, en aspectos metodológicos y de contenido para esta investigación.

El aliento, respaldo y aportes de todos los mencionados, fueron siempre el mayor estímulo para avanzar en este trabajo y concluirlo.

EL AUTOR

RESUMEN

En los estados sociales de derecho, la noción de igualdad (que en los estados liberales era meramente formal), se pretende llevar al ámbito material. Ese concepto material de igualdad inspira al Derecho del Trabajo desde sus inicios, en dos dimensiones: la igualdad vertical y la horizontal. La primera pretende disminuir al máximo la proverbial asimetría que existe entre empleador y trabajador, y para ello limita la autonomía contractual, mediante unas normas de derecho necesario (estatuto del trabajo) y la negociación colectiva. La segunda reconoce igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores, sin distinguirlos por el carácter intelectual o material de su labor, por su sexo o por su forma de retribución. En este último terreno, se han formulado dos postulados: “a trabajo igual salario igual” (*TI*) y “a trabajo de igual valor salario igual” (*TIV*). El primero exige salarios iguales cuando dos trabajadores desempeñen la misma labor, mientras que el segundo los exige cuando sus ocupaciones sean no solo iguales sino con el mismo valor. *TI* es idóneo para enfrentar discriminaciones salariales directas, por motivos de raza, sexo, edad, etc.); *TIV* lo es para combatir las discriminaciones salariales indirectas (que son las más frecuentes y suceden cuando una medida o política aparentemente neutra produce un impacto adverso a un colectivo de personas, como por ejemplo las mujeres), salvo que se demuestren razones objetivas y proporcionales para el trato diferente. Por esta razón el principio *TIV* se ha impuesto en las normativas internacional, supranacional y de muchos países. En Colombia, durante muchos años –a partir de los años 30 del siglo XX-, ha imperado en la práctica –y continúa haciéndolo-, el principio “a trabajo igual salario igual”, a pesar de que, con ocasión de la vigencia de la Constitución de 1991, el Convenio 100 de la OIT (que consagra el principio *TIV* para el caso de hombres y mujeres),

forma parte del bloque de la constitucionalidad. Por eso aquí se afirma que el principio *TIV* es el que impera en Colombia y que, por tanto, el estado deberá emitir, en el marco de una política pública que aquí se propone (orientada a la implementación de tal principio), normativas coherentes y no -como hasta ahora ha sucedido- inconsistentes con él.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1. Objeto y finalidad de esta investigación.	13
1.1. Objetivos.	13
1.2. Preguntas de investigación.	14
2. Método y desarrollo.	16
2.1. Justificación.....	16
2.2. Metodología y fuentes.....	17
CAPÍTULO 1. UN PANORAMA GENERAL DE LA IGUALDAD	21
1. La igualdad como construcción normativa.	22
2. ¿Igualdad en qué?	25
3. Las dimensiones de la igualdad.	29
4. La igualdad en los estados liberales clásicos.	31
4.1. El carácter netamente jurídico, indiferenciador y formal de la igualdad.	31
4.2. El principio de igualdad, como regla general, no vincula al legislador.	36
5. La igualdad en los estados sociales de derecho.	40
5.1. La igualdad ante la ley como exigencia de generalidad.....	40
5.2. La igualdad ante la ley como garantía de regularidad o uniformidad del procedimiento.....	42
5.3. La propensión a la igualdad material.	43
5.3.1. El concepto de igualdad material.	43
5.3.2. La igualdad de trato.	48
5.3.2.1. La igualdad como equiparación.	50
5.3.2.2. La igualdad como diferenciación.	51
5.3.3. El principio de no discriminación.	53
5.3.3.1. Concepto general.....	53

5.3.3.2. Las discriminaciones directas e indirectas como rupturas de la igualdad de trato.	59
5.3.3.3. Las acciones positivas y las discriminaciones inversas.	63
5.3.3.4. Las discriminaciones intergrupales. Igualdad de trato <i>versus</i> igualdad de <i>status</i> .	67
5.3.4. La igualdad como norma jurídica iusfundamental.....	69
5.3.4.1. La igualdad como principio iusfundamental.....	70
5.3.4.1.1. Resolución de los conflictos entre principios superiores (entre ellos el de igualdad): la ponderación.	71
5.3.4.1.2. La evaluación, frente al principio de igualdad, de tratos diferenciados establecidos por el legislador o las autoridades: el test de igualdad.....	74
5.3.4.2. La igualdad como derecho subjetivo.....	77
6. La igualdad material o sustancial en la teoría política.	78

CAPÍTULO 2. LA IGUALDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO SUBORDINADA85

1. Liberalismo postindustrial decimonónico: Igualdad formal de las partes en el contrato, con base en la fuerza de trabajo como mercancía y en el trabajo abstracto.....	86
2. La invención del contrato de trabajo: amalgama de contrato, estatuto y negociación colectiva, para procurar la igualdad entre las partes.	94
3. La búsqueda de la igualdad vertical en la relación de trabajo subordinado.....	102
3.1. La limitación del poder subordinante del empleador sobre el trabajador individual, como estrategia para buscar el equilibrio entre las partes en el contrato de trabajo.	103
3.1.1. La subordinación limitada: aspecto fisonómico del contrato de trabajo, que contrarresta, -sobre todo en su concepción original-, la ficticia igualdad entre sus partes.	104
3.1.2. La morigeración del poder subordinante del empleador, por la vía de las restricciones al <i>ius variandi</i>	107
3.2. La autonomía colectiva como medio para buscar la igualdad vertical en la relación laboral.....	110
4. La igualdad horizontal de los trabajadores.	114

4.1. La igualdad formal de los trabajadores (obreros/empleados) ante la ley.....	114
4.2. La igualdad de los trabajadores “ante la ley” bajo la Constitución colombiana de 1991: igualdad de trato a los trabajadores, por virtud de la aplicación del principio constitucional de igualdad y no discriminación.	120
4.2.1. La igualdad <i>en</i> la Ley.....	122
4.2.2. El deber de los empleadores de observar el principio constitucional de igualdad y no discriminación en la relación laboral (eficacia horizontal del principio).	124
4.2.2.1. La prohibición de discriminar en el trabajo.	125
4.2.2.1.1. Las normas internacionales anti-discriminatorias en el trabajo.....	125
4.2.2.1.2. Las formas de discriminación en el trabajo.	130
4.2.2.2. El amparo jurídico para exigir protección directa frente a los actos atentatorios de los empleadores contra la igualdad horizontal de los trabajadores.....	132

CAPÍTULO 3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA Y SUS DOS ACEPCIONES144

1. ¿Porqué salario igual?	144
1.1. El salario en la economía clásica.....	144
1.2. La equidad retributiva según el Derecho del Trabajo.	150
2. Las dos expresiones del principio de igualdad retributiva.....	152
2.1. “A trabajo igual salario igual” (<i>TI</i>)	157
2.2. “A trabajo de igual valor salario igual” (<i>TIV</i>)	165
2.3. Las diferencias entre los principios <i>TI</i> y <i>TIV</i>	175
3. ¿Cuál es el salario que debe pagarse por un trabajo igual o de igual valor?.....	177
3.1. La causa de la obligación salarial.....	179
3.1.1. Teorías contractualistas o sinalagmáticas.	181
3.1.2. Teorías de la disponibilidad.	183
3.1.3. Teoría de la relación de trabajo o de la subordinación como causa de la obligación salarial.	184
3.2. La causa de la obligación salarial por un trabajo igual o de igual valor, en la normativa internacional.....	187

CAPÍTULO 4. EL TRABAJO DE IGUAL VALOR.....191

1. Las diferentes formas de entender el valor del trabajo.	191
1.1. El valor del trabajo según el mercado.	193
1.2. El valor del trabajo según la productividad de quien lo ejecuta.....	195
1.3. El valor según la naturaleza del trabajo: valor intrínseco o inherente del trabajo. .	196
1.3.1. El concepto de “valor del trabajo” acorde con el principio de equidad retributiva (<i>TIV</i>). 196	
1.3.2. ¿Cuándo dos puestos de trabajo tienen igual valor?	201
1.3.3. La valoración neutra de los puestos de trabajo.	203
1.3.4. Los métodos cualitativos y cuantitativos de valoración de cargos.	205
2. Los procedimientos para hacer efectivo el principio de pago equitativo.....	210
2.1. Las acciones jurisdiccionales.	210
2.2. Los organismos especializados y la inspección de trabajo.	211
2.3. Los mecanismos de concertación entre empleadores y trabajadores.	213
2.4. De la negociación colectiva en particular, como mecanismo para buscar la equidad retributiva.	215
3. Los ámbitos de comparación para aplicar el principio <i>TIV</i>	229
3.1. ¿Comparar trabajos al servicio del mismo empleador o de distintos empleadores? 229	
3.2. ¿Comparar trabajos simultáneos o diacrónicos?	233
4. La carga de la prueba de la discriminación retributiva.	235
5. La expansión del concepto <i>TIV</i> en las legislaciones nacionales.	241
6. Las críticas al principio <i>TIV</i>	244

CAPÍTULO 5. EL TRABAJO DE IGUAL VALOR ENTRE HOMBRES Y MUJERES250

1. La tradicional discriminación contra las mujeres.	250
1.1. La situación de las mujeres bajo el Iluminismo y el liberalismo clásico.	252
1.2. El trabajo de las mujeres en la Revolución Industrial.	257

1.3. La visión marxista y los intentos revolucionarios por liberar a la mujer del trabajo de reproducción e incorporarla plenamente al trabajo de producción asalariado.....	262
1.4. La legislación protectora del trabajo femenino en los países industrializados, desde mediados del siglo XIX hasta principios del XX.....	266
1.5. El trabajo femenino en las dos guerras mundiales y en el intervalo entre ambas...269	
1.6. El trabajo femenino en Colombia.....	271
2. Los avances en la situación laboral de las mujeres después de la Segunda Guerra mundial en los estados sociales de derecho.....	277
2.1. El principio de igualdad retributiva en el estado social de derecho.....	277
2.2. El principio <i>TIV</i> en la normativa internacional, para enfrentar específicamente las discriminaciones salariales por razón de sexo.....	279
3. Los tipos de discriminación retributiva por razón de sexo y la comprobación de la segregación indirecta.....	289
3.1. Las formas directa e indirecta de discriminación retributiva por razón de sexo.....	290
3.2. La comprobación de la discriminación indirecta en materia retributiva, por razón de sexo. 293	
4. La brecha salarial entre mujeres y hombres y su componente discriminatorio.	299
5. La evaluación del trabajo de igual valor entre hombres y mujeres.....	308
5.1. Las formas no judiciales de determinar el valor de los puestos de trabajo.	308
5.2. Algunos ejemplos de trabajos de igual valor entre hombres y mujeres.	319

CAPÍTULO 6. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA EN COLOMBIA 321

1. El ingreso del principio de igualdad salarial a la legislación colombiana, bajo la acepción “ <i>a trabajo igual salario igual</i> ” (<i>TI</i>).....	322
1.1. La primera consagración del principio <i>TI</i> en Colombia.....	322
1.2. El principio <i>TI</i> en el Código Sustantivo del Trabajo.....	327
1.3. Los <i>tertia comparationis</i> del art. 143 del CST.....	330
1.3.1. Puesto de trabajo igual.	331
1.3.2. Jornada igual.	332
1.3.3. Condiciones de eficiencia iguales.....	332

1.3.4. De las “condiciones de eficiencia” iguales, en particular. Medición, Eficiencia real y potencial. La antigüedad y la capacitación. Los escalafones salariales.....	333
1.4. ¿Sincronía o diacronía en los trabajos iguales?.....	341
1.5. El principio <i>TI</i> en el trabajo de colombianos y extranjeros, en el CST.....	343
1.6. ¿Hay excepciones al principio <i>TI</i> ?	344
1.7. La extensión del principio <i>TI</i> a los <i>ítems</i> pensionales.....	350
2. La incorporación del principio “ <i>a trabajo de igual valor salario igual</i> ” (<i>TIV</i>) al ordenamiento jurídico colombiano.	352
2.1. La ratificación por Colombia de los convenios 100 y 111 de la OIT y su efecto inane bajo la Constitución de 1886.....	352
2.2. La incorporación como norma interna superior colombiana del principio <i>TIV</i> , contenido en el convenio 100 de la OIT, por virtud de la Constitución de 1991. Su integración al bloque de la constitucionalidad.	356
2.3. La persistencia del principio “ <i>a trabajo igual salario igual</i> ” (<i>TI</i>) en la normativa legal y en el <i>soft law</i> nacionales, con posterioridad y a pesar de la incardinación del principio “ <i>salario igual por trabajo de igual valor</i> ” (<i>TIV</i>) en el ordenamiento jurídico superior colombiano.....	363
2.4. El galimatías creado por la Ley 1496 de 2011.	368
2.4.1. Un curioso proceso parlamentario que comenzó con el principio <i>TI</i> , pasó al principio <i>TIV</i> y terminó consagrando un sincretismo entre <i>TI</i> y <i>TIV</i>	368
2.4.2. Las discriminaciones directas e indirectas, según el art. 3º de la Ley 1496 de 2011.	373
2.4.3. El confuso artículo 4º de la Ley 1496 de 2011.	377
2.5. ¿El reformado art. 143 CST consagra el principio <i>TI</i> o el principio <i>TIV</i> ? Una interpretación a la luz del bloque de la constitucionalidad.	379
2.6. Un <i>soft law</i> incoherente con el principio <i>TIV</i> : el sello de equidad laboral “Equipares”.	382
3. Aproximaciones jurisprudenciales al principio <i>TIV</i>	385
4. El salario igual. ¿Cuál es el salario que debe pagarse en Colombia por un trabajo igual o de igual valor?.....	387

5. La carga de la prueba en procesos judiciales por trato discriminatorio retributivo en Colombia.	395
6. Una política pública para llevar a la práctica el principio <i>TIV</i> en Colombia.	402
CONCLUSIONES.....	406
REFERENCIAS.....	427
VITA.....	470

ABREVIATURAS

CCC: Código Civil colombiano.

CE: Comunidad Europea.

CEACR: Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT.

CGP: Código General del Proceso.

CP: Constitución Política de Colombia.

CPC: Código de Procedimiento Civil.

CPT: Código Procesal del Trabajo.

CSJ: Corte Suprema de Justicia de Colombia.

CST: Código Sustantivo del Trabajo.

DANE: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Colombia.

DDHH: Derechos humanos.

DRAE: Diccionario de la Real Academia de la lengua española.

EEUU: Estados Unidos de América.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

SMLM: Salario mínimo legal mensual.

TI: “a trabajo igual salario igual”.

TIV: “a trabajo de igual valor salario igual”.

TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

TST: Tribunal Supremo del Trabajo de Colombia.

UE: Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

La igualdad entre los seres humanos ha sido uno de los tópicos de mayor discusión en los terrenos filosófico y político a lo largo de la historia. Al examinar ese debate, se llega a la conclusión de que la noción de igualdad es –sobre todo en los últimos siglos-, fundamentalmente una construcción deontológica, con ciertos fundamentos ontológicos que datan de mucho tiempo atrás. Una construcción normativa que evidentemente no coincide con lo que se da en el mundo de la naturaleza, donde impera su contrario, la desigualdad. Y ese carácter normativo –que ha adoptado distintos enfoques con el transcurrir del tiempo -, es el reflejo de visiones inspiradas en concepciones ideológicas. Ello explica que -sobre todo a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII-, la igualdad constituya el eje de la construcción política, de la democracia y del derecho.

En ese enfoque preceptivo, igualdad no significa identidad. Denota que dos entes o situaciones se considerarán iguales, no porque exactamente compartan las mismas características, sino porque, si bien sólo comparten algunas, ellas exhiben una tal relevancia que lleva a estimárseles iguales. Es decir, su igualdad no es absoluta sino relativa. Y, al considerárseles iguales en este sentido, esos entes o situaciones deberán ser tratados de manera igual (igualdad por equiparación). A su vez, dos entes podrán considerarse desiguales cuando, a pesar de ser simétricos en varias características, no lo son en otras a las que se concede mayor significación, lo que lleva a que no se les aprecie como iguales (igualdad por diferenciación). La elección de las características relevantes (*tertia comparationis*), para concluir si dos entes o situaciones han de considerarse iguales o diferentes, constituye un juicio eminentemente

valorativo.

En los estados sociales de derecho, la igualdad *ante* la ley posee dos dimensiones: la igualdad *en* la ley y la igualdad *en la administración de la ley*. La primera significa que el principio de igualdad debe condicionar a la ley misma. La segunda significa que la ley deberá aplicarse igual ante situaciones similares. En contraste, en los estados liberales de derecho la igualdad ante la ley sólo se entendía en el segundo sentido, es decir, era una igualdad eminentemente jurídica, formal e indiferenciadora (concepto estricto de igualdad ante la ley), que se identifica con la generalidad de la ley y con el principio de legalidad. Para entonces, la ley es igual para todos y, dentro de esa generalidad, el legislador puede establecer diferencias justificadas en la utilidad común, pero sin que esa actividad normativa esté sujeta a un principio superior de igualdad y menos a uno de no discriminación. Por eso la “igualdad de todos” – preconizada por los estados liberales-, disfrazaba un falso universalismo, pues sólo se consideraban iguales quienes fueran ciudadanos, calidad que exigía reunir ciertos requisitos que a la postre resultaban excluyentes: eran ciudadanos –y por tanto iguales- los varones, mayores de cierta edad, propietarios, no sometidos a otros, etc. Estos ciudadanos –iguales entre si-, detentaban el poder social.

Los estados sociales de derecho, surgidos en el siglo XX, heredan la igualdad formal del estado de derecho clásico, lo que significa que la ley es igual para todos, lo que fluye de sus características de generalidad y abstracción. De ahí se desprende la garantía de regularidad o uniformidad del procedimiento judicial y administrativo.

Pero también el tránsito al estado social y constitucional de derecho, ha supuesto que el propio legislador deba someterse en sus procederes al principio de igualdad (igualdad *en* la ley), con lo cual se acota su proverbial libertad de configuración para establecer diferenciaciones. A partir de ahí, el legislador deberá, no sólo tratar igual a los iguales, sino

también desigual a los desiguales, con base en argumentos objetivos (igualdad de trato). De lo anterior han fluido conceptos como el de no discriminación (directa e indirecta), que en esencia consiste en que la igualdad no puede dejar de reconocerse a ciertas personas o colectivos, por motivos que nieguen la dignidad humana, así como las acciones afirmativas y las “discriminaciones inversas”.

Una forma de segregación, que afecta a colectivos de personas, es la denominada discriminación estructural, de estatus, sistémica, o intergrupala. Se trata de discriminaciones que no se verifican entre personas del mismo grupo, sino en contra de un grupo o colectivo que ha sido relegado históricamente en las relaciones de poder. El caso claro es el de la discriminación hacia las mujeres.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, el principio de igualdad es basilar, pues el surgimiento de esta disciplina jurídica se encuentra precisamente en la necesidad de compensar las desigualdades estructurales de la relación laboral, que fueron desconocidas en el estado liberal clásico con el argumento de la igualdad que debía imperar entre las partes de cualquier contrato, igualdad que a su vez sustenta su autonomía. La ficción de que las partes del contrato de trabajo son indiscutiblemente iguales -propia de las sociedades capitalistas tempranas-, llevó a que el trabajo fuera entendido como una mercancía con valor de cambio, para lo cual fue necesario construir un concepto de trabajo hasta entonces desconocido -el trabajo abstracto -, separado de la persona misma y no vinculado a sus expresiones productivas (trabajo concreto, con valor de uso, propio de las sociedades preindustriales). Ello aparejó la creación de una nueva categoría social -el trabajador-, configurada por quienes sólo poseían su fuerza de trabajo para intercambiarla en el mercado por un precio. Fue el tránsito del estatus -propio del trabajo en las sociedades existentes antes del industrialismo-, al contrato -propio de las sociedades liberales. De esta manera, la relación de trabajo se concibió con carácter eminentemente

patrimonial, entre sujetos libres e iguales.

Esa concepción puramente mercantil del trabajo ignoraba el contenido profundamente humano de éste. Por eso surgieron voces en pro de emanciparlo de los moldes civilistas. Pero el primer paso que había que dar para reivindicar el sentido humanista del trabajo, era despojarlo de su carácter mercantil, tan caro a la economía clásica. “El trabajo no es una mercancía”, proclamó la Constitución de la OIT en 1919 y alrededor de este postulado comienza a construirse propiamente el Derecho del Trabajo, como rama jurídica autónoma, en el contexto de la crisis del estado liberal de origen decimonónico.

De esa visión humanista y no mercantil del trabajo derivan varios elementos fisonómicos del Derecho del Trabajo, como la consagración de un estatuto heterónomo que señala deberes y derechos y que restringe la libertad contractual. Un cometido importante de ese estatuto, que busca contrarrestar la desigualdad estructural de las partes, ha sido el establecimiento de dos estrategias en los ámbitos individual y colectivo. De ahí que se diferencie entre igualdad vertical (paridad entre empleador y trabajador) y la igualdad horizontal (tratamiento igualitario a los trabajadores). En el sentido vertical, el Derecho del Trabajo desarrolla, en el terreno individual, restricciones al poder subordinante del empleador y al *ius variandi*, con fundamento en el llamado principio protector, que a su vez está compuesto por tres subprincipios: *in dubio pro operario*, norma más favorable y condición más beneficiosa. A su vez, en el campo colectivo, se desarrolla la forma más eficaz de acercarse a la igualdad vertical entre las partes de la relación laboral: la autonomía colectiva.

En cuanto a la igualdad horizontal (paridad de trato a los trabajadores), ella acarrea, con inspiración en el contemporáneo principio de igualdad y no discriminación, que la ley no pueda consagrar tratamientos diferentes entre los trabajadores, sin razones objetivas.

Una consecuencia de la igualdad en la ley de los trabajadores se patentiza en que, por causa del efecto horizontal de los derechos fundamentales, éstos pueden ser exigidos frente a los empleadores y no solamente frente al estado, como lo señalaba la doctrina liberal tradicional. Este efecto ha sido reconocido expresamente por algunas constituciones (en el caso colombiano, el art. 86 CP) y por varios tribunales constitucionales y tal reconocimiento constituye una superación de la tradicional concepción que consideraba a los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa, exigibles exclusivamente frente al estado.

Una de las manifestaciones de la igualdad horizontal de los trabajadores es el postulado de que ellos deben ser remunerados igual, a menos que objetivamente existan razones para un trato retributivo diferente. Esta expresión de la igualdad, que se concreta en el principio de igualdad retributiva, ha sido palpable en muchos sistemas jurídicos, entre ellos el colombiano.

Ese desenvolvimiento del concepto de igualdad en general y en el ámbito laboral –que se ha esbozado en apretada síntesis aquí-, se describirá con mayor detalle en los capítulos primero y segundo de esta obra.

1. Objeto y finalidad de esta investigación.

1.1. Objetivos.

El objetivo principal de esta investigación es indagar cómo ha sido la adopción y desarrollo del principio de igualdad retributiva en Colombia y demostrar que, pese a que las leyes expedidas en los últimos años sobre la materia, no han expresado formalmente de manera clara la adopción del principio “a trabajo de igual valor salario igual”, es este principio -a partir de la Constitución de 1991-, el que rige actualmente en el Derecho del Trabajo colombiano, y no el tradicional principio “a trabajo igual salario igual”.

Para lograr ese objetivo principal se plantean los siguientes objetivos específicos:

- i) Describir la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el salario y precisar el significado, alcance y diferencias de los principios “a trabajo igual salario igual” y “a trabajo de igual valor salario igual”, que son los que desarrollan el principio de igualdad retributiva.
- ii) Precisar cuál es el significado del trabajo de igual valor y las metodologías para hallarlo.
- iii) Examinar el trato salarial discriminatorio sistemático de que ha sido objeto la mujer en el mundo y en Colombia y la manera más efectiva de enfrentarlo jurídicamente.
- iv) Explorar cuál de las dos acepciones del principio de igualdad retributiva (“a trabajo igual salario igual” y “a trabajo de igual valor salario igual”), es la actualmente prevalente en Colombia desde el punto de vista jurídico y cuál la que se aplica en la práctica.
- v) Proponer los elementos principales de una política pública para llevar a la práctica en Colombia el principio “a trabajo de igual valor salario igual”.

1.2. Preguntas de investigación.

Con ocasión de la búsqueda de los anteriores objetivos, en esta investigación se responderá la siguiente pregunta principal: ¿Cuál de los dos principios de igualdad retributiva rige jurídicamente en Colombia, el de “a trabajo igual salario igual”, o el de “a trabajo de igual valor salario igual”?

Para resolver esta pregunta principal, se dará respuesta a las siguientes preguntas específicas:

- i) ¿Cuál es la incidencia del principio general de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral?
- ii) ¿Dentro de ese ámbito, cómo concretan el principio general de igualdad y no discriminación en el campo de la retribución, los principios “a trabajo igual salario igual” y “a trabajo de igual valor salario igual” y cuáles son sus alcances y diferencias?
- iii) ¿Específicamente, qué significa el “trabajo de igual valor”?
- iv) ¿Cuáles son las causas de la discriminación salarial en contra de las mujeres?
- v) ¿Cuál de las dos acepciones del principio de igualdad retributiva es más idóneo para combatir las discriminaciones salariales en contra de las mujeres?
- vi) ¿Cómo ha sido, en la práctica, la aplicación del principio de igualdad retributiva en Colombia, tanto por la jurisprudencia como por la ley y los gobiernos a lo largo del tiempo?
- vii) ¿Cuál es el actual mandato constitucional en Colombia, en materia de igualdad retributiva (“a trabajo igual salario igual” -*TI*-, o “a trabajo de igual valor salario igual” -*TIV*)?
- viii) ¿Han sido coherentes las leyes colombianas con lo que prescribe el bloque de la constitucionalidad en materia de equidad salarial?
- ix) ¿Cuál es el salario que debe pagarse en Colombia por un trabajo igual o de igual valor?
- x) ¿A cuál de las partes corresponde hoy en Colombia la carga de la prueba en los procesos judiciales que involucren tratos salariales discriminatorios?
- xi) ¿Cómo llevar a la práctica el principio *TIV* en Colombia?

2. Método y desarrollo.

2.1. Justificación.

Adelantar esta investigación se justifica por las siguientes razones:

- i) En Colombia, y en general en América Latina, no hay comprensión clara en muchos sectores –incluyendo los ámbitos universitarios y el estado mismo en sus dimensiones administrativa y jurisdiccional-, del significado del principio “a trabajo de igual valor salario igual”, ya que frecuentemente se le confunde con el principio “a trabajo igual salario igual”, o se persiste en mantener este último principio, a pesar de haberse ratificado el Convenio 100 de la OIT¹. Esta investigación pretende contribuir a lograr esa comprensión.
- ii) Tal comprensión es necesaria –particularmente en Colombia-, para que el estado formule una política pública, que derive en acciones concretas de índole jurídica y administrativa en materia de igualdad retributiva, de forma que su actuación realmente honre los compromisos internacionales que el estado ha contraído².

¹ El principio “a trabajo igual salario igual” se consagra en las constituciones costarricense y argentina y en las legislaciones laborales de esos mismos países y en las de Ecuador, Panamá, Chile, la R. B. de Venezuela, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana. Ello a pesar de que muchos de ellos –incluyendo a Colombia-, han ratificado el citado convenio internacional. Por su parte, en todos ellos la jurisprudencia continúa, en general, acogiendo el principio “a trabajo igual salario igual”.

² A pesar de que el estado colombiano ratificó el Convenio 100 de la OIT en junio de 1963, la legislación nacional persiste en mantener el principio “a trabajo igual salario igual”, aunque la Ley 1496 de 2011 introduce la mención del principio “a trabajo de igual valor salario igual”. No obstante, como se analizará en este trabajo, las políticas estatales –reflejadas en normativas posteriores-, insisten en el principio “a trabajo igual salario igual”, con base –aparentemente-, en que se confunden ambos principios.

También lo es, para que los órganos jurisdiccionales hagan una acertada aplicación del principio de igualdad retributiva, acorde con los cánones superiores³.

- iii) Asimismo es necesaria, para que los distintos sectores involucrados en la igualdad retributiva (empleadores, trabajadores, sindicatos, universidades), puedan tener actuaciones certeras, en el contexto del principio de equidad salarial, dentro de sus respectivos ámbitos.
- iv) En particular y muy especialmente, esta investigación busca aportar elementos que contribuyan a lograr una igualdad retributiva entre hombres y mujeres, acorde con el principio fundamental de igualdad y no discriminación, sin perjuicio de que esos elementos también sean de provecho para evitar la discriminación retributiva en contra de otros colectivos de trabajadores tradicionalmente segregados.

2.2. Metodología y fuentes.

Esta investigación se aborda con un enfoque eminentemente jurídico y cualitativo (Hernández, 2010, pp. 7 y ss.; 362 y ss.), que toma como bases los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales internacionales y domésticos del principio de igualdad y no discriminación y su aplicación al campo de la retribución.

Los capítulos 1 (“Un panorama general de la igualdad”) y 2 (“La igualdad en la relación de trabajo subordinada”), reseñan la evolución del concepto de igualdad en los ámbitos general

³ Desde principios del siglo XX ha existido confusión en muchos sectores sobre los principios “a trabajo igual salario igual” y “a trabajo de igual valor salario igual” (Flanagan, 1987^a, pp. 7 a 10). En esta confusión también se ha incurrido en Colombia. Muestra de ello son algunas providencias de la Corte Constitucional –que sería la instancia más llamada a distinguir uno de otro principio y a reivindicar la inclusión del principio “a trabajo de igual valor salario igual” en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo las sentencias T-545A/07 y T-833/12, entre otras.

y laboral. El Capítulo 3 (“El principio de igualdad retributiva y sus dos acepciones”), explica las razones por las cuales debe pagarse un salario igual, cuando las labores o cargos desempeñados sean iguales o de igual valor, describe las dos acepciones del principio de igualdad retributiva (“a trabajo igual salario igual” y “a trabajo de igual valor salario igual”) y finalmente delinea las teorías que explican la causa del salario. El Capítulo 4 (“El trabajo de igual valor”) se desprende de los tres anteriores e ilustra el concepto de trabajo de igual valor, sus distintas interpretaciones, los procedimientos para hacerlo efectivo, sus sujetos, los ámbitos de comparación, la carga probatoria y las críticas que se hacen a esta noción. En este capítulo se ponen los cimientos de los capítulos 5 y 6, así como de las respuestas principal y parciales de investigación. El Capítulo 5 (“El trabajo de igual valor entre hombres y mujeres”), presenta principalmente cómo ha sido la consideración del trabajo femenino en general (particularmente a partir de la Ilustración) y en Colombia, los avances en su situación después de la Segunda Guerra mundial, los tipos de discriminación retributiva que se dan actualmente por razón de sexo, la componente discriminatoria que explica la brecha salarial de las mujeres y los hombres y, finalmente, las formas no judiciales de evaluación del trabajo entre unas y otros. En el Capítulo 6 se describe cómo se ha introducido en Colombia el principio de igualdad retributiva, preliminarmente con su acepción de “a trabajo igual salario igual” y la manera como ella se ha entendido, particularmente por la jurisprudencia. Luego se demuestra la forma como se incardinó en el sistema jurídico colombiano, a partir de la Carta de 1991 y por la vía el bloque de la constitucionalidad, el principio de “a trabajo de igual valor salario igual”, en particular con respecto al trabajo de hombres y mujeres; se hace un análisis crítico de la evolución de la legislación colombiana en materia de igualdad retributiva en este campo, con posterioridad a tal inclusión normativa, demostrando su contradicción con los imperativos constitucionales en la materia; se plantea cuál es el salario que debe pagarse por un trabajo de igual valor y se señala cómo ha cambiado en Colombia en los últimos cinco años la asignación de la carga de

la prueba, en tratándose de procesos de nivelación salarial en aplicación del principio de igualdad retributiva. Por último se proponen las líneas generales de una política pública, encaminada a llevar a la práctica en Colombia el principio de “a trabajo de igual valor salario igual”. En el capítulo de Conclusiones se responden tanto la pregunta principal como las once preguntas parciales de investigación.

En el transcurso de este trabajo se exponen posiciones propias y resultados intermedios que se consolidan en las conclusiones finales. Los aportes que hace la tesis sobre el concepto de trabajo de igual valor toman elementos de los conceptos elaborados particularmente por la normativa, la jurisprudencia y la doctrina europeas (tratados principales, normativa derivada y jurisprudencia sobre todo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y estadounidense, así como de la OIT (convenios y recomendaciones, pronunciamientos de sus organismos de control, informes de la Oficina y de la Conferencias Internacional del Trabajo). A su vez, a partir del análisis de las normas internacionales ratificadas por el estado colombiano y de la modalidad automática que adopta la Constitución de 1991 para la incorporación de esos instrumentos al ordenamiento jurídico, se deduce cuál de los dos principios antes mencionados es el que jurídicamente está consagrado en Colombia en el Estatuto Superior. Del examen de las jurisprudencias -desde principios del siglo pasado hasta hoy-, tanto de la Corte Constitucional, como del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de la Corte Suprema de Justicia, así como del análisis de la normativa legal colombiana en ese mismo período, se concluirá cuál es el principio que se ha aplicado en la práctica en Colombia hasta la fecha. Finalmente, las propuestas que se hacen en este trabajo en el ámbito jurídico-procesal y político, para implantar el principio de “a trabajo de igual valor salario igual” –que como se demuestra, impone la Constitución-, estriban, respectivamente, en el análisis sistemático de las distintas normas adjetivas vigentes, así como en el derecho comparado y de la reflexión propia del autor.

La investigación se desarrollará dentro del campo de la igualdad horizontal de los trabajadores, y específicamente en el ámbito salarial. Este trabajo girará alrededor del principio de igualdad retributiva, tal y como se concibe bajo la visión humanista del Derecho del Trabajo, o sea, bajo el concepto de que la contraprestación del trabajo –el salario-, no debe estar condicionada exclusivamente por las leyes económicas de oferta y demanda. Ello significa que si dos o más trabajadores realizan un mismo o similar trabajo, o, aunque sean diferentes, desempeñen ocupaciones que tienen el mismo valor, deberán recibir el mismo trato salarial (bajo los principios de “a trabajo igual salario igual” o “a trabajo de igual valor salario igual”). Esta investigación se desenvuelve teniendo como marco esos dos principios, tal y como se expone en el capítulo 3.

CAPÍTULO 1. UN PANORAMA GENERAL DE LA IGUALDAD

La igualdad entre los seres humanos es una construcción eminentemente deontológica, que supera el hecho tangible de su desigualdad natural. Las revoluciones burguesas del siglo XVIII tuvieron en ella uno de sus baluartes, bajo una concepción formalista (estricta igualdad ante la ley). Más tarde, particularmente con base en la reflexión sobre la barbarie de los regímenes totalitarios de la primera mitad del siglo XX y con el advenimiento de los estados sociales y constitucionales de derecho, surge el anhelo de ir más allá de la igualdad formal para buscar la igualdad material o sustancial. Así, adviene el concepto de no discriminación, basado en el de igualdad de trato para quienes se hallaren en situaciones similares (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales), que supera el simple tratamiento indiferenciado. Surge luego, comenzando la segunda mitad del siglo XX, el concepto de discriminación indirecta y, en consecuencia, el combate a la discriminación estructural, sistémica o de estatus, buscando proscribir aquellos tratos diferenciados que se originan, no ya dentro del mismo grupo, sino intergrupalmente.

Para enfrentar las desigualdades se ha evolucionado desde el tratamiento jurídico indiferenciado, propio de la igualdad formal o ante la ley, hasta las acciones afirmativas y las llamadas discriminaciones inversas, que de manera drástica despliegan políticas y medidas para contrarrestar aquellas segregaciones fuertemente arraigadas en las sociedades, que se han mostrado renuentes a las normas jurídicas de igualdad de trato, emanadas de un Estado neutral. Dentro de esta evolución cabe resaltar también, de un lado, el notable y rico desarrollo jurídico

alrededor del concepto de igualdad, particularmente durante el siglo XX y, de otro lado, los aportes de la teoría política (igualdad de oportunidades e igualdad de resultados), en punto al logro de una más justa e igualitaria distribución de bienes y derechos en las sociedades.

En este capítulo se examinará esta evolución, con el fin de mostrar, en líneas generales, un panorama del concepto de igualdad, sobre todo desde el punto de vista jurídico, lo que servirá de contexto para examinar nociones más específicas de igualdad que son objeto de esta obra, como lo son la igualdad en materia laboral y la igualdad retributiva.

1. La igualdad como construcción normativa.

Los seres humanos son diferentes unos de otros, tanto por sus circunstancias externas como por sus características individuales (edad, sexo, contextura física, creencias religiosas, posturas políticas, etc.). J. J. Rousseau (2013/1775), señaló la clara diferencia entre esa desigualdad natural o física y la que denominó moral o política, producto esta última de una especie de convención establecida o autorizada por el consenso de los hombres, que consiste en los privilegios de que gozan unos en detrimento de otros, y que se origina en las relaciones de dominio económico o político, que deben ser abolidas, según el ginebrino, por el contrato fundamental (pp. 17, 77 y 79). A su vez Radbruch (1952), afirma que “(...) *la igualdad no se da en la realidad; es siempre una abstracción desde cierto punto de vista de una desigualdad dada*” (p. 98).

Por cuanto la igualdad no se basa en hechos, es decir, no es descriptiva de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder, la idea de que los seres humanos son iguales es una construcción eminentemente *normativa*: pese a sus rasgos distintivos, *id est*, a pesar de ser muy diferentes entre ellos en variadísimos aspectos, los seres humanos *deben ser* tratados como iguales. (Laporta, 1985, p. 3). Rousseau (s.f./1762) lo afirmó contundentemente en su

“Contrato social”: “(...) *por la misma razón de que la fuerza de las cosas se inclina siempre a destruir la igualdad, es necesario que la fuerza de la legislación tienda siempre a mantenerla*” (p. 56)⁴. El concepto normativo de igualdad es un buen ejemplo, entonces, de la función antropológica del derecho (Supiot, 2007), que instaura la razón para vincular en el ser humano las dimensiones biológica y simbólica que le son propias (pp. 12 y 31). Una vez instaurada normativamente la noción de igualdad, ella suscita en los pueblos democráticos una atracción más vehemente que la idea de libertad, ha dicho Tocqueville (1957), quien agrega que “*los hombres no solamente quieren a la igualdad porque la aman, sino también porque se persuaden de que debe durar siempre*” (p. 464).

Pero al ser una construcción normativa, históricamente el concepto de igualdad siempre ha sido expresión de diversas visiones políticas, ideológicas o éticas. Él ha aludido históricamente –como señala Pérez Luño (2007) –, a ideas y valores muy dispares, productos de concepciones del mundo muchas veces diferentes. Nunca, por eso, ha existido una sola idea de cuál debe ser la igualdad predicable entre los seres humanos, pues, por el contrario, han sido muchas y muy diversas las propuestas igualitarias a lo largo de la historia (pp. 16 y 17).

Así, en Europa, antes de las revoluciones burguesas, la idea de igualdad jurídica era prácticamente subversiva. En la modernidad, por el contrario, la igualdad constituye el eje de la construcción política, si bien no supone que todos los destinatarios de las normas deban tener los mismos derechos y obligaciones, o sea, deban ser tratados de manera idéntica. Lo propio del Derecho es, precisamente, establecer diferencias, pues define supuestos de hecho de los que se derivan consecuencias de índole jurídica (como derechos, obligaciones, consecuencias

⁴ En el diálogo “Gorgias, o de la retórica” (Platón, -389/1952), Calicles afirma que “*en la mayor parte de las cosas la naturaleza y la ley están en oposición*”. Y más adelante critica la idea normativa de igualdad cuando dice: “*el orden de la ley es injusto*” y “*me parece que la naturaleza demuestra que no es justo que el que valga más tenga menos que otro que no valga lo que él y el más fuerte menos que el más débil*” (pp. 194 y 195).

sancionatorias, etc.), distintas a las que reciben quienes no se encuentran en la misma situación. (Rubio Llorente, 1991, p. 7).

La de igualdad, en su dimensión normativa, es una de las ideas fundamentales del pensamiento social, jurídico y político contemporáneo, íntimamente ligada a las de democracia y libertad. Es, sin duda, la piedra angular del constitucionalismo moderno (Rosenfeld, 1998, p. 411) y uno de los grandes temas de debate jurídico, económico y sociológico en los últimos treientos años, alrededor de dos preguntas, que bien resume Amartya Sen (1995): *¿porqué la igualdad?* e *¿igualdad de qué?* (p. 25).

El concepto de igualdad no nació en los debates filosóficos que precedieron inmediatamente a las revoluciones burguesas del siglo XVIII, pues él ha estado presente históricamente, de una u otra manera -pero sobre todo como una idea ligada indisolublemente a la de justicia-, en los distintos modos de organización política, jurídica y socio económica. Sin embargo, no hay duda que fue inicialmente en la Constitución norteamericana de 1787 y luego en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, donde irrumpió por primera vez el grito por la igualdad (Tawney, pp. 95, 133) como un imperativo político, para constituirse, por ello, como una gran “metanorma” (Laporta, 1985, p. 4) de los sistemas democráticos modernos y piedra de toque del constitucionalismo contemporáneo.

Desde el punto de vista lógico, la noción de *igualdad* no significa *identidad*. Señala Pérez Luño (2007), que la igualdad, como concepto *normativo*, es la coincidencia *parcial* entre diferentes entes, en tanto que la identidad es la coincidencia *absoluta* de un ente consigo mismo (p. 17). Por eso la igualdad es un concepto indeterminado, que requiere ser precisado mediante un ejercicio argumentativo importante cuando han de reconocerse tratamientos igualitarios o diferenciados.

2. ¿Igualdad en qué?

Aristóteles (1986) señaló que la igualdad es lo justo, pero no para todos sino sólo para los iguales, en tanto que lo desigual también es lo justo, mas no para los iguales sino para los desiguales (p. 132). El estagirita sentó así la clásica regla de justicia: “*Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”⁵. Bobbio (2001) critica que esa fórmula clásica es, en si misma, una noción indeterminada (p.53) y de ahí concluye que se le pueda calificar como un postulado vacío, a menos de contar con un criterio para establecer cuándo dos cosas, personas o situaciones, deben considerarse equivalentes o equiparables (Bobbio, 1993, p.64). Es decir, ¿quiénes han de considerarse iguales y quiénes desiguales?

El mismo Aristóteles (1986, p. 140-141) planteó la solución al preguntarse “¿*qué es igualdad y qué desigualdad no hay que pasar por alto?*”. Y para responder a esta cuestión planteó que debe tomarse un rasgo relevante. En el ejemplo que adopta, dice:

entre flautistas iguales por su arte, no hay que dar ventaja de las flautas a los de mejor familia (...) sino al que sobresale en la ejecución (...) aunque [estuviera] por debajo en linaje o belleza” (...) hay que dar a ese flautista las mejores flautas..

En su obra “*El concepto de derecho*”, publicada en 1963, Hart (1998) sostiene que hay un principio general latente en las diversas aplicaciones de la idea de justicia: “*los individuos tienen derecho, entre si, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad*”, que hay que respetar “*cuando hay que distribuir cargas o beneficios*”. Por ello es que tradicionalmente se considera que la justicia “*mantiene o restablece un equilibrio o proporción*” y frecuentemente su precepto principal se formula como “*tratar los casos semejantes de la*

⁵ A su vez, en su “*Ética a Nicómaco*”, Aristóteles resalta la inescindible relación que existe entre la justicia y la igualdad, al señalar que lo injusto es lo desigual y lo justo es lo igual. Y agrega: “*Si las personas no son iguales no tendrán cosas iguales. De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales*”. (1985?, p 103)

misma manera”, aunque debe añadirse “*y tratar los casos diferentes de diferente manera*”. Sin embargo mientras no se defina qué semejanzas o qué diferencias son relevantes “*tratar los casos semejantes de la misma manera*” será una fórmula vacía, por lo cual, para llenarla, será necesario saber cuándo, para los fines que se tienen en mira, los casos han de considerarse iguales y cuáles diferencias son relevantes (pp. 198 y 199).

Bobbio (2001), retomando el sentido aristotélico, afirma que para llenar de contenido la idea de igualdad y poder efectivamente aplicar la regla de justicia, es necesario considerar tres variables: i) los sujetos entre quienes se van a repartir los bienes o los gravámenes; ii) los bienes o gravámenes que se van a repartir; y iii) el criterio con el que va a hacerse la repartición.

Y a continuación señala (p.134):

Con otras palabras, ningún proyecto de repartición puede evitar responder a estas tres preguntas: “igualdad sí, pero ¿entre quiénes, en qué, basándose en qué criterio?” (...) “Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos, o incluso uno solo; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas o facilidades económicas, posiciones de poder; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, y otros más (...)

El último elemento enunciado por Bobbio es precisamente el que hace posible que se estimen como iguales o desiguales los entes que son objeto del juicio de igualdad; vale decir, un criterio de valoración o de relevancia -un *tertium comparationis*-, que, aplicado a los entes objeto de comparación, permita constatar si *en función de ese criterio* hay o no diferencias, para luego determinar si el trato ha de ser igual o diferente: si no hay diferencias *relevantes*, el tratamiento deberá ser igual; si las hay, el tratamiento deberá ser diferente (Laporta 1985, p. 13)

La igualdad o la diferencia se predicarán en función de un *tertium comparationis* o de varios. Esos *tertium comparationis* o términos de comparación, no provienen de la naturaleza sino que son establecidos por el sujeto que hace el juicio comparativo, un sujeto histórico que,

como tal, hace variar los criterios aplicables al juicio de igualdad⁶. Por eso todo juicio de igualdad es siempre relativo, porque dicha igualdad se afirmará o negará según se reúnan o no uno o más *tertia comparationis*. Esto hará que, como afirma Rubio Llorente (1991, p. 13), el conjunto de los entes reputados como iguales,

(...) constituirá una clase en sentido lógico, con absoluta independencia de que el tertium comparationis obligue a tomar en consideración sólo un rasgo (por ejemplo, sólo el sexo), varios o muchos (por ejemplo, además del sexo, también la edad, la estatura, el grado de instrucción, la localidad de origen, etc.)

Con otras palabras, el concepto de igualdad es siempre relacional. Es el resultado de un juicio que hace recaer el o los *tertia comparationis* o criterios de relevancia sobre una pluralidad de entes (al menos dos) y no sobre un ente o sujeto aislado (Rubio Llorente, 1993, p. 640).

Los juicios de igualdad, pues, son juicios valorativos. Es decir, dependerán esencialmente de qué variante se elija para verificarlos en los distintos entes que van a compararse (¿igualdad o desigualdad en qué?). Precisamente, las distintas teorías sobre la igualdad se diferencian en cómo la conciben en función de un determinado *tertium comparationis* o “*variable focal*” (Sen, 1995, pp. 14, 26, 29, 30 y 33). Y elegir este o aquel criterio de valoración para erigirlo como relevante, implica necesariamente descartar otros criterios que, por lo mismo, se considerarán irrelevantes. Ello acarrea el riesgo de presentar como neutros, lógicos, imparciales

⁶ Así, varias constituciones europeas del siglo XIX sólo reconocían la igualdad ante la ley a los ciudadanos de esos países, como por ejemplo la francesa de 1814, la de Baviera de 1818, la belga de 1831, la prusiana de 1850, la austríaca de 1867, la alemana de 1871, o la suiza de 1874. Es decir, quienes no fueran ciudadanos no eran considerados iguales (Martín, 2007, pp 103-107).

u objetivos, criterios de relevancia que en el fondo podrían tener sesgos ideológicos, sexistas, culturales, religiosos⁷, etc.

Ahora bien, aceptado que, para garantizar el trato justo, la igualdad o desigualdad entre entes debe fundarse en uno o más criterios de relevancia (o *tertia comparationis*), la pregunta obvia es ¿cuándo un criterio comparativo ha de considerarse verdaderamente relevante? Es decir, ¿cómo asegurar que el criterio de comparación no sea banal, arbitrario, subjetivo, caprichoso o ideologizado?

Lamentablemente la respuesta no puede ser contundente o apodíctica. Y no puede serlo porque, como señala Laporta (1985, p. 12), a diferencia de lo que acontece en el mundo causal (la causa A produce necesariamente el efecto B, por lo cual A es sin discusión *relevante* para el resultado B; vale decir, hay relación causa/efecto, medio/fin), en el mundo normativo las cosas son diferentes. En éste, un hecho es relevante para una norma cuando está previsto en ella como condición para que se desencadenen las consecuencias que la misma prevé. Aquí la relevancia no surge de una relación de hecho sino de una relación deóntica. Por eso en el ámbito normativo es mucho más complicado encontrar un test confiable que muestre cuándo la relevancia es correcta y cuándo no lo es, pues mientras la relevancia causal se mide con un test fáctico, la relevancia normativa se mide con un test también normativo, que tiene como razón

⁷ En países dominados por el Islam el concepto de igualdad está referenciado a la Sharía (Ley Islámica) y al culto a Alá. Muestra de ello es la Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam (19ª Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores, de agosto de 1990), en la cual se dice (art. 1º) que “*Todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana, así como en el de las obligaciones [para con Alá] y las responsabilidades, sin distinción de raza, color, lengua, sexo, creencia religiosa, filiación política, nivel social o cualquier otra consideración. Sólo la verdadera religión garantiza el desarrollo de esa dignidad por medio de la integridad humana*”, o (art. 19-a) “*Todos los hombres son iguales ante la Sharía, sin distinción entre gobernantes y gobernados*” (Buendía, 2004)

un criterio ético. (pp. 11-13). De ahí la afirmación de Hart (1998) de que *“los criterios de semejanzas y diferencias pueden variar a menudo en función del enfoque moral fundamental de una determinada persona o sociedad”*. Y esas estimaciones –agrega- *“pueden enfrentar contra-afirmaciones inspiradas por una moral diferente”* (p. 202).

Es decir, cuando se trata de cuestiones éticas, las posiciones pueden ser variadas. Van desde las que sostienen que en asuntos normativos como el de igualdad, sencillamente no es posible arribar a criterios de relevancia objetivos, hasta aquellas, utilitaristas o teleológicas, que justifican la desigualdad de tratamiento en función de la obtención de un “bien muy grande”. R. M. Hare (citado por Laporta, 1985, p. 13), afirma que *“las diferencias son moralmente relevantes si son recogidas como tales en principios morales. Hay un criterio normativo, ético, que nos indica qué diferencias son relevantes y qué diferencias no lo son”*.

En respuesta al problema de la validez de los criterios de relevancia -pero exclusivamente desde el punto de vista constitucional, lo que deja sin cuestionamiento la validez de los valores que inspiran una Carta Fundamental-, jurisprudencialmente se han planteado procedimientos cuyo objetivo es valorar los criterios asumidos por el legislador cuando reconoce tratos diferenciados, en función de principios constitucionales. Son los llamados test de razonabilidad o de igualdad, a los cuales se aludirá *infra*.

3. Las dimensiones de la igualdad.

En su sentido primigenio y riguroso –y sobre todo a partir del surgimiento de los estados liberales a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX-, la expresión “igualdad ante la ley”, como arquetipo de la igualdad formal, significa que la ley se aplica igual para todos sus destinatarios, de forma indiferenciada. Es la igualdad formal por excelencia. Con este alcance primitivo, la igualdad ante la ley equivale a que todos sus destinatarios están regidos por la ley,

sin distinción, y que serán juzgados con el mismo rasero derivado de ella (lo que hoy se denomina igualdad *en la aplicación de la ley*).

Sin embargo, contemporáneamente –y a partir del desarrollo de los derechos humanos luego de la Segunda Guerra mundial-, el enunciado “igualdad ante la ley” no solo tiene el sentido que acaba de explicarse, sino otro adicional: sigue significando igualdad *en la aplicación de la ley*, pero también adquiere un segundo alcance: la igualdad *en la ley*.

La igualdad *en la ley* significa que ésta debe sujetarse al principio de igualdad y no discriminación. Dicho con otras palabras, el principio de igualdad vincula hoy, en varios regímenes constitucionales, no solamente a los destinatarios de la ley, sino también a los órganos que la producen, ya que el legislador no tiene plena libertad para configurar tratos igualitarios o diferenciados, pues unos y otros deben estatuirse con estricta sujeción a tal principio. Esto significa que la ley misma está vinculada con el principio de igualdad y no discriminación, lo que la obliga a establecer igualdad de trato: tratar igual a sujetos y situaciones que sean iguales (igualdad por equiparación), y desigualmente a los que objetivamente sean desiguales (igualdad por diferenciación), pero en ambos casos con fundamento en *tertia comparationis* legítimos y no discriminatorios. La ley, entonces, podrá ser objeto de escrutinio para verificar su conformidad con dicho principio y, de vulnerarlo -por dar relevancia jurídica a motivos prohibidos-, será anulable.

La igualdad *en la aplicación de la ley*, que –se repite-, es el sentido riguroso y primigenio de la igualdad ante la ley, significa en la práctica que una misma autoridad no puede arbitrariamente variar el sentido de sus decisiones en casos que sean sustancialmente iguales, a menos que esgrima fundamentos serios y razonables para ello.

En los siguientes acápites se examinará la evolución, implicaciones y desarrollos de estas dos dimensiones de la igualdad, inicialmente en los estados liberales de derecho y después en

los estados sociales de derecho.

4. La igualdad en los estados liberales clásicos.

4.1. El carácter netamente jurídico, indiferenciador y formal de la igualdad.

Frente a la experiencia empírica que muestra que la desigualdad es la regla general, la igualdad –como se dijo antes-, constituye un ideal normativo, necesario para sustentar las revoluciones liberales. En el caso de la francesa, por ejemplo, solamente entre seres humanos iguales es posible arribar a un pacto social, y, según Rousseau (s.f./1762), ese pacto refleja una voluntad general, que luego, traducida en leyes necesariamente impersonales y abstractas, será de obligatorio cumplimiento para todos por igual. De esta manera, según el filósofo ginebrino, puede decirse que los ciudadanos, al obedecer la ley, solo se obedecen a si mismos (p. 21). Kant (2010a/1795) adopta esta idea roussoniana cuando afirma (p. 675):

(...) la igualdad exterior (jurídica) en un Estado consiste en la relación entre los ciudadanos según la cual nadie puede imponer a otro una obligación jurídica sin someterse él mismo también a la ley y poder ser, de la misma manera, obligado a su vez.

Esa idea formal de igualdad es un valor toral de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, y particularmente de la francesa. Proclamando ese tipo de igualdad, la revolución quiso romper radicalmente con el feudalismo medieval, caracterizado no solo por la desigualdad material sino por la desigualdad jurídica, pues los derechos y los deberes se atribuían a los sujetos en función del estamento al que pertenecían (Fioravanti, 2003, p. 36). Sin embargo, lo que más irritación despertaba no era tanto la desigualdad económica como las diferencias en el *status* jurídico: la sociedad se dividía entre los *jurídicamente* privilegiados y quienes no lo eran. Por eso la revolución hace desaparecer los estamentos para dar paso a una ciudadanía igual y común (Tawney, 1952, p. 93, 97). Al formular los “*derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*”, la Declaración francesa de los derechos del hombre y el ciudadano del

26 de agosto de 1789, proclama que *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”* (art. 1º) y luego erige a la ley como parámetro de igualdad entre los hombres, al expresar (art. 6º) *“La ley (...) debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga”* y al disponer en la Constitución de 1791 (Capítulo II, Sección primera, artículo 2): *“no hay en Francia autoridad alguna superior a la de la Ley”*.

Con otras palabras, en los primeros estados liberales clásicos la igualdad es indiferenciación y se identifica con la generalidad de la ley: todos son iguales en la medida en que la ley impera sobre todos y todos son titulares de los derechos que ella les reconozca.

No hay en el estado liberal clásico ninguna aspiración a trascender la mera igualdad formal o jurídica y aproximarse a la igualdad material. Kant (1986/1793) distinguió entre la igualdad jurídica y la igualdad económica, para confinar el derecho a la igualdad sólo en la primera, al decir que la igualdad entre los hombres dentro del Estado, en cuanto ciudadanos, *“resulta, sin embargo, perfectamente compatible con la máxima desigualdad cuantitativa o de grado, en sus posesiones, ya se trate de una superioridad corporal o espiritual sobre otros, o de riquezas externas”* (p. 29)⁸.

La igualdad jurídica (formal) no tiene en consideración que los titulares son entre sí diferentes (Ferrajoli, 1999, p. 82). Las desigualdades materiales no son de su interés y se conservan intangibles. El principio de igualdad, así, no incluye la valoración de las diferencias materiales.

⁸ Anatole France lo resumió con mordacidad: la ley, en su magnífica igualdad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan. De manera insular, no obstante, François-Noël (Gracchus) Babeuf, durante la Revolución francesa, encabezó la llamada “Revolución de los iguales” (1796), y proclamaba que la libertad era dependiente de la igualdad económica, por lo que se debían abrogar las diferencias entre ricos y pobres. Mientras ello no fuera así, decía, la libertad es sólo una quimera, pues la libertad es liberación de la opresión y ésta es causada por la desigualdad económica y sus efectos. (Bloch, 2011, p. 294).

En Colombia, la idea francesa de la igualdad formal -o rigurosamente ante la ley como se explicó *supra*-, fue divulgada en 1793 por Antonio Nariño -precursor de la Independencia de la Nueva Granada-, con la traducción de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, por lo cual fue puesto preso y sus bienes confiscados. Sin duda, esta publicación influyó en el talante político de la nueva república y, por ende, en muchas de las ocho constituciones que se promulgaron en el país en el siglo XIX⁹. Colombia siguió así el mismo sendero que el resto de repúblicas hispanoamericanas, trazado por las revoluciones burguesas del siglo XVIII y por las ideas liberales europeas del siglo XIX.

El postulado de que “*los hombres nacen y permanecen libres, e iguales en derechos*”, aparecido en aquella traducción, tuvo ecos en la mayoría de esas constituciones: la Constitución de Cúcuta (1821), en su preámbulo, señala a la igualdad como uno de los valores fundantes de la incipiente república¹⁰; en su artículo 12, la Constitución de 1830 indica que “[l]os colombianos son iguales delante de la ley, cualesquiera que sean su fortuna y destinos”; la Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832, señala en su Preámbulo que ella se promulga para garantizar la igualdad y en su artículo 181 reproduce la norma de su antecesora,

⁹ La descripción que se hará en las líneas siguientes sobre la inclusión de la igualdad en las Constituciones colombianas del siglo XIX, se basa en la compilación que hace Carlos Restrepo Piedrahita (2003, pp. 85 y ss).

¹⁰ Sin embargo, aparte del Preámbulo, la Constitución de Cúcuta no alude a la igualdad en el resto de su texto. Este es quizás uno de los puntos en los que el Congreso de Cúcuta (1821) se distanció de Bolívar, quien preconizaba la igualdad como uno de sus proyectos políticos. En efecto, en su discurso al Congreso de Angostura (1819), afirmó: “[l]os hombres nacen todos con derechos iguales a los bienes de la sociedad”, aunque admitía que ellos son distintos “*en genio, temperamento, fuerzas y caracteres*”. (Bolívar, 1922, pp. 70 y 71). Esta asimetría natural debía ser corregida mediante las leyes, de manera que cada individuo pudiera disfrutar de igualdad política y social. En pos de este cometido, Bolívar asignaba papel preponderante a la educación, a la aplicación de medidas que beneficiaran a los sectores más desfavorecidos y a unos adecuados controles sobre quienes detentaran el poder. (Lynch, 2006, pp. 380 y 381). Con otras palabras, Bolívar iba más allá de la mera igualdad formal ante la ley y buscaba que desde ésta se propugnara por una igualdad material o sustancial, con lo cual tomaba distancia del concepto de igualdad formal que por la época provenía de Europa.

al afirmar que “[l]os granadinos son iguales delante de la ley, cualesquiera que sean su fortuna y destino”. En la Constitución de 1843, si bien no se menciona expresamente la igualdad ante la ley, intrínsecamente se reconoce que son iguales aquellos que reúnan las condiciones por ella establecidas para ser ciudadanos (tener al menos 21 años de edad, ser dueño de bienes raíces dentro del territorio granadino con un monto mínimo y saber leer y escribir). La de 1853 (República de la Nueva Granada) garantiza (art. 5º # 10) “*La igualdad de todos los derechos individuales; no debiendo ser reconocida ninguna distinción proveniente del nacimiento, de título nobiliario, o profesional, fuero o clase*”; la de 1858 (Confederación Granadina), en su artículo 56 (núm. 8º), reconoce,

a todos los habitantes y transeúntes (...) [l]a igualdad, en virtud de la cual todos deben ser juzgados con arreglo a las mismas leyes, por los Jueces establecidos por ellas, y no pueden ser sometidos a contribuciones ni a servicios excepcionales que graven a unos y eximan a otros de los que estén en la misma condición.

La ultrafederalista y ultraindividualista Carta de Rionegro (1863) garantizaba “*a los habitantes y transeúntes*” (art. 15 # 10):

[L]a igualdad; y en consecuencia, no es lícito conceder privilegios o distinciones legales, que cedan en puro favor o beneficio de los agraciados; ni imponer obligaciones especiales que hagan a los individuos a ellas sujetos de peor condición que los demás.

La Constitución de 1886 fue la excepción: no contiene ninguna alusión a la igualdad ante la ley. Y ello no fue una inadvertencia de los constituyentes, sino una reacción deliberada contra la idea liberal de estado que había impregnado las constituciones anteriores, y sobre todo las de 1853 y 1858, así como un reflejo de la crisis del liberalismo europeo de fines de esa centuria. Según Jaramillo (1996), para los inspiradores de esa Constitución, principalmente

Sergio Arboleda, Rafael Núñez¹¹ y Miguel Antonio Caro, el Estado no podía asumir un papel pasivo, permitiendo la libre iniciativa individual; había que reforzarle para que fuera un agente moral y de cohesión nacional, un papel más acorde con la tradición hispana de las nuevas naciones latinoamericanas, que en muchos aspectos se alejaba de la cultura y concepciones que habían dado origen a las instituciones liberales en ciertas naciones europeas. La nueva nación colombiana no era industrializada, ni padecía la problemática propia de las sociedades europeas, por lo que la respuesta institucional no podía seguir siendo una copia del pensamiento europeo, sino una más adecuada a los propios problemas políticos del país. El Estado no podía ser un elemento pasivo frente a las fuerzas económicas, pero tampoco convertirse en un estado totalitario. Es decir, debía permitir la propiedad privada y, con ciertos límites, el juego de la iniciativa individual (pp. 291 y ss.).

Uno de los pensadores políticos más influyentes del siglo antepasado en Colombia – Sergio Arboleda-, criticó la idea de igualdad, en cuanto aplicación mecánica de una ley que no hace distinciones ni tiene en cuenta las desigualdades reales –continúa Jaramillo. Para Arboleda, la concepción formal de la igualdad conduce a injusticias, pues la justicia exige tener en cuenta las desigualdades reales. Por tal razón criticó a los constituyentes criollos, al haber sustituido la legislación española -justa precisamente por reconocer las desigualdades y la necesidad de proteger más a unos seres que a otros-, por una aplicación sin distinciones de la ley, inspirada en el liberalismo europeo, que conducía por ello a la inequidad y la injusticia. Así ocurrió con los indígenas –escribió Arboleda-, pues, no obstante que ellos requirieran de una especial protección de la ley, los legisladores de la República, inspirados en la idea racionalista de la igualdad ante la ley, los consideraron en pie de igualdad con otros ciudadanos

¹¹ Según Gerardo Molina (1978), el más decisivo mentor de la Constitución de 1886, Rafael Núñez, no entendía la ley como una expresión de la voluntad general y un factor de igualdad, sino como un mecanismo para afianzar el principio de autoridad y como un instrumento dotado de especiales poderes coercitivos (p. 134).

más ilustrados, con lo cual les reconocieron unos derechos que no estaban en capacidad de ejercer. El caso más patente de injusticia fue la división y comercialización de los resguardos indígenas, que al poderse convertir en bienes de individual y libre disposición por sus propietarios, fueron adquiridos por precios irrisorios por los compradores criollos (pp. 308 y ss.; también, Lynch, 2006, p. 207).

A pesar de esta omisión de la Carta de 1886, a partir de 1931 la Corte Suprema de Justicia dedujo el principio de igualdad del texto constitucional, no sin cierta dificultad, e incluso emitió nueve sentencias de inexecutable, relativas a disposiciones que eran contrarias al principio de igualdad jurídica (Cepeda, 1991, p. 381).

4.2. El principio de igualdad, como regla general, no vincula al legislador.

De la descrita característica de generalidad fluye que los factores legítimos o válidos de diferenciación (*tertium comparationis*) eran los señalados por la ley. Es decir, la sola circunstancia de que ella consagrara tratos diferenciados confería a estos legitimidad. Dado que la igualdad es estrictamente *ante* la ley, el Legislador puede establecer los tratos que considere convenientes para el bien común y que a su juicio representen la voluntad general. Como acertadamente afirma Rubio Llorente (1991), el legislador del estado liberal puede “dotar de relevancia jurídica a cualquier diferencia ficticia que la realidad ofrezca” (p. 20), por lo que se dice, con razón, que el legislador revolucionario, como intérprete de la voluntad general, detenta una de las más formidables concentraciones de poder que la historia haya conocido (Fioravanti, 2003 p. 36). Es decir, el principio de igualdad exige la aplicación de la ley, pero de él no se deriva una protección jurídica frente al legislador que acote o restrinja sus facultades para señalar tratos diferenciados a discreción. Por esa razón la igualdad está estrechamente vinculada al principio de legalidad: cualquier transgresión desigualitaria de la Ley era una violación a ésta. En el Estado liberal no existe el concepto contemporáneo de no

discriminación que vincule al Legislador. El Estado reconocerá a cada persona el trato que le corresponda según lo señale la Ley y en eso radica la igualdad de “todos” (Westen, 1990, p. 77).

Así, en el caso de la Revolución francesa, la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de 1789, no apuesta propiamente por instaurar una sociedad democrática e igualitaria, pues se trata más de bien de un manifiesto contra la sociedad jerárquica y los privilegios (Hobsbawm, 1964, p. 84). Dice la Declaración que *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”*, pero a continuación admite la posibilidad de que la ley pueda hacer ciertas diferencias, cuando agrega: *“Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”*. Es suficiente con que los individuos sólo sean regidos por un producto de la Razón, como es la Ley, y no por el capricho o arbitrariedad de un monarca. La ley debe ser idéntica para todos (*“tanto si protege como si castiga”*, dice el artículo 6º de la Declaración de 1789), pero -como se anotó *supra*-, dado que la Ley es general, impersonal y abstracta, ella podía establecer diferencias de trato, según lo decidiera en su sabiduría el Legislador, diferencias que se reputan legítimas. Por eso, según Baldasarre (2001), *“[n]o estaban en lo absoluto excluidas fuertes discriminaciones fundadas en las condiciones políticas personales o en las condiciones sociales o políticas, en la religión o en el sexo”* (p. 80). De ahí también que, bajo el amparo de la Ley, se impusieran tratos que bajo la visión actual no habría duda en calificar como francamente discriminatorios, y que incluso justificaron la destrucción, la servidumbre o la esclavitud de aquellos a quienes no se consideraba iguales. Con dicha óptica contemporánea es notoria, por ejemplo, la ausencia de un planteamiento

igualitario hacia las mujeres en la Revolución francesa¹², así como las restricciones a la ciudadanía, que imponía a los judíos la Constitución gala de 1791 (Martín, 2007, p. 95).

En materia política, la Declaración francesa de 1789 indicaba (artículo 6º), que “[L]a ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de participar personalmente o mediante sus representantes, en su formación (...)”. (Conseil Constitutionnel, 2015, Declaración). Sin embargo, según la Constitución francesa de 1791 (Sección II, artículo 2), la calidad de ciudadanos, para efectos de formar la Asamblea Nacional Legislativa, solamente la tenían los denominados “ciudadanos activos”, o sea, quienes fueran franceses por nacimiento o por naturalización, con al menos veinticinco años de edad, contribuyentes, no servidores a sueldo y estar inscritos en la Guardia Nacional, entre otros requisitos (Conseil Constitutionnel, 2015, Constitution 1791). Estas exigencias para ser ciudadano activo reflejan la propuesta de Rousseau (s.f./1762), años antes de la Revolución, cuando planteó que la calidad de ciudadano solo debían ostentarla aquellos que fueran “*partícipes de la autoridad soberana*”, o sea, algo más que “*súbditos sometidos a las leyes del Estado*” (p. 23). Kant, sin duda inspirado en ello -y armonizando con lo escrito antes en su “*Teoría y práctica*” (1986/1793, p. 34), cuando afirmaba que el ciudadano es aquel que funge como “*su propio señor (sui iuris)*” y por tanto debe tener alguna propiedad (incluyendo en este concepto toda

¹² En 1791, Olympe de Gouges (seudónimo de Marie Gouze) proclama la “Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana”. En ella se propugna por la equiparación de derechos de hombres y mujeres. En el artículo primero dice: “*La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos*”. La ciudadanía, en este sentido, no debería tener sexo. Por su parte, la inglesa Mary Wollstonecraft, en su obra “Reivindicación de los derechos de la mujer”, publicada en 1792, adopta una postura un tanto diferente a la de Gouges, su contemporánea, ya que apuesta por una ciudadanía de las mujeres que, más que reconocerles un trato idéntico al de los varones, tenga en cuenta sus diferencias con éstos. (Barrere, 2007, p. 11). Las primeras feministas estadounidenses, convocadas por Lucretia Mott y Elizabeth Cady Stanton, emiten, en 1848, la llamada “Declaración de Seneca Falls”, en la que afirman que “*la mujer es igual al hombre*”, con base en el principio universal de que el ser humano “*ha de perseguir su verdadera y sustancial felicidad*”.

habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga-, asocia en “*La Metafísica de las costumbres*” (1989/1797) la calidad de ciudadano a tres atributos esenciales: la libertad legal, la igualdad civil, y la “*independencia civil*”. Para él esta última sólo la posee quien no debe “*la propia existencia y conservación al arbitrio de otro en el pueblo*” y no puede “*ser representado por ningún otro en los asuntos jurídicos*”, vale decir, quien tiene medios materiales de subsistencia. Según el filósofo de Königsberg sólo estos tienen la capacidad de votar y por eso también les llama “*ciudadanos activos*”. A su vez, quienes no reúnen tales atributos –o sea, los dependientes de otros, excepto los servidores del Estado, los menores de edad, “*todas las mujeres*” y en general todos aquellos que no puedan conservar su existencia por su propia actividad-, son “*ciudadanos pasivos*” (pp. 143-144). Emmanuel-Joseph Sièyes, uno de los más notables teóricos de las primeras constituciones francesas, sostendría una taxonomía similar (Losurdo, 2005, p. 188 y 189). Es decir, tanto para Rousseau, como para Kant y para el estado francés de 1791, no todos los hombres son iguales, particularmente en lo relativo a la participación política. El pueblo se limita a un “*pueblo de ciudadanos*”. (Burdeau, 1959, p. 30).

En resumen, la igualdad formal o ante la ley, en los primeros estados liberales modernos, se ubica, siguiendo a Ferrajoli (1999, p. 74), en lo que él denomina modelo de la “*diferenciación jurídica de las diferencias*”, caracterizado por la valorización de ciertas identidades (en particular la del varón) y la desvalorización de otras y, por tanto en la jerarquización de las distintas identidades, valorizaciones o desvalorizaciones entronizadas por la propia ley:

Las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como status privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras –la de mujer, pero también la de judío, negro,

hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etc.- se asumen como status discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones”

El concepto de igualdad formal, originado en las revoluciones burguesas del siglo XVIII, consiste en defender el trato indiferenciado de la ley hacia “todos”, lo que significa que ella no debe hacer distinciones entre personas, para poderse reputar “igualitaria”. Sin embargo, ese “todos” disfraza un falso universalismo, pues está integrado exclusivamente por quienes hacen parte de un colectivo (usualmente varones, blancos, propietarios, etc.), que detentan un *status* de poder social (Barrere, 2007, p. 5). Ese “todos” es el exclusivo ámbito dentro del cual debe actuar el legislador, al operar el principio igualdad, lo que entraña que no podrá disponer distinciones dentro de tal ámbito, aunque sí podrá hacer discrecionalmente –basado en su carácter de depositario de la voluntad general-, configuraciones normativas que traten de forma diferenciada otros colectivos.

El principio liberal de igualdad, entonces, no vincula en general al Legislador más allá de obligarlo a actuar igualitariamente dentro del ámbito descrito. Pero sí vincula a los aplicadores de la ley (jueces y autoridades; o sea, igualdad *en la aplicación* de la ley), quienes están obligados a hacer efectivas en sus sentencias y decisiones las diferenciaciones que ella establezca. La exigencia de que el Legislador se acoja al principio de igualdad al producir la ley (igualdad *en la ley*) es producto de la evolución jurídica posterior, que sólo se concretó en Europa ya entrado el siglo XX, como se verá a continuación.

5. La igualdad en los estados sociales de derecho.

5.1. La igualdad ante la ley como exigencia de generalidad.

La exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales, es un legado del estado liberal de derecho. Implica que la ley debe ser idéntica para

todos, sin que haya personas exoneradas de su cumplimiento. La igualdad, bajo este enfoque, afirma Pérez Luño (2007), se ajusta a los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídica y está íntimamente conectada con los principios de legalidad y seguridad jurídica, como fueron proclamado en las revoluciones burguesas (pp. 22-24). Esta característica de generalidad se ha entendido tradicionalmente como una manifestación del principio de igualdad ante la ley.

No obstante, Kelsen, a mediados del siglo XX, en su obra “*¿Qué es la Justicia?*” (2001), se apartó de la apreciación que asimila la generalidad de la ley con la igualdad ante la ley, al observar que esta última no significa cosa distinta a que los órganos encargados de la aplicación del derecho sólo deben hacer aquello que el derecho vigente establezca. Afirmó:

Si el derecho otorga derechos políticos solamente a los hombres y no a las mujeres, a los ciudadanos nativos y no a los extranjeros, a los miembros de una determinada religión o raza y no a los de otra, se respetará el principio de igualdad ante la ley cuando los órganos encargados de la aplicación del derecho, resuelvan en los casos concretos que una mujer, un ciudadano extranjero o un miembro de una religión o raza determinada no tiene derecho político alguno. Ese derecho difícilmente tiene que ver con la igualdad. Expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido. Es el principio de juridicidad o legalidad, que por su propia esencia es inmanente a todo ordenamiento jurídico sin que para esto interese el que dicho ordenamiento sea justo o injusto. (p. 51)

Debe decirse, además, que la generalidad de las normas, entendida como universalidad lógica, no tiene relación necesaria con la igualdad. En efecto, según Raz, citado por Laporta (1985, p. 23), la creencia de que la igualdad está relacionada con la generalidad de la ley, es errónea: “*La discriminación racial, religiosa y de todo tipo es, no solo compatible, sino que a menudo está institucionalizada mediante reglas generales*”. De otro lado, no puede predicarse la igualdad con base en el número de destinatarios seleccionados por la norma, pues la igualdad no tiene que ver con ese número sino con los criterios de selección, es decir, con los parámetros

que han de tenerse en cuenta como relevantes para otorgar un determinado tratamiento normativo. (pp. 5, 6, 8, 9).

A pesar de las anteriores críticas, la generalidad que con frecuencia caracteriza la Ley está, *prima facie*, íntimamente ligada con la igualdad, en el sentido primigenio de la expresión, que excluye tratos *ad personam*, o privilegios racionalmente infundados.

5.2. La igualdad ante la ley como garantía de regularidad o uniformidad del procedimiento.

La igualdad ante la ley es también garantía *funcional* de regularidad o uniformidad en los procedimientos de aplicación de las normas. Esto entraña, a su vez, que los ciudadanos se hallarán sujetos a unos mismos procedimientos, que su posición en el desarrollo de éstos será la misma y que los órganos jurisdiccionales competentes aplicarán las normas de forma coherente. Según el Tribunal constitucional español, ello implica que un mismo juez o tribunal no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que ofrezca una fundamentación suficiente y razonable. (Pérez Luño, 2007, pp. 31-32).

Efecto de esta manifestación de la igualdad ante la ley, es la obligatoriedad *prima facie* del precedente judicial. El art. 13 de la Constitución colombiana impone a las autoridades el deber de conferir a los ciudadanos “*la misma protección y trato*”. La Corte Constitucional ha sostenido que los precedentes judiciales de las altas cortes vinculan a los jueces y funcionarios en la resolución de los asuntos sometidos a ellos. Sin embargo, teniendo en cuenta que en Colombia existe un sistema jurídico legislado y no uno basado en la costumbre –caso en el cual rige el principio del *stare decisis*–, los jueces en sus interpretaciones, si bien *prima facie* están limitados por el precedente judicial de los órganos de cierre, “*cuentan con la facultad de*

abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones”. Al respecto agrega:

Así, el juez dispone de un margen de apreciación de los supuestos fácticos del caso concreto y de interpretación de las normas aplicables al mismo, que le permite apartarse del precedente judicial, es decir, optar por no aplicar la razón jurídica con base en la cual se resolvió el caso anterior. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción -la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional-: tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia, es decir, satisfacer una carga dialogal con el precedente, como fundamento de la decisión discrepante. En tales casos, por la iniciativa razonada del juez, el precedente judicial puede no ser aplicado, siempre con referencia expresa al mismo y con justificación jurídica del apartamiento¹³.

5.3. La propensión a la igualdad material.

5.3.1. El concepto de igualdad material.

Afirma Tawney (1952), que el origen de la llamada igualdad formal o estricta igualdad ante la ley, se encuentra en la guerra declarada por los revolucionarios franceses a los intolerables y arbitrarios privilegios jurídicos propios de la nobleza y no propiamente a las desigualdades patrimoniales, materiales, de *status*, etc. Por eso su objetivo fue destruir los primeros, mas no las segundas. Es decir, la revolución francesa no atacó todas las formas de desigualdad, sino solamente aquellas que se basaban en ventajas especiales (esencialmente jurídicas) reconocidas a ciertos grupos por la costumbre o la ley. Se consideraba para entonces, que, particularmente, las desigualdades económicas tenían origen en las jurídicas y que, al abolir estas últimas aquellas se irían disipando y por tanto acercando a los ciudadanos a la igualdad material. No obstante, si bien la igualdad formal condenó las desigualdades feudales, bendijo las desigualdades del porvenir industrial, producto, no de la arbitrariedad, sino de las

¹³ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-816/2011.

diferencias de capacidad personal, es decir, del éxito o fracaso individuales y correspondientes al mérito. Se pensó que la igualdad significaba, no la ausencia de contrastes drásticos de ingresos y condición social, sino de oportunidades iguales de llegar a ser desigual. (pp. 97, 104 y 105).

Por eso Marx (1969) denunció que la igualdad formal (jurídica) convive con la desigualdad material en las sociedades liberales y que el principio de que todos tienen igual derecho a recibir el fruto de su trabajo, termina siendo –por el contrario–, un principio no igualitario. El pensador de Tréveris planteó una concepción de la igualdad material, pero no en función del “fruto del trabajo”, es decir, de la intensidad, resultado y duración del trabajo de cada quien –como proponía Lasalle–, sino en el de las necesidades individuales, pues la realidad muestra que los individuos son diferentes: unos tienen más capacidades y destrezas que otros, o tienen necesidades familiares que no son iguales. De ahí su crítica a que el derecho burgués no es un derecho igual sino desigual, frente a lo cual plantea que el derecho debería ser desigual y no igual, pues *“el derecho no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado”*. Concluye que en la fase final de la sociedad comunista, cuando se logre el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crecerán también las fuerzas productivas y correrán a *“chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva”*, se rebasará totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués y el principio de igualdad se expresará en el aforismo *“de cada cual según su capacidad, a cada uno según sus necesidades”* (pp. 341, 342). Lenin (1960) variará ese *tertium comparationis* y lo interpretará en sentido diferente: a cada uno según su trabajo (“quien no trabaja no come”, o “a igual cantidad de trabajo, igual cantidad de productos”) (p. 368)¹⁴.

¹⁴ Este no es un postulado original de Lenin. Desde antiguo se le conoció como el “prejuicio babilónico”, pues aparece en los códigos sumerios del segundo milenio antes de Cristo. San Pablo también lo reproduce en su

Hacia mediados del siglo XX, el tránsito del estado liberal de derecho al estado social y democrático de derecho –debido en buen parte a la aplicación de las teorías keynesianas de expansión del gasto público y redistribución de la renta, como roles fundamentales del estado-, supuso

el paso de la garantía de la libertad y de la igualdad mediante la Ley a la garantía de la libertad y de la igualdad por y en la ley en el marco de la Constitución, lo que dota al principio de igualdad de una expansión enorme y potencialmente indefinida” (Villacorta, 2006, p. 34).

Así, a partir de una nueva interpretación del artículo 119-1 de la Constitución alemana de 1919 (*“Todos los alemanes son iguales ante la ley”*), se da un salto cualitativo en el alcance del principio de igualdad: la igualdad debe ser un requisito del *contenido* de la ley y, por tanto, -en palabras de Leibholz (citado por Carmona, 1994, p. 269)-, no solamente es una exigencia *“frente a la arbitrariedad de la administración, sino también frente al legislador”*. Termina así la omnipotencia del legislador para señalar a su discreción tratos diferenciados por fuera del ámbito de aquellos considerados “iguales”, que venía amparada desde el siglo XVIII.

Esto entrañará un entendimiento diferente de la esencia de la igualdad, que exigirá normas no necesariamente universales –por efecto de la generalidad de la ley, exigida en el estado liberal clásico- y se considerarán como lícitas las *“inclusiones de categorías subjetivas ligadas a problemas objetivos”* (Villacorta, 2006, p. 32)

Partiendo del aserto de que el principio de igualdad debe observarse no solo *en la aplicación* de la ley, sino también en el momento de producir ésta, es decir *en la ley*, habrá de reconocerse no únicamente un trato igual a quienes son iguales, sino un trato desigual a quienes

segunda Carta a los Tesalonicenses: *“Por eso, cuando estábamos con vosotros, os mandábamos esto: si uno no quiere trabajar, tampoco coma”*. (Tes, 3:10, Straubinger, 1958).

son desiguales. Así, el estado constitucional de derecho ha de ocuparse de corregir las graves desigualdades sociales que atentan contra los principios superiores que le inspiran. Partiendo de la convicción de que las personas son iguales en dignidad y en consecuencia ninguna norma jurídica debe ir contra ella, emitirá normas o practicará políticas que favorezcan los grupos tradicionalmente marginados.

Garantizar por parte del estado la igualdad formal ha sido insuficiente. En el estado social el principio de igualdad debe implicar ahora procurar la igualdad material, es decir, tener en cuenta las condiciones reales o materiales de existencia de las personas con el objeto de buscar una equiparación real y efectiva de tales condiciones (Carmona, 1994, p. 265). Heller (citado por Carmona, 1994, p. 271) afirma que *«La igualdad formal de la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, produce un Derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social»*. El Estado no debe limitarse a emitir normas que observen el principio de no discriminación sino que debe prohiar medidas que busquen la igualdad efectiva de todas las personas. Y entre estas medidas, indica Carmona (1994), *“puede ser preciso en ocasiones dictar normas aparentemente desigualitarias para favorecer a ciertos sectores de población en situación de inferioridad económica o social”*. (p. 271).

Es decir, según G. Leibholz (citado por Villacorta, 2006), el principio de igualdad en la ley debe interpretarse ahora teniendo en cuenta el profundo cambio de significado del Estado de Derecho —que no es ya el Estado legal meramente formal, sino el Estado de derecho material. A partir de ahí la igualdad se entiende como derecho fundamental protegido, cuyo contenido ya no puede ser fijado discrecionalmente por el legislador, pues sus facultades de configuración de la ley se encuentran acotadas por ese principio superior, contrariamente a lo que sucedía antes, cuando éste vinculaba solamente a los aplicadores del derecho (p. 40).

Ahora bien, ¿la búsqueda de la igualdad material entraña apostatar de la formal? Pérez Luño (2007) asegura que la respuesta es negativa: la igualdad formal y la material no son contradictorias, ni tampoco pueden considerarse como compartimientos estancos, pues existe una continuidad entre ambas dimensiones (p. 36). En esa misma línea, Pisarello (2007) asevera que todos los derechos civiles, políticos y sociales se relacionan con los principios de igualdad formal y de igualdad sustancial:

Todos los derechos civiles, políticos y sociales pueden conectarse, en consecuencia, tanto al principio de igualdad formal, que proscribe la discriminación, como al principio de igualdad sustancial, que obliga a compensar y a remover las desigualdades fácticas. Contemplados desde el punto de vista de la igualdad formal, los derechos civiles y políticos incluirían el derecho a no ser discriminado de manera arbitraria en el ejercicio de la libertad de expresión, o del derecho de asociación, o de la libertad ideológica. Contemplados desde la perspectiva de la igualdad sustancial, comprenderían el derecho a las condiciones materiales que permiten ese ejercicio, así como a la eliminación de los obstáculos públicos y privados que lo impidan. (p. 46)

Con otras palabras, no es que la igualdad material deba sustituir a la igualdad formal y que esta última ya no tenga importancia ni vigencia. Lo que ocurre es que entre la igualdad formal y la material hay una especie de imbricación, pues, como afirma Alexy (2007b), “*quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad jurídica*” (p. 368), refiriéndose sin duda a las acciones afirmativas y en particular a las mal llamadas discriminaciones inversas, a las que se aludirá *infra*. Desde el punto de vista del derecho constitucional –continúa el tratadista alemán-, debe excluirse la posibilidad de renunciar al principio de igualdad formal o jurídica, porque éste es un valor en sí mismo. Además, “*el principio de igualdad formal puede aplicarse con mayor facilidad y certeza que el de la igualdad jurídica*” y es más controlable que el de igualdad fáctica o material. (pp. 369 y 370).

No es sensato, entonces, dividir tajantemente la igualdad jurídica y la igualdad sustancial o material, descalificando de entrada la primera “por ser meramente formal” (o inútil) y

entronizando la segunda como la “verdadera” igualdad, por su carácter tangible. Y ello porque la relación entre una y otra es inescindible: en efecto, la desigualdad material en un determinado aspecto puede obedecer a varias causas: i) a que no existan normas jurídicas que impongan parámetros de igualdad en ese aspecto; ii) a que, existiendo tales normas, no se cumplan efectivamente (por ejemplo las que imponen la igualdad entre hombres y mujeres, que se enfrentan en la práctica con prejuicios y creencias fuertemente arraigados en la cultura). Pero nótese también que cuando se da fácticamente la igualdad, ello obedece frecuentemente al cumplimiento de normas jurídicas que la han ordenado (caso de las acciones positivas, discriminaciones inversas, etc.). Utilizando las palabras de Stiglitz (2012) al referirse a la discriminación que se presenta en los mercados, éstos *“están condicionados por las leyes, las normativas y las instituciones”* (p. 101).

En pos de la igualdad material, la normativa jurídica, la jurisprudencia y la doctrina dentro de los estados constitucionales han desarrollado conceptos como el de igualdad de trato, no discriminación, acciones positivas o “discriminaciones inversas”. Por su parte, la teoría política también ha desarrollado conceptos –como la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados–, que en ocasiones complementan sustancialmente los provenientes del Derecho. A continuación se examinarán sucesivamente los conceptos de una y otra disciplina, pero circunscribiendo los provenientes de la teoría política a los que han tenido influencia en el ámbito jurídico.

5.3.2. La igualdad de trato y de oportunidades.

Desde los clásicos, la igualdad se concibe como un principio de justicia. Como se dijo *supra*, Aristóteles, afirmó que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. De allí parte la concepción contemporánea de la igualdad como igualdad de trato y de oportunidades.

La igualdad de trato no significa trato idéntico. Como ha dicho la Corte Constitucional colombiana “[e]sta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas”. Debe garantizarse que la ley no regule de forma diferente la situación de quienes deben ser tratados igual, o, por el contrario, regule de manera igual la situación de quienes deben ser tratados de forma diferente¹⁵.

La transgresión a la igualdad de trato y oportunidades se llama discriminación, o sea, diferenciar a las personas, con fundamento en criterios ilegítimos, arbitrarios y en todo caso irrelevantes, como la raza, el sexo, el color, la opinión política, el credo religioso, etc., tema que se abordará más adelante en este capítulo.

La igualdad de trato, sostiene Bernal (2002), reviste cuatro modalidades diferentes: el trato igual a entes o situaciones totalmente iguales, el trato diferente a entes o situaciones totalmente diferentes, el trato igual a entes o situaciones equiparables y el trato diferente a entes o situaciones que, compartiendo elementos similares, poseen elementos diferenciadores significativos (p. 51)¹⁶. Las dos primeras modalidades no revisten mayor dificultad cuando se trata de aplicar el principio o derecho de igualdad. Son las dos últimas las que constituyen “casos difíciles”: la igualdad por equiparación y la igualdad por diferenciación.

Para equiparar o diferenciar se requiere definir uno más criterios de comparación *-tertia comparationis-*, con base en los cuales se determinará si los entes objeto de parangón deben tratarse igual o de forma diferente (¿igualdad o diferencia en qué?). Esa definición, obviamente, como se expresó *supra*, entraña una decisión de quien hace el juicio de igualdad, que está

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-507/2004.

¹⁶ En igual sentido, ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-240/2014.

influida por los valores que le inspiran para señalar cuáles factores de comparación se considerarán relevantes y cuáles no. O sea, el resultado del juicio de igualdad (para equiparar o diferenciar) dependerá esencialmente de cuál o cuáles variantes se elijan como relevantes para verificar su presencia en los distintos entes que van a compararse y cuál o cuáles se descartan como irrelevantes.

5.3.2.1. La igualdad como equiparación.

El principio de equiparación demanda que, a pesar de que existan circunstancias o situaciones no coincidentes entre los entes objeto de comparación, éstas deberán ignorarse –si ellas son irrelevantes-, para garantizar el ejercicio de ciertos derechos en forma igual a los demás. Según Alexy (2007b) *“si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”* (p. 360).

El principio de equiparación supone el trato igual de lo que no necesariamente es lo mismo en el plano fáctico, pero se estima que jurídicamente debe serlo. Es decir, si bien hay disparidad en ciertos aspectos entre los entes objeto de comparación, por el principio de igualdad, que implica un juicio de equiparación, se les asimila como iguales, mirando determinado o determinados aspectos comunes (*tertium comparationis*) e ignorando factores diferenciadores que se consideran no significativos.

Todo juicio de equiparación implica, por tanto, un proceso discursivo relacional con dos condiciones: i) Determinación y homogeneidad, en cuanto a que debe ser referido a una relación particular o a un criterio específico; nunca puede hablarse de igualdad en relaciones indeterminadas o absolutamente heterogéneas; ii) Cierta abstracción de determinadas diferencias que van a considerarse de peso deleznable para la relación de igualdad que se establece (Pérez Luño, 2007, p. 25). Como se anotó antes, los criterios que dan lugar a la

equiparación parten de determinados conceptos de justicia, que no pueden reputarse universales ya que, por el contrario, tienen como fuente determinadas concepciones políticas o ideológicas. Las diferencias de criterios de relevancia no solamente pueden presentarse entre diversas culturas jurídicas; incluso dentro de la misma cultura jurídica pueden plantearse diversos criterios para determinar la igualdad entre los seres humanos, haciendo abstracción de ciertos rasgos diferenciadores. Por ejemplo, se insistirá en la igualdad fundamental por razón de la dignidad del ser humano (Santo Tomás), de su racionalidad (Locke, Kant), de sus pasiones (Bentham, Mill), o de su pertenencia a la esencia genérica humana (Marx). (Pérez Luño, 2007, pp. 24-26)

La Constitución colombiana, por ejemplo, reconoce el disfrute de ciertos derechos por “*toda persona*” (es decir, *equipara* a los nacionales y a los extranjeros, al considerar que esta última condición no constituye una diferencia relevante para dar un trato disímil. Así lo hace en el derecho a la personalidad jurídica (art. 14), a la intimidad (art. 15), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), a la libertad de cultos (art. 19), a la libertad de expresión (art. 20), al *habeas corpus* (art. 30), a la libertad de asociación (art. 38), a la acción de tutela (art. 86), etc.,

5.3.2.2. La igualdad como diferenciación.

Al decir de Pérez Luño (2007), aunque parezca paradójico, la igualdad ante la ley se traduce también, en ocasiones, en la exigencia de diferenciación, vale decir, en tratar de manera distinta con base en circunstancias que, si bien son aparentemente semejantes, requieren de una reglamentación diferente (p. 107). Y agrega:

La diferenciación evita que el principio de igualdad ante la ley se traduzca en un uniformismo, que supondría tratar todo de la misma manera (...) la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera uniforme como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales (p.28).

Si, con el fin de dar un trato igual, en la igualdad por equiparación se ignoran u obvian ciertos elementos diferenciadores al considerarlos irrelevantes, en la igualdad por diferenciación se toman en cuenta elementos que se consideran significativos para dar un trato disímil, ignorando aquellos que pudieran inducir a un trato igual. El principio de igualdad – como fue planteado desde Aristóteles–, no supone solamente dar un tratamiento igual a los que son iguales, sino también dar un tratamiento dispar a quienes no lo son. En unos casos, las diferencias se considerarán irrelevantes (lo que debe conducir a dar un tratamiento igual, por equiparación), mientras que en otros las diferencias serán relevantes (lo que debe llevar a reconocer un tratamiento desigual, por diferenciación). Como postula Alexy (2007b), “*si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato igual, entonces está ordenado un trato desigual*” (p. 361).

Laporta (1985, p. 15) examina algunos “*principios de tratamiento diferenciado*”, que servirían como criterios comparativos relevantes para realizar un juicio de igualdad por diferenciación, advirtiendo que su aplicación genera muchas veces problemas muy complejos e incluso antagonismos entre ellos. Enumera y examina cuatro, que son razones para un tratamiento disímil correcto, pero señalando que su enumeración no es exhaustiva: principio de satisfacción de necesidades, principio de retribución de merecimientos, principio de reconocimiento de aptitudes y principio de consideración de *status*. Así (pp. 15 y ss.), será correcta la norma o disposición que reconozca un tratamiento diferenciado con base en la necesidad, o en los merecimientos, o en las destrezas o características físicas objetivamente requeridas, o en el *status* –entendido en su sentido estructural que más adelante será descrito.

Un ejemplo de trato diferenciado se encuentra en el artículo 100 de la Constitución colombiana de 1991, que si bien reconoce los mismos derechos civiles a los extranjeros que a

los colombianos, faculta a la ley para “*subordinar a condiciones especiales*”, o incluso negar, el ejercicio de algunos de ellos a los foráneos, por razones de orden público.

Otros ejemplos de incidencia del principio de diferenciación se hallan en el artículo 125 de la misma Carta, que supedita el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en el sector público a “*los méritos y calidades de los aspirantes*”; o en el artículo 363, cuando dispone que “*[e]l sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad*”¹⁷.

5.3.3. El principio de no discriminación.

5.3.3.1. Concepto general.

El estado de derecho liberal clásico -que actúa bajo la divisa *laissez faire, laissez passer*, es decir, como un estado mínimo y abstencionista cuyo principal objetivo es proteger la libertad y autodeterminación individuales-, dio paso al estado social de derecho, que pretende la realización efectiva –material- de los derechos fundamentales. El estado social de derecho, contrario a su antecesor liberal, actúa proactivamente para que la libertad y la igualdad sean tangibles y no simplemente nominales o meramente retóricas, partiendo de la base de que ellas no pueden lograrse exclusivamente por el individuo aislado, sin acciones de fomento y apoyo del propio estado.

El estado social de derecho recibe del estado liberal de derecho el legado de la igualdad formal. Sin embargo, dado que una de las características del primero es el pluralismo y la convicción de que su misión es contribuir activamente a la obtención de un mejor estatus de

¹⁷ Según la Corte Constitucional (Sentencia C-913 de 2011), “*quienes se encuentran en situaciones similares, con capacidad económica similar, soporten una carga tributaria igual (...) la equidad se proyecta no sólo desde un punto de vista horizontal, es decir, que a igual capacidad de pago, igual sea la contribución, sino también desde una perspectiva vertical, en la medida en que el mayor peso en cuanto a la obligación de contribuir debe recaer sobre aquellos sujetos que cuentan con más capacidad económica*”.

vida para la población, propugnará por el logro de condiciones que lleven a la igualdad material.

La noción original de igualdad formal o igualdad estricta ante la ley, surgida en los clásicos estados liberales de derecho, permitía a estos determinar –mediante la ley-, quiénes eran iguales y quiénes no lo eran, por razones de utilidad pública, lo que equivalía, en la práctica, a actuar discrecionalmente. Incluso en el siglo XX, en el estado nazi –que sin duda fue un estado de derecho-, la ley no consideraba a los judíos, a los gitanos y a otros grupos étnicos como iguales a los alemanes de origen. Todo ello basado –explica Supiot (2011)-, en unas supuestas “verdaderas leyes” ineluctables, originadas en la antropología y en la biología (así como el marxismo-leninismo profesa su creencia en otras, fundadas en la economía y en la historia) (pp. 15-16). Se podrían citar otros ejemplos que enseñan que la historia de la humanidad es, en buena medida, un itinerario azaroso de desigualdad fundada en prejuicios y estereotipos que determinaron criterios de relevancia o *tertia comparationis* utilizados en las leyes o por las autoridades para señalar quiénes debían considerarse iguales ante la ley y quiénes no, porque como dice Supiot (2007), la dificultad “*de las sociedades modernas estriba justamente en tener que pensar y vivir la igualdad sin negar las diferencias*”. (p. 13).

Hasta fines del siglo XIX, cuando las enmiendas XIII, XIV y XV a la Constitución de EEUU de América introdujeron cláusulas antidiscriminatorias¹⁸, la igualdad se entendió en general bajo el sentido liberal imperante desde el siglo XVIII. Es decir, como mera realización de una legalidad que no hace diferenciaciones, sin referencia a valores superiores que obligaran

¹⁸ La XIII enmienda (diciembre de 1865) prohibió la esclavitud y la servidumbre o trabajo forzado (*servitude*), salvo como castigo para el convicto. La XIV enmienda (1868) dispone que toda persona dentro de la jurisdicción del respectivo estado tiene derecho a igual protección de las leyes. La XV enmienda (1870) dice que el derecho al voto de los ciudadanos no podrá restringirse por razones de raza, color o condición anterior de esclavitud. (NARA, 2015).

al Legislador a considerar ciertas circunstancias fácticas que condicionan la vida de las personas en la realidad, para reconocer tratos disímiles justificados.

Puede decirse que a partir de la Segunda Guerra Mundial y de las atrocidades que la caracterizaron, la humanidad da un salto ético y jurídico sustancial. El 10 de mayo de 1944, poco antes de culminar la Segunda Guerra Mundial, se emite la “Declaración de Filadelfia”, primera declaración internacional de derechos con vocación de universalidad. Esta declaración, asegura Supiot (2011), que formalmente traza los nuevos senderos que debería seguir la Organización Internacional del Trabajo –OIT- bajo el nuevo orden mundial de la posguerra, extrajo lecciones de la barbarie de la “guerra de treinta años”, que había desgarrado al mundo entre 1914 y 1945, desde Auschwitz hasta el *gulag*, y con base en ellas erigió a la justicia social como una de las piedras angulares del ordenamiento jurídico y del desarrollo económico internacionales. (p. 21 y ss.). Cuatro años después, la Organización de las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por primera vez en la historia humana una comunidad organizada de naciones (y no una asamblea de constituyentes de un determinado estado), reconoció unos derechos fundamentales para todos los hombres y mujeres, sin distinción. Aquella noche de diciembre de 1948, el concepto de igualdad finalmente superó la noción de cumplimiento estricto de la legalidad, al consagrarse por primera vez en el nivel orbital el principio de no discriminación, junto al principio clásico de igualdad ante la ley¹⁹ y al del reconocimiento de que los seres humanos son iguales en dignidad²⁰. Afirma la Declaración (ONU, 2016a):

¹⁹ En su artículo 7º la Declaración afirma: “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”.

²⁰ En su Preámbulo se dice: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la*

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Haciendo eco de esta disposición, también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (ONU, 2016b), consagró en su artículo 26, tanto el principio de igualdad ante la ley como el de no discriminación²¹. Igual lo hacen la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), los pactos de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales (ambos de 1966), la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950), la Convención americana de derechos humanos (1969) y su protocolo adicional (Pacto de San Salvador de 1988), entre otros.

A partir de allí, afirma Mac Crudden (citado por Tomei, 2003, p. 447) el principio de no discriminación será la base para el entendimiento de la igualdad en tanto que diversidad y se

familia humana (...); “(...) que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...)”. El artículo 1º prescribe: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Y en su artículo 7º (segunda parte) afirma: “(...) Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

²¹ *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

tratará, no ya de suprimir la diferencia mediante la asimilación de lo diverso en la cultura y en los comportamientos de las mayorías, sino de reconocer la diversidad como activo personal y social, merecedor no simplemente de tolerancia sino de aceptación.

Si bien gramaticalmente hablando, discriminar significa diferenciar o separar, -con lo cual se adjudica al término un significado neutral-, jurídicamente hablando discriminar significa tratar de manera diferente a alguien con base en un motivo prohibido por el Derecho. Es decir, la acepción jurídica exhibe un significado peyorativo, en el sentido de diferenciar despectivamente a las personas o grupos con base en prejuicios, fanatismos, intolerancias o arbitrariedades. En la discriminación existe una negación al individuo de su condición plena de persona. En general, es una minusvaloración del individuo o colectivo porque ciertas características suyas se salen de lo considerado normal por los grupos predominantes. Y ello acarrea dispensar a esos individuos un trato diferenciado. El trato discriminatorio consiste en negar la dignidad humana a unos individuos, con base en motivos no imputables al individuo, como son sus características individuales (color, raza, sexo), o sociales (lengua, religión, origen social...) (Rodríguez-Piñero & Fernández, 1986, pp. 82, 83 y 91). Quintanilla (2008) describe la discriminación de forma elocuente: *“situación de perjuicio, minusvaloración, exclusión o dificultad en el acceso a los recursos y derechos básicos, en la que se encuentran ciertas personas, grupos o estratos sociales”* (p. 45).

Sin embargo, no todo trato distinto acarrea discriminación. En efecto, hoy del principio de igualdad se derivan dos asertos: en primer lugar, que los seres humanos, por ser diversos, no son idénticos y por tanto deben ser tratados diferencialmente, y, en segundo lugar, que ese tratamiento diferente no puede basarse en criterios considerados irrelevantes o ilegítimos. Con otras palabras: están proscritos los tratos asimétricos, basados en criterios arbitrarios e injustos. El principio de igualdad impone que las personas o situaciones que compartan un *tertium*

comparationis legítimo y alineado con el fin válido perseguido sean tratadas de manera igual, en cuanto a beneficios o cargas, o de forma diferente, cuando las disimilitudes sean significativas. Pero también se proscriben tratamientos disímiles sustentados en criterios de valoración vedados, vale decir, considerados ilegítimos o irrelevantes (la raza, el color, el sexo, la opinión política o la religión, el idioma, el nacimiento, el origen social, entre otros). Así, en síntesis, discriminar consiste en dar un trato diferenciado atentando contra la dignidad de las personas sobre las que recae el trato peyorativo.

El Comité de derechos Humanos de la ONU (1989), en su Observación General Nro. 18, párrafo 7, define la discriminación como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

La discriminación se erige, así, en un trato disímil que transgrede el principio de igualdad de trato y particularmente el de igualdad por equiparación. La proscripción del trato peyorativo es, entonces, un complemento del contemporáneo principio de igualdad, que se constituye en el elemento que marca la mayor diferencia sustancial con el principio liberal de igualdad en la ley en su acepción rigurosamente formal. Como bien lo afirma la “Declaración de principios para la igualdad”, emitida en Londres en el año 2008 (ERT, 2008), como “consenso moral y profesional” por un grupo de expertos de distintas partes del mundo, “[E]l derecho a la no discriminación es un derecho fundamental y autónomo, subsumido en el derecho a la igualdad”. Así también lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva 018 de 2003, cuando habla de “Principio de igualdad y no discriminación” (CIDHD, 2003, párr. 82 y ss.). De ahí también que en varias constituciones nacionales ambos

principios –el de igualdad y el de no discriminación- se hallen consagrados como uno solo, como sucede en la Constitución española (artículo 14), o en la Constitución colombiana (artículo 13).

Actualmente, el principio de igualdad y no discriminación vincula tanto al legislador como a los aplicadores judiciales o administrativos de la ley, de tal manera que la discriminación puede ser *de iure*, o sea, cuando las normas jurídicas infraconstitucionales consagran tratos diferenciadores contrarios al principio de igualdad. Expresándolo de otra forma, a diferencia de la mera y primigenia igualdad ante la ley, propia de los estados liberales clásicos, ahora tal principio deberá también observarse al producir la ley (*en la ley*, o sea por el legislador), y simultáneamente también al administrarla (*en la aplicación de la ley*), o sea, proscribiendo la arbitrariedad, al limitar el margen de interpretación de las normas jurídicas por parte de quienes deban aplicarlas.

Pero la discriminación también podrá ser *de facto*, o sea cuando los tratamientos asimétricos se dan en la práctica, contraviniendo tal principio o las normas que lo desarrollan. (ILO, 2007, p. 50).

5.3.3.2. Las discriminaciones directas e indirectas como rupturas de la igualdad de trato y de oportunidades.

Como se dijo *supra*, la expresión discriminación puede tener dos significados, uno neutro y otro peyorativo. En su sentido neutro denota distinguir, separar, diferenciar una cosa o persona de otra (por tamaño, peso, volumen, color, estatura, etc.). En su sentido peyorativo (jurídico), la discriminación va mucho más allá de la simple diferenciación, pues se trata de

una distinción de carácter injusto o ilegítimo²². Mientras en su sentido neutro, proveniente de la Economía, se utiliza la proposición “entre”, en su significado peyorativo se usa la proposición “contra”, explican Rodríguez y Fernández (1986, pp. 86 a 88) y Barrere (2007, p. 4).

La discriminación como ruptura de la igualdad de trato y de oportunidades puede revestir dos formas:

1) Discriminación directa: es la situación en que, según la Directiva 2004/113/CE, una “*persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable*” de lo que “*es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable*”, cuando tal trato desfavorable se fundamente, de forma expresa e inmediata, en motivos irrelevantes (raza, color, opinión política, credo religioso, sexo, procedencia social, etc.), es decir, ilegítimos. La discriminación directa es la transgresión a la igualdad de trato, que a su vez se refiere a los tratamientos igualitarios individualizados. (Sáez, 1994, p. 107). La discriminación directa puede ser explícita, en cuanto a que se expresa abiertamente el motivo irrelevante o ilegítimo que la causa (sexo, color, credo religioso, etc.), pero también podría ser tácita o encubierta (el motivo es ilegítimo, pero disimulado o enmascarado con un pretexto, que es muchas veces aparentemente razonable).

2) Discriminación indirecta: es, a tenor de la Directiva 2006/54/CE, “*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros*” sitúan de hecho a personas en situación desventajosa con respecto a otras, “*salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima*” y –continúa la Directiva–,

²² En el Diccionario de la lengua española se distinguen estas dos acepciones de la voz *discriminar*: “1. Seleccionar excluyendo; 2. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”. (DRAE, *discriminar*)

siempre y cuando “*los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”. En la discriminación indirecta el acento está en el efecto o impacto adverso u objetivamente desfavorable, por lo que la existencia de intencionalidad discriminatoria es irrelevante. Este tipo de segregación implica una transgresión a la igualdad de oportunidades (Sáez, 1994, p. 107).

En la discriminación indirecta hay un trato neutro, que sin embargo en la práctica crea o puede inducir desigualdades injustas con respecto a personas o grupos que reúnen determinadas características (efecto o impacto adverso). Se trata, en este último caso, de medidas que se toman nominalmente para todos (por ejemplo, sin distinción de sexo), pero que terminan teniendo un efecto segregador sobre determinado o determinados grupos. (OIT, 2012, p. 333). El efecto adverso, propio de la discriminación indirecta, es un indicio sobre el cual se puede construir una presunción de segregación, que podrá ser desvirtuada si se demuestran motivos justificados²³.

Usualmente, la discriminación indirecta es sistémica. Vale decir, se da en una dimensión supraindividual o grupal (Sáez, 1994, p. 53), que se presenta como resultado de las prácticas que se dan en las instituciones, empresas, sectores de actividad, o en la sociedad. Tales prácticas muchas veces obedecen a estereotipos o sesgos que no se expresan lisa y llanamente²⁴.

²³ Para examinar la razonabilidad del impacto adverso y determinar la existencia o no de una discriminación indirecta, la jurisprudencia en distintos países ha adoptado diferentes tipos de juicios evaluativos, si bien se registran diversos énfasis, de acuerdo con las vicisitudes de los cambios económicos y políticos. Este tema se tratará posteriormente en el Capítulo quinto de esta obra.

²⁴ Ejemplos de discriminaciones indirectas: la exclusión que de hecho se produce cuando se exigen como requisito para desempeñar cierto cargo –de manera aparentemente razonable–, determinadas características que en la práctica muy probablemente no podrán reunir los individuos pertenecientes a ciertos colectivos; o normas de protección social que establecen diferencias a favor de quienes desempeñen oficios de tiempo completo, cuando

Según Barrere (2008), en el caso *Griggs versus Power Company*, la Corte Suprema de los EEUU describió por primera vez la llamada discriminación indirecta, al señalar que el principio de no discriminación también prohíbe prácticas, que si bien son formalmente neutras, tienen un impacto adverso sobre grupos minoritarios (p. 21). Y quizás el primer antecedente legislativo sobre discriminaciones directas e indirectas se encuentra en el *Sex discrimination Act 1975*, del Reino Unido²⁵.

En principio, tanto la discriminación directa como la indirecta son objetivas. Es decir, basta que se presente el trato dispar o el impacto adverso injustificados para que ellas se configuren, sin que sea necesario el elemento subjetivo de la intención de discriminar. Sin embargo, el elemento intencional, que en la conceptualización teórica puede ser claro, en la práctica ha hecho surgir ciertas dudas. Por ello, siguiendo la doctrina estadounidense (Sáez, 1994, pp. 55 y 56), parece mejor adoptar un criterio objetivo para diferenciar ambos tipos de discriminación, consistente en clasificar como discriminación directa aquella medida, política o norma que se aplique solamente a los individuos de un determinado sector o colectivo (por

éstos son mayoritariamente desempeñados por hombres, mientras que las mujeres desempeñan mayoritariamente labores de tiempo parcial; o normas que benefician a quienes reúnen ciertas exigencias de antigüedad frente a quienes no las tienen, cuando los primeros son en su mayoría hombres. Obsérvese que en estos ejemplos, puede darse un efecto adverso sobre grupos minoritarios o sobre mujeres, a pesar de que la medida, política o norma adoptada es neutra, lo que podría constituir una discriminación, a menos que se demostrara que la medida es justificada.

²⁵ Allí se señala que se considera directamente discriminatorio el dar trato diferente, por razón de su sexo, a una mujer con respecto a como se trata o trataría a un hombre; o cuando se exige a una mujer una condición o requisito que se exige o exigiría igualmente a un hombre, cuando la proporción de mujeres que podrían cumplirlos es considerablemente menor a la proporción de hombres que podrían hacerlo; o no pueda demostrarse que tal exigencia es independiente del sexo de la persona a quien se aplica; o cuando la medida es en detrimento de la mujer porque ella no puede cumplirla (O.H. UK Legislation, 1975). Es probablemente también el primer antecedente legislativo en cuanto a que la discriminación opera, a pesar de que no se tenga intención de segregar (Morris, A., & Nott, S., 1991, pp. 78-79)

ejemplo los pertenecientes a determinada raza o sexo, etc.), y a catalogar como indirecta la que se aplique indistintamente a todos.

La discriminación en sus diferentes modalidades se analizará en forma más detallada en el Capítulo quinto, al hablar de las discriminaciones retributivas por razón de sexo.

5.3.3.3. Las acciones positivas y las discriminaciones inversas.

Cuando en la práctica, a pesar de que las normas generales prescriban la igualdad de trato y de oportunidades, persistan tozudamente las discriminaciones directas o indirectas, se recurre a las llamadas “acciones positivas” o “afirmativas” (a veces también llamadas políticas de preferencia o de justicia compensatoria) y particularmente a las mal llamadas “discriminaciones inversas”. Se trata de medidas drásticas para buscar la igualdad sustancial o material. Estas acciones sirven para acelerar el logro de mejoras en las condiciones de colectivos que están en situación desventajosa, causada por la discriminación de que han sido o son objeto. Según la OIT (2007) “[s]e trata de una variedad de intervenciones ‘temporales’, que no tienen por qué ser ‘de corto plazo’, y pueden estar destinadas a distintos colectivos y justificarse atendiendo a diversos criterios”. (pp. 10 y 68).

La denominación “acción positiva o afirmativa” traduce el término estadounidense “*affirmative action*”. Significa una política activa del estado, que no es de mera abstención o negativa. Las *affirmative actions* fueron adoptadas por primera vez en la Ley de derechos civiles de 1964 de Estados Unidos de América (reformada en 1972 por la Ley de igualdad de oportunidades en el empleo), que tuvo como antecedente la Ley nacional de relaciones laborales de 1935, llamada también “*Wagner Act*”. Se imponía inicialmente la adopción de programas a favor de la población negra en las empresas adjudicatarias de contratos públicos; luego se pasó a extender la medida a favor de otros grupos étnicos, incluso en las universidades

que aspiraran a obtener financiación pública. El sentido de las acciones positivas es brindar efectivamente igualdad de oportunidades y su contexto original es el de la competición por bienes escasos (puestos de trabajo) en una sociedad que discrimina racialmente -como la sociedad norteamericana para entonces-, por lo que se ha criticado su extensión a realidades de discriminación estructural o de estatus, como la dirigida hacia las mujeres. (Barrere, 2002, pp. 3-6²⁶). La Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que las acciones afirmativas son lícitas en tanto estén basadas en un plan, pretendan corregir claros desbalances presentados históricamente en el trabajo, permitan una protección razonable para las otras razas y sexos y cesen sus efectos una vez obtenidas las metas trazadas. (Gold, 2001, p. 16-17)

Las acciones positivas representan un papel importante en el llamado derecho antidiscriminatorio. Buscan objetivos como compensar las discriminaciones históricas de que han sido objeto colectivos o grupos, más que individuos; en el caso de las mujeres, por ejemplo, las acciones positivas consistirán en medidas que buscan lograr un equilibrio entre responsabilidades familiares y profesionales, o remediar una situación fáctica desventajosa para la igualdad de oportunidades en materia de formación (medidas de incentivación, como becas o subvenciones, exenciones fiscales, etc.).

La “discriminación inversa” (*“reverse discrimination”*) también es conocida como “discriminación positiva” (o discriminación favorable o acciones de diferenciación positiva), y comporta un trato desigual favorable. Se ha criticado arduamente la utilización de la expresión “discriminación positiva o inversa”, pues, como ya se ha dicho, la palabra

²⁶ Según la OIT (2007), la discriminación estructural es aquella “*que es inherente al ordenamiento social, a las estructuras institucionales y a los mecanismos jurídicos, o que se ha institucionalizado en todos esos ámbitos, y que refleja y reproduce prácticas y resultados discriminatorios. Puede tratarse, por ejemplo, de condiciones diferenciadas o inferiores de formación para las minorías étnicas, o de trabas a la educación, el transporte y otros servicios en los vecindarios o guetos donde hay mayor concentración de minorías étnicas e inmigrantes*”. (p. 10)

discriminación jurídicamente hablando tiene una connotación peyorativa; por eso sería preferible utilizar expresiones como “diferenciación positiva” (Barrere, 2002, p, 22).

Las discriminaciones inversas son una variedad de la acción positiva y constituyen la aplicación del principio de igualdad por diferenciación. Buscan compensar los desequilibrios que afectan a grupos tradicionalmente discriminados. Se utilizan para enfrentar las discriminaciones más persistentes, por estar profundamente arraigadas en la sociedad. Se trata de medidas normativas caracterizadas por tener un efecto fáctico tangible, más allá de meros enunciados retóricos. La norma que consagra una discriminación inversa expresa objetivos o medidas concretos que se imponen de forma temporal, consistentes en sistemas de cuotas (números o porcentajes mínimos de representación de individuos pertenecientes a ciertas minorías, que están infrarrepresentadas en un sector, aun cuando esos individuos reúnan por ejemplo igual formación o capacitación que quienes provienen de los grupos más dominantes), o tratos preferenciales para determinados colectivos que se quiere favorecer, incluso pasando por alto el mérito.

Se ha criticado a las discriminaciones inversas, pues muchas veces promueven un mensaje de asistencialismo, alimentan percepciones de inferioridad referidas a sus destinatarios, contribuyen a perpetuar estereotipos despectivos y además imponen cargas sobre quienes no son sus beneficiarios²⁷.

En materia de igualdad de sexos, algunos instrumentos internacionales prevén la posibilidad para los estados de instaurar medidas de acción afirmativa. Por ejemplo la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 3º). También lo hacen otros instrumentos internacionales o supranacionales, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas

²⁷ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-371/2000.

de discriminación racial (artículos 1-4, 2-2, 7), el Convenio 111 de la OIT (art. 5º) o la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 23).

Las acciones positivas, e incluso la discriminación inversa o positiva, están ordenadas en la Constitución colombiana de 1991 -artículo 13, segundo inciso-, al disponer que el estado promoverá las condiciones para que *“la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”*. Asimismo cuando, en el tercer inciso, dispone que el estado protegerá especialmente a *“aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta”*. Situación similar se encuentra en el artículo 9-2 de la Constitución española de 1978, cuando señala que el estado promoverá las condiciones para que,

la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica cultural y social.

Un ejemplo legislativo colombiano de este tipo de medidas es la Ley estatutaria 581 de 2000 (llamada “Ley de cuotas”), que exige que el 30% de los altos cargos públicos deben ser desempeñados por mujeres.

Al examinar la constitucionalidad de esta ley la Corte Constitucional colombiana²⁸, ha dicho que las acciones positivas se deben adoptar cuando hayan de tomarse en consideración criterios como el sexo o la raza, que se consideran “criterios sospechosos” de discriminación, y cuando haya situaciones de especial escasez de bienes.

²⁸ Sentencia C-371/2000, con antecedente en la C-422/1996

5.3.3.4. Las discriminaciones intergrupales. Igualdad de trato *versus* igualdad de *status*.

La noción inicial de discriminación se refiere a una derogación de la igualdad de trato, que a su vez es funcional a la idea de discriminación *intragrupal*. Se entiende por ésta el trato injusto o arbitrario de que son objeto personas que hacen parte del *mismo* grupo, y entre quienes no hay diferencias estructurales de poder. Ese concepto de igualdad –originado en las revoluciones burguesas–, se construye alrededor de los derechos de los individuos pertenecientes a un mismo grupo (preferentemente al grupo dominante) y no entre los grupos distintos, que ostentan diferente poder. O sea, parte de la suma de individuos libres e iguales, y justifica –o al menos ignora–, el trato desigual que padecen ciertos grupos diferentes al dominante. Tal concepto se traduce en la igualdad de *status jurídico individual* (pues solo se admite la posibilidad de existencia de un solo grupo social). Esa igualdad es formal (indiferenciación en la ley y en su aplicación) y para su preservación se exige la neutralidad estatal. (Barrere, 2008, p. 54-55)

Frente a este concepto de discriminación *intragrupal* o de trato, surge en la segunda mitad del siglo veinte el concepto de discriminación *intergrupal* (también llamada de *status*, de poder, estructural, difusa o sistémica), impulsado sobre todo por el iusfeminismo, y constituye fundamentalmente una transgresión a la igualdad de oportunidades.

En efecto, frecuentemente las discriminaciones más graves se presentan en contra de individuos a quienes se trata sistemáticamente de manera diferente, por motivo de hacer parte de ciertos colectivos o grupos que tradicionalmente han tenido un *status* relegado o subordinado con respecto a quienes han ostentado el poder político, económico, religioso, etc. Surge, así, un desfase entre la igualdad y la discriminación *intragrupal* y la igualdad y la discriminación *intergrupal*, que se traduce en que la ruptura de la igualdad de trato entre

personas que pertenecen al mismo grupo -en el que no se avizoran diferencias estructurales de poder-, no es asimilable a la ruptura de la igualdad de trato fundada en la desigualdad de *status* o poder de un grupo respecto a otro. Se trata, por tanto, de dos fenómenos diferentes, que no pueden ser conceptualizados de la misma forma. Y la circunstancia de que el trato diferente se manifieste sobre individuos no puede ocultar el hecho de que se trata de un verdadero trato diferenciado injusto hacia un cierto colectivo. (Barrere, 2007, p. 4-7). El ejemplo elocuente es el de la tradicional discriminación hacia las mujeres como grupo, que se explica en las relaciones de poder históricamente desiguales con respecto a los hombres: otro es la segregación racial. Esa discriminación, según sostiene Lamarca (2008), no puede entenderse como un asunto entre individuos (mujer/hombre), sino como un asunto entre grupos (en este caso, masculino/femenino) que han ostentado un diferente poder social, fenómeno de dominio/subordinación que es de carácter estructural. (p. 8).

Asevera Barrere (2008), que hasta la segunda ola del feminismo (años sesenta del siglo pasado), la igualdad significa (exceptuando los derechos asistenciales vinculados a la maternidad), la equiparación o igualdad de trato con los hombres (las mujeres deben ser tratadas como los hombres). A partir de allí se pone en cuestión no solamente esa equiparación, sino el instrumento mismo de ella, esto es, el concepto de igualdad de trato. (p. 48-49)

Las pretensiones feministas coinciden con las del movimiento que provoca los disturbios raciales en EEUU por la misma época. La reacción estatal a éstos fue a una problemática intergrupar, que ya no podía entenderse desde el planteamiento liberal de la justicia como igualdad –formal, individualista y de neutralidad estatal-, con el que se reaccionaba hasta entonces. De esta respuesta resultan los dos productos que se han descrito *supra*: i) la acción afirmativa, como política y ii) el concepto de discriminación indirecta. (Barrere, 2008, p.49).

Para que prevalezca la idea de discriminación intergrupar como eje (y no de igualdad), habría que romper con el presupuesto de que no hay discriminación para el derecho mientras no exista conducta imputable individualizadamente. En cambio de ello, habría que aceptar por el derecho que la ruptura de la igualdad intergrupar existe en cuanto es detectable empíricamente mediante oportunos análisis sociológicos. Corolario de lo anterior es que no hay comportamientos “inocentes” o neutrales del derecho, por lo que tendrían que establecerse mecanismos para identificar y eliminar tratos discriminatorios, tanto a nivel técnico como político. (Barrere, 2008, p. 56)

5.3.4. La igualdad como norma jurídica iusfundamental.

La igualdad, consagrada hoy en muchas constituciones, se entiende a menudo como valor superior y como norma jurídica (principio y derecho fundamentales)²⁹.

Como valor –tomando distancia del debate sobre si los valores constitucionales son o no normas jurídicas, tema en el cual hay amplia discusión³⁰ que no es objeto de este trabajo–, no

²⁹ La Corte Constitucional colombiana (sentencia C-811/2014), ha dicho que *“La igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. Como valor, “la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador”; como principio, “la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez”; como derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que “se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta”*. La correcta aplicación del derecho a la igualdad –señala–, *“no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles”*. La Corte reitera pronunciamientos similares de providencias anteriores, tales como las sentencias T-406 de 1992, T-881 de 2002, C-818 de 2010, C-250 de 2012, C-239 y C-240 de 2014.

³⁰ Al respecto por ejemplo Habermas, J. (2010, p. 332)

hay duda que la igualdad al menos posee una importante dimensión axiológica³¹. Y desde esa perspectiva, la igualdad actúa como elemento informador y orientador de todo el sistema jurídico-político³².

5.3.4.1. La igualdad como principio iusfundamental.

Como principio superior, la igualdad es un concepto jurídico indeterminado. Es decir, las normas iusfundamentales que la contienen no expresan muchas veces, por si mismas, sus significados, ni sus alcances, ni los medios o maneras para hacerla efectiva. Corresponde al Legislador precisarlos mediante normas específicas, pero para ello no posee facultades discrecionales que le permitan configurar libremente la ley, pues la manera de concretarlas debe ser la única correcta que se deriva del principio de igualdad. Por eso, al emitir normas que no desarrollen debidamente tal principio (igualdad en la ley) lo vulnerará por acción; o lo transgredirá por omisión cuando no lo desarrolle para ciertas hipótesis. Por su parte, a los jueces corresponderá dilucidar si las normas emitidas o las conductas de trato disímil se encuadran en el correcto entendimiento del mandato de igualdad, o si hay omisiones normativas que violan éste.

Por ello los jueces constitucionales (en Colombia por la vía de las acciones públicas de inconstitucionalidad o de tutela), son los llamados a determinar ese correcto entendimiento y a dilucidar si los actos sometidos a su control están o no fundamentados en él. Esta tarea exige

³¹ Según von Wright (citado por Alexy, R., 2007b, p. 118), los conceptos prácticos se dividen en tres grupos: deontológicos, axiológicos y antropológicos. Los primeros se refieren al concepto de mandato o deber ser; los segundos, al concepto de lo que es bueno; los terceros son los de voluntad, interés, necesidad, decisión y acción.

³² En algunas constituciones actuales, como la española (art. 1º) y la colombiana (Preámbulo), la igualdad es un valor fundamental. Los respectivos tribunales constitucionales lo confirman, por ejemplo en las sentencias STC 8/1983 (18 de febrero) del Tribunal Constitucional español y C-475/2003 de la Corte Constitucional de Colombia, entre otros pronunciamientos.

la observancia de métodos racionales que permitan concluir si existe o no tal avenimiento, es decir, si son aceptables los criterios de diferenciación utilizados. También les corresponde determinar el grado de prevalencia del principio de igualdad cuando se enfrente a otros principios iusfundamentales.

A continuación se examinarán brevemente los métodos adoptados por la Corte Constitucional colombiana para resolver los conflictos que pueden presentarse entre principios constitucionales (entre ellos el de igualdad) y para evaluar la conformidad de normas infraconstitucionales con el principio de igualdad.

5.3.4.1.1. Resolución de los conflictos entre principios superiores (entre ellos el de igualdad): la ponderación.

Dworkin (1977) diferenció, en el campo del derecho, los principios y las reglas (pp. 22 y ss), distinción que la doctrina ha refinado posteriormente. Así, se han señalado diferencias entre unos y otras, como por ejemplo que los primeros tienen un mayor grado de generalidad que las segundas; o que mientras los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas predicen un deber definitivo, etc. Sin embargo, siguiendo a Alexy (2007b), el punto decisivo para distinguir los principios de las reglas es que los primeros “*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”, por lo que “*los principios son mandatos de optimización*” que podrán cumplirse en diferente grado. En cambio, las reglas se cumplen o no, y cuando son válidas debe hacerse exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos. Esta distinción se aprecia de forma patente en las colisiones que se dan entre principios y en los conflictos entre reglas. Cuando existe conflicto entre las últimas, la solución es, o bien introducir en una de ellas una cláusula de excepción, o declarar la invalidez de una de las reglas. Pero cuando existe conflicto entre principios, uno de ellos debe ceder ante el otro, lo que no significa invalidar el principio

desplazado, o que en éste haya necesidad de introducir una cláusula de excepción, sino que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro (aunque bajo otras circunstancias diferentes el último podría preceder al primero). Es decir, no hay precedencias absolutas; serán relativas, en función de las circunstancias jurídicas y fácticas que caractericen el enfrentamiento concreto de los principios. Prevalecerá el principio que, en las circunstancias específicas, posea mayor *peso*. (pp. 67 y ss).

Para dilucidar cuál principio precederá a otro u otros en determinadas circunstancias fácticas y jurídicas -es decir, cuál exhibe el mayor peso relativo-, varios tribunales constitucionales utilizan el procedimiento de la ponderación. La estructura de la ponderación consta de tres elementos, según Alexy (2007a): la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación (pp. 349 y ss.). La “ley de la ponderación” dice: “*Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro*” (p. 351). Es decir -acogiendo una expresión matemática-, en el campo jurídico, la ponderación podría expresarse como una proporción *inversa* entre dos principios en colisión: en determinadas circunstancias, la menor importancia de satisfacer un principio debe corresponder a la mayor importancia de satisfacer el principio que juega en contrario.

La ponderación, según Alexy, consta de tres pasos (2007a, p. 351):

- 1º) Definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios;
- 2º) Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;
- 3º) Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

El grado de no satisfacción o de intervención (grado de intensidad de la intervención) sobre un principio y la importancia de la satisfacción del otro, son objeto de valoración que se califica como leve, media o grave (“escala triádica”). Por otra parte, la combinación entre la “no satisfacción” y la “afectación” conforma un doble concepto, que expresa la dicotomía entre los derechos de defensa y los derechos de protección.

Es obvio que el concepto de ponderación utilizado por Alexy se inspira en el lenguaje estadístico. En efecto, en ese campo ponderar es dar un *peso* relativo a cada variable dentro de un conjunto de variables. El resultado de la operación de ponderar se expresa en un índice, que reconoce proporcionalmente la importancia de un factor o valor frente a otros. Es, pues, un valor relativo a una totalidad o conjunto de valores. Haciendo transposición al campo jurídico, puede decirse que ponderar es otorgar consideración equilibrada y relativa a un argumento o valor, de forma proporcional a su peso o importancia dentro de un conjunto del que hacen parte otros argumentos. Para lograrlo será necesario asignar valores numéricos a los distintos elementos utilizados en el algoritmo.

Al igual que con el resto de principios superiores, cuando la igualdad entra en tensión con otros principios constitucionales (libertad de cultos, libertad de empresa, etc.), es necesario realizar el procedimiento de ponderación, para elucidar cuál de los principios sometidos al test y en qué medida posee más peso material.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el peso de los principios en pugna es igual, es decir, se da un empate? Según Alexy, en su “*Teoría de los derechos fundamentales*” (2007b), publicada en 1983, en estos casos la regla general es la prevalencia del principio democrático, lo que equivale a la aceptación del trato definido por el legislador. Sin embargo, en el caso específico de colisiones en que se hallen involucrados el principio de libertad o el de igualdad con otros principios, hay una carga de argumentación a favor de los primeros, y así los empates han de

resolverse por virtud del principio “*in dubio pro libertate*”, o sea, en favor de la libertad o de la igualdad, según corresponda, a menos que se adujesen “razones más fuertes” (pp. 461 y ss.). Sin embargo el mismo autor, en la *Addenda* de su “*Teoría de la argumentación jurídica*”, intitulada “La fórmula del peso”, publicada en 2003, pareciera rectificar su postura inicial, al decir que, en caso de tales empates, también debe preservarse la decisión del legislador. Bernal Pulido (2003) sostiene, en posición que aquí se comparte, que pareciera más razonable el primer planteamiento del jurista alemán (prevalencia de la libertad o de la igualdad), reservando al legislador cierto margen de decisión para las otras restricciones, particularmente en asuntos relativos, por ejemplo, a la economía o la política criminal (p. 237).

5.3.4.1.2. La evaluación, frente al principio de igualdad, de tratos diferenciados establecidos por el legislador o las autoridades: el test de igualdad.

Los tribunales constitucionales han adoptado fórmulas para dilucidar si un trato diferente adoptado por el legislador o por la administración, es acorde con el principio de igualdad. Por ejemplo, según Bernal (2005), el tribunal constitucional alemán, en vigencia de la Constitución de Weimar, adoptó la fórmula de que se vulneraba el principio de igualdad cuando la norma enjuiciada reconocía un trato arbitrario; luego, a partir de 1980, dio un viraje para considerar que tal transgresión se produce cuando a un grupo de destinatarios de una norma se reconoce un trato diferente a de otro grupo, también destinatario de ésta, a pesar de que entre ambos grupos no existan diferencias relevantes que puedan justificar el trato diferente (p. 56). Aquí el criterio adoptado por el tribunal alemán es el de la proporcionalidad³³.

³³ En cuanto a la interpretación constitucional y concretamente en lo concerniente a la ponderación (dentro de la cual el test de proporcionalidad es central), Konrad Hesse (1992), enfatiza que, dentro de los cinco elementos que él plantea como característicos de dicha interpretación, debe darse importancia al principio de “concordancia práctica”, que consiste en que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, deben coordinarse de forma que en la solución del problema todos ellos conserven su entidad. “*Allí donde se produzcan colisiones no se debe,*

A su turno, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado sucesivamente distintas líneas jurisprudenciales, que utilizan test diversos. Inicialmente adoptó el test de proporcionalidad, aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales alemán y español. En la sentencia C-022/1996 refina las líneas de lo que llamó el “test de razonabilidad” -que había trazado antes en la sentencia T-230/1994-, que incluye tres etapas: i) determinar cuál es el objetivo perseguido con el trato desigual; ii) evaluar si ese objetivo es acorde con la Constitución y iii) determinar la razonabilidad del trato desigual, o sea, la proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido (proporcionalidad en sentido estricto). A su vez, esta última etapa se subdivide en tres fases: a) Adecuación o idoneidad: ¿Son adecuados los medios escogidos para la obtención del fin perseguido, constitucionalmente válido?; b) Necesidad o indispensabilidad: ¿existe un medio menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar ese fin?; y c) Proporcionalidad en sentido estricto: que al satisfacer el principio con el cual se logra tal fin no se sacrifiquen principios constitucionalmente más importantes.

En una segunda línea jurisprudencial, la Corte toma los elementos de la jurisprudencia norteamericana sobre aplicación de la cláusula *equal protection*, contenida en la XIV Enmienda

a través de una precipitada ponderación de bienes, o incluso abstracta ponderación de valores, realizar el uno a costa del otro”, para que tales bienes “alcancen una efectividad óptima”, en función de la concordancia entre tales bienes (pp. 45 y 46) (Incluido por Ortiz, 1992). Según Maurer (citado por Muriel, 2011), “[s]e trata no de una ponderación abstracta de bienes jurídicos, sino de una compensación en el caso concreto” (p. 375). Los otros cuatro principios que propone Hesse para realizar la interpretación constitucional son: i) Unidad de la Constitución (no interpretar la norma de manera aislada sino en su conjunto y evitando contradicciones); ii) Corrección funcional (el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de sus funciones, evitando –por ejemplo frente al Legislador–, invadir la órbita de éste, restringiéndole desproporcionadamente su libertad de configuración; iii) Eficacia integradora (debe preferirse la solución que mantenga y promueva la unidad política) y iv) Fuerza normativa de la Constitución (dar preferencia, en la solución de los problema jurídicos-constitucionales, a los puntos de vista que ayuden a las normas constitucionales a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias del caso). (pp. 45 a 48).

a la Constitución estadounidense, basada en escrutinios de distinta intensidad aplicados sobre los actos que consagren tratos diferenciados (escrutinio débil –que es el tradicionalmente utilizado por la Corte norteamericana y que tiene en cuenta el principio democrático, o sea el reconocimiento a la libertad de apreciación y configuración del órgano legislativo como representante de las mayorías-³⁴; escrutinio estricto –diseñado especialmente para enjuiciar tratos diferenciados cimentados en “criterios sospechosos”, como la raza, orientación sexual minusvalía, etc.-; y escrutinio intermedio –concebido para evaluar las *affirmative actions*)³⁵.

En una tercera línea³⁶, la Corte adopta un esquema híbrido, que combina el test europeo que utilizó inicialmente –basado en la proporcionalidad-, con el ya descrito test desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

En esta última línea, la Corte Constitucional colombiana considera que el “test de razonabilidad” o proporcionalidad no puede aplicarse en todos los casos, pues no es razonable *“estudiar en la misma forma una regulación que establece distinciones en la asignación de bienes y cargas con base en criterios raciales, y otra que funda la diferencia de trato en*

³⁴ Esto tiene que ver con los límites de control e interpretación constitucional, por parte de los jueces. Como afirma Würtenberger (2002), mientras más extendidos sean los poderes judiciales de interpretación de la Constitución, tanto más se estrechará el margen de juego político (p. 602). Los controles constitucionales ejercidos por la Corte Suprema de los EEUU sobre los poderes presidencial y legislativo son restringidos, contrario al alcance del control de constitucionalidad en Colombia –que se califica como amplio y activista. En el país norteamericano el margen de maniobra de los órganos ejecutivo y legislativo es amplio (por ejemplo, la discrecionalidad del Presidente en ciertas materias). En el derecho estadounidense se considera que el poder judicial no debe controlar o limitar los poderes de otras ramas del poder público, a menos que la Constitución confiera expresamente esa competencia (al respecto, ver Muñoz, 2006, pp. 46 y 47). Hay varios casos emblemáticos al respecto, como *Luther v. Borden*, 48 US 1 (1849) (Justia, 1849), en el cual la Corte decide que no tiene competencia, o *United States v. Nixon* 418 U.S. 683 (1974) (Justia, 1974), en el cual decide que tal competencia restrictiva no impide que en ciertos casos la Corte pueda reconocer prevalencia o mayor peso a un principio jurídico sobre otro.

³⁵ Sentencias C-265/1994, T-230/1994, C-445/1995, C-673/2001, entre otras.

³⁶ Sentencias C-093/2001, C-720/2007, C-862/2008, C-401/2013, C-838/2013, C-811/2014, entre otras.

criterios de mérito". La raza, por ejemplo –señala- "*es un criterio de diferenciación prohibido (CP art. 13) mientras que la Carta admite que el mérito es válido para distinguir a las personas en determinados aspectos*". Basado en ello, el alto tribunal decide que "*deben existir juicios de igualdad de distinta intensidad*", aplicados a los tres elementos incluidos dentro del test de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Señala luego en qué situaciones han de emplearse los distintos tipos de escrutinio³⁷.

La Corte llama a este test híbrido "Juicio integrado de igualdad". Afirma que en el test de proporcionalidad el juez constitucional debe determinar, en primer lugar, el grado de intensidad del control que habrá de aplicar a la intervención legislativa, (o sea, escrutinios "*débil, leve o de evidencia*"; "*intermedio*" y "*estricto o sustancial intensivo*"), para luego aplicar, sucesivamente, las tres fases del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que había demarcado en su primera línea jurisprudencia³⁸.

5.3.4.2. La igualdad como derecho subjetivo.

Pero también la igualdad es un derecho subjetivo que dimana del principio general de igualdad. Se concreta para el Estado en deberes de abstención (*status* negativo) y en deberes de acción (*status* positivo). Alexy (2007b) distingue tres tipos de derechos que se derivan del principio de igualdad: i) derechos de igualdad definitivos abstractos, ii) derechos de igualdad definitivos concretos y iii) derechos de igualdad *prima facie* abstractos. (pp. 379 y ss.).

³⁷ Para un análisis sobre las virtudes y falencias del test basado en el escrutinio de igualdad en distintas intensidades, y para uno sobre las reglas aplicables a los subprincipios de proporcionalidad en sentido estricto, con utilización de los tres tipos de escrutinio, ver, respectivamente, Bernal (2002, pp. 62 y ss.) y (2005, pp. 272 y ss.)

³⁸ En la sentencia C-811/2014, la Corte Constitucional colombiana sistematiza su doctrina de los grados de intensidad y señala las oportunidades y criterios para aplicar el test leve, el test intermedio y el test estricto de igualdad.

Los *derechos de igualdad definitivos abstractos* tienen que ver con la igualdad de trato igual y desigual: derecho a ser tratado igual si no existe ninguna razón válida para un trato desigual y a ser tratado desigualmente si existen razones suficientes para un trato disímil. Estos derechos abstractos llevan a derechos concretos que pueden catalogarse como derechos de defensa: al primero corresponde la obligación estatal de omitir determinados tratos desiguales; al segundo, la de omitir determinados tratos iguales.

Los *derechos de igualdad definitivos concretos* cristalizan los anteriores: del derecho a que se omita un trato desigual se derivan derechos de igualdad concretos, tanto en el *status* negativo como en el positivo. La omisión de un trato desigual es una acción negativa; pero si alguien, como consecuencia de una vulneración al principio de igualdad, no es favorecido en alguna circunstancia, tendrá derecho a ser favorecido. Es decir, tendrá un derecho de *status* positivo.

Los *derechos de igualdad prima facie abstractos* son dos: uno derivado del derecho a la igualdad jurídica (formal) y el otro que fluye del derecho a la igualdad fáctica o material. El primero puede formularse como un derecho *prima facie* a la omisión de tratos desiguales, en tanto que el segundo es un derecho *prima facie* a acciones positivas del Estado.

6. La igualdad material o sustancial en la teoría política.

La igualdad ha sido también objeto de estudio de la teoría política, así como lo ha sido, de mucho tiempo atrás, en el campo del derecho. No es objeto de este trabajo examinar con detenimiento las distintas posturas que en la teoría política se han planteado al respecto. Sin embargo, dado que ambos campos del conocimiento se han influido mutuamente, son pertinentes algunas consideraciones breves acerca de los principales enfoques que se han producido en esta última y su influencia en el Derecho.

La teoría política en los últimos años ha estudiado principalmente dos concepciones de la igualdad material: la igualdad de resultados (o de puntos de llegada) y la igualdad de oportunidades (o de puntos de partida).

Bajo el enfoque de la igualdad de resultados, se considera que una distribución justa es aquella en la que los individuos obtienen el mismo producto o resultado, independientemente de las condiciones que cada uno haya tenido en el punto de partida, de su contribución al proceso productivo, o de sus capacidades. Implica que se repartan los bienes y las cargas desigualmente, para procurar una verdadera igualdad distributiva (Alarcón, 1987, p. 36).

Contrariamente a la igualdad de resultados, en la igualdad de oportunidades no se mira el resultado final sino el punto de partida. Se busca garantizar a todos la oportunidad de competir para obtener –según la concepción que se adopte-, o un mínimo de medios materiales e inmateriales para cubrir las necesidades básicas, o una nivelación de la posición económica³⁹.

Sobre la manera como debería lograrse la igualdad de oportunidades en los sistemas liberales, se han planteado principalmente dos caminos: por un lado, quienes sostienen (Cristiano, Cohen, entre otros), liderados por J. Rawls, que la desigualdad de recursos y su influencia deben contrarrestarse desde la adecuada distribución de bienes primarios. Otros, fundamentados en la teoría de las capacidades de A. Sen (como Crocker, Bohman o Richardson), sostienen que una verdadera igualdad de oportunidades no se logra con la simple

³⁹ La Corte Constitucional colombiana ha entendido que la igualdad material se logra mediante la igualdad de oportunidades. Así, en la sentencia C-880/2014 interpreta que, según el artículo 13 de la Carta, al lado de las dimensiones de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar, se erige un mandato “*de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)*”

distribución de los recursos, sino con el impulso del desarrollo de las capacidades de los sujetos.

Rawls (1971), con la pretensión de conciliar la libertad -tan cara a los sistemas liberales-, con la igualdad, propone dos principios de justicia (como equidad): la distribución de la libertad y la distribución de otros bienes primarios. El politólogo norteamericano enuncia el primer principio (principio de libertad) así: Toda persona tendrá derecho igual al “*esquema más amplio posible de libertades básicas*”⁴⁰, compatible con un sistema similar de libertad para los demás. Y el segundo (principio de diferencia): las desigualdades sociales y económicas se ordenarán de manera que simultáneamente se logre: a) ofrecer el mayor beneficio a los menos afortunados, de acuerdo con un principio de ahorro justo y b) que cargos y posiciones sean asequibles a todos, en condiciones de una justa igualdad de oportunidades. (p. 302).

Dworkin (2003) comparte buena parte del planteamiento de Rawls. Sin embargo toma distancia de éste en cuanto considera que una teoría de la justicia debería tener en cuenta en mayor medida las dotaciones propias de las personas (lo que llevaría a que algunas de ellas resulten en desventaja por circunstancias que no controlan, dado que Rawls enfatiza la posesión de bienes primarios sociales y no la de los de tipo natural). Por eso, las personas deberían tener la oportunidad de acceder a iguales recursos materiales y a una igual posibilidad de asegurarse contra contingencias, para reducir el impacto de éstas, originadas en la mala fortuna. Plantea Dworkin una “igualdad de recursos”, que desarrolla alrededor de dos instituciones *hipotéticas* que respetan las diferencias naturales de las personas: la subasta de bienes impersonales y el seguro. Concluida la primera se realiza un “test de la envidia”, consistente en que se suministra a cada persona una cantidad igual de medios para la adquisición de bienes materiales, con el fin de que cada una persiga el plan de vida que ha elegido y para adquirir seguros para enfrentar

⁴⁰ Esta expresión es utilizada por Rawls en la primera edición de “*A theory of justice*”, en 1971. Según A. Sen (1995, p. 91), Rawls modificó este postulado en sus “Conferencias Tanner” (1982), al hablar de “*un esquema suficiente de libertades básicas*”, lo que constituye un debilitamiento de la formulación inicial.

eventuales desventuras futuras, surgidas de las diferencias en capacidades personales. De esta manera, los sujetos tendrán la oportunidad de comenzar sus vidas con iguales recursos materiales y con una igual posibilidad de asegurarse contra eventuales desventajas (pp. 75 y ss). O sea, cuando la subasta concluya y se efectúe el “test de la envidia”, se puede suponer que cada uno tiene el conjunto de bienes que prefiere. (Gargarella, 1999, pp. 70-75)

A su turno Sen (1997) –partiendo de la diversidad humana como hecho fáctico incontrovertible- plantea, a diferencia de Rawls, que la igualdad de oportunidades no debe basarse solamente en la igualdad de posibilidades para lograr los bienes básicos o primarios, sino en el desarrollo de la *capacidad* de cada uno para transformar los recursos en bienes reales. También se distancia de Dworkin, en cuanto no considera que la igualdad deba basarse en los recursos (pp. 32 y ss). El economista bengalí habla de tener en cuenta algo posterior a la tenencia de esos recursos, pero anterior a la obtención de utilidad. Es la “igualdad de capacidades”, que consiste en la capacidad de convertir esos recursos en libertades, pues las diferencias entre las personas radican precisamente en sus diversas capacidades en tal sentido, o sea, en los distintos desempeños que puedan alcanzarse (logro de autorrespeto, o de alto nivel de integración a la sociedad, o lograr un nivel nutricional o de salud). No solamente son importantes los recursos a disposición, sino sobre todo lo que las personas pueden hacer con ellos, vale decir, sus capacidades. O sea, los diferentes metabolismos, los contextos climáticos o las diversas vulnerabilidades frente a enfermedades, sin duda repercuten en que bienes idénticos pueden significar cosas diferentes para las distintas personas (Gargarella, 1999, p. 76).

Para Sen (1995), *“la vida puede considerarse como un conjunto de funcionamientos interrelacionados, consistentes en estados y acciones”*. Esos funcionamientos pueden abarcar cosas como tener suficiente alimentación, poseer una buena salud, evitar enfermedades y

mortalidad prematura, ser feliz, tener dignidad, participar en la vida comunitaria, etc. El bienestar de una persona es la estimación de esos funcionamientos. La capacidad de funcionar consiste en las diversas combinaciones de funcionamientos (estados y acciones), que una persona puede alcanzar. La capacidad, explica Sen, es, entonces, un conjunto de vectores de funcionamiento que reflejan la libertad del individuo para adoptar un tipo de vida u otro. De esta manera, el bien-estar de alguien depende fundamentalmente de la naturaleza de su estado, esto es, de los funcionamientos alcanzados. La capacidad para alcanzar funcionamientos (distintas combinaciones de funcionamiento que la persona puede elegir), constituirá la libertad de la persona, sus oportunidades reales para lograr bien-estar. O sea, el bien-estar alcanzado por una persona dependerá de su capacidad para funcionar. (pp. 53-54).

La “capacidad”, entonces, es la variable elegida por Sen para evaluar la justicia material como igualdad de oportunidades, con lo cual difiere de las variables elegidas por Rawls (bienes primarios) o Dworkin (recursos), que son más bien instrumentos para alcanzar el bien-estar y medios para la libertad. (p. 56).

No hay duda de que los planteamientos provenientes de la teoría política, en sus variantes de igualdad de resultados e igualdad de oportunidades —en esta última se ha prestado atención aquí a los planteamientos de Rawls, Dworkin y Sen—, han tenido impacto en el desarrollo contemporáneo del principio de igualdad y no discriminación⁴¹. Así, por ejemplo, algunas constituciones contemporáneas han introducido principios y reglas inspiradas en la igualdad *por resultados*, como la italiana de 1947, al atribuirle al Estado la remoción de los obstáculos

⁴¹ Desde otra óptica, la de la democracia deliberativa, también se propugna por la igualdad de oportunidades que supere el paradigma clásico de una persona/un voto, para sustituirlo, además, por la igualdad de oportunidades para intervenir en el proceso político. Ver Pérez Z., J. (s.f., pp. 115 y ss).

sociales y económicos que impiden el pleno desarrollo de la persona⁴². La Constitución española de 1978 (artículo 9.2) ordena al estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas y remover los escollos que impidan o dificulten su plenitud. Por su parte, en la Constitución colombiana de 1991, el artículo 13 indica que “(...) *El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*”. A su vez, el artículo 334, modificado por el AL 003 de 2011, señala que la dirección general de la economía estará a cargo del estado, para lo cual intervendrá con el objeto de “*racionalizar la economía con el fin de conseguir (...) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo*”. Y luego agrega: “*[e]l Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas (...) tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos*”.

Finalmente, en el artículo 366, la Carta colombiana establece que “*[e]l bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable*”.

A su vez, la igualdad de *oportunidades* también ha sido ordenada en varios instrumentos jurídicos nacionales o internacionales. Así, la encontramos como mandato en la Declaración de Filadelfia, apartado II (a), en el Convenio 111 de la OIT, en el Tratado de Ámsterdam, - que modifica el tratado de la Unión Europea- (art. 119-3), o en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 4º, 10-d, g, 11-b).

⁴² Artículo 3.2. “*Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*”

La Constitución colombiana también acoge el concepto de igualdad de oportunidades en el artículo 13, lo consagra como principio mínimo fundamental en el trabajo en su artículo 53 y lo ordena para el trato entre hombres y mujeres en el artículo 43.

CAPÍTULO 2. LA IGUALDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO SUBORDINADA

En el capítulo primero se describió el contexto general de evolución del principio de igualdad y no discriminación. En este capítulo se examinará la aplicación de tal principio en la relación laboral, para luego, a partir del capítulo tercero, abordar un campo específico de esta última y que constituye el objetivo de esta obra: la igualdad retributiva.

Puede decirse, a grandes rasgos, que el concepto de igualdad de las partes en la relación laboral fue inexistente en las primeras fases conocidas del trabajo humano; luego, a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII y hasta principios del siglo XX, adquirió un carácter meramente formal; después -y hasta hoy-, representa un intento por lograr la igualdad material, lo cual refleja la evolución del concepto de igualdad en general descrito en el capítulo previo.

Sinzheimer (citado por Barbagelata, 2009, p. 140 y ss) describe tres etapas para el proceso histórico que llevó al actual contrato de trabajo, eje del Derecho Laboral contemporáneo: una primera etapa en que la relación estaba fundada en el derecho *real* de propiedad sobre la fuerza de trabajo (esclavitud y servidumbre); una segunda fase, posterior a la primera Revolución industrial, cuando ese derecho de propiedad se sustituye por el “libre contrato de trabajo”, regido por las instituciones del Derecho civil, cuyo objeto será la fuerza de trabajo como mercancía; y un tercer ciclo, que es propiamente el del actual Derecho del Trabajo, que pretende superar la igualdad jurídica o formal y llegar a un mayor equilibrio material entre las

partes. En este capítulo se examinarán la segunda y tercera fases, por haber sido en ellas en las que el concepto de igualdad ha jugado un papel cardinal en la historia de esta disciplina.

1. Liberalismo postindustrial decimonónico: Igualdad formal de las partes en el contrato, con base en la fuerza de trabajo como mercancía y en el trabajo abstracto.

En el siglo XIX, dentro de las primeras sociedades liberales, es basililar el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual todas las personas con capacidad jurídica pueden obligarse según su intención o querer libremente manifestados. En plena libertad, y como intérpretes de la razón, expresa Baylos (1991), *“los individuos aislados se relacionan entre sí como autonomías individuales, y la forma típica de su relación es el contrato”*. Así, *“la sociedad se puebla de individuos libres que pactan”*. (p. 19).

El derecho se forma fundamentalmente, entonces, por el concurso de voluntades libres. Hay libertad absoluta de contratación, ya que las partes son autónomas para obligarse y constituir su voluntad en fuente principal de derecho. De ahí que el consentimiento mutuo sea la base del contrato y los límites de éste sean determinados por lo pactado entre las partes, aunque habrá algunas restricciones establecidas en la ley -por razones de utilidad común o por las buenas costumbres. En esta época, pues, se rechazan las intervenciones legislativas en este terreno, por considerarse que ellas interfieren indebidamente sobre la libertad contractual y atentan contra la igualdad de los contratantes. El orden jurídico en tales sociedades es meramente supletorio o subsidiario del contrato, o bien colma sus lagunas, o señala la voluntad presunta de los contratantes cuando no ha sido expresada. Según Radbruch (1951), la concepción jurídica individualista que está en el transfondo de esta concepción, presume un tipo de hombre egoísta y calculador, idealmente aislado y a quien, en abstracto, se supone igual a los demás y al margen de todo vínculo social. En el sistema liberal clásico, el concepto

jurídico de “persona” es un concepto igualitario, que pretende equilibrar todas las diferencias reales entre los individuos. (pp. 158 y ss.).

Pero para llevar este paradigma a la relación de trabajo, es decir, asumir que el trabajador y el empleador son autónomos e iguales, fue necesario un cambio radical en el entendimiento de lo que es el trabajo, con respecto a su significado en épocas prerrevolucionarias. Ese cambio tuvo al menos dos aspectos importantes: de un lado, la asimilación del trabajo como mercancía, es decir, como valor de cambio, cuyas condiciones se fijan por el contrato –no principalmente por la tradición o la costumbre, como en las corporaciones preindustriales- y, de otro y previamente, la construcción del concepto de *trabajo abstracto*, para poder considerársele un valor de cambio.

En las sociedades pre-industriales, incluyendo el período posterior a las revoluciones burguesas, el binomio persona-trabajo era indisoluble. Inicialmente, en la sociedad romana, el trabajo, como manifestación del sometimiento a la necesidad, era considerado indigno de hombres libres, pues impedía alcanzar la virtud. La esfera privada -de la familia-, era considerada el ámbito de la necesidad económica y del trabajo, en tanto que la esfera pública era el campo de la libertad y de la política, donde se excluían rigurosamente las actividades necesarias en el ámbito de los asuntos humanos. El término “trabajo” –explica Gorz (1995)-, designaba el esfuerzo de los siervos y de los jornaleros, que producían los bienes necesarios para la vida; los artesanos, a su vez, fabricaban objetos duraderos, acumulables; no “trabajaban” sino que “obraban” (p. 26, 27, 29)⁴³. Estos últimos realizaban un “trabajo concreto”, cuyos resultados eran objetos o servicios que poseían un valor de uso y no un valor

⁴³ Antes de la revolución francesa, Emmanuel Sieyès –quien luego de ella se convirtiera en uno de sus teóricos-, se refería a los trabajadores asalariados como el conjunto de “*máquinas de trabajo*”, o “*máquinas bípedas*”. (Losurdo, 2005, p. 188).

de cambio. Los mercados -que también existían para entonces-, eran solamente elementos secundarios de la vida económica de la sociedad, y la tierra y el trabajo eran componentes que actuaban en función de la organización social y no del mercado. (Polanyi, 1989, p. 125).

Pero a partir del siglo XIX se impone en Occidente por primera vez un tipo de economía completamente nuevo en la historia humana: una economía de mercado que, según Polanyi (1989), es un sistema económico “*regido, regulado y orientado únicamente por los mercados*”, es decir, a éstos se confía la tarea de asegurar el orden en la producción y distribución de bienes dentro de la sociedad, con base en los precios. Se considera que el mercado –que comenzó a ocupar un lugar preeminente en la sociedad-, se autorregula, lo que significa que toda la producción está destinada a ser vendida en el mercado y todos los ingresos provienen de esa venta. Todas las transacciones se convierten en monetarias y toda renta proviene de la venta de algo; las relaciones sociales se encuadran en el sistema económico y no al contrario, como sucedía antes; todos los elementos de la industria, incluidos el dinero, la tierra y el trabajo, se someten al mercado (pp. 106, 107 y 124). Durante la mencionada centuria la economía de mercado giró alrededor de cuatro elementos: un sistema de equilibrio político entre grandes potencias, el patrón oro, el estado liberal y el mercado autorregulado (es decir, no sujeto a intervenciones externas), con la particularidad de que este último fue el condicionante de los otros tres, o “*la fuente y la matriz*” de todo el sistema (p. 26).

En una economía así configurada, el dinero, la tierra y el trabajo deben sincronizarse con el sistema económico y para ello deben considerarse *mercancías*⁴⁴. Pero no porque ellos tengan

⁴⁴ Según Marx (s.f.), las mercancías son de dos clases dentro del sistema capitalista: de un lado son aquellos objetos externos y útiles, aptos para satisfacer necesidades humanas, para lo cual es indiferente el mayor o menor trabajo que producirlos haya costado al hombre; de otro lado, son esos otros intercambiables con otras mercancías. Las primeras mercancías tienen valor de uso; las segundas, valor de cambio. El valor de cambio es una “*relación cuantitativa*” consistente en “*la proporción en que se cambian valores en uso de una clase contra valores de uso de otra clase*”. El valor de cambio no es inmanente, pues varía en el tiempo y el espacio. Sin embargo, es

en sí mismos tal naturaleza, sino porque ese sistema económico necesita asimilarlos a elementos de intercambio comercial. El trabajo, en particular, es asimilado a una mercancía, a pesar de que es una actividad eminentemente humana más que económica, que no puede desprenderse de la persona misma en sus dimensiones física, psicológica y moral, es decir de su vida, para ser materialmente almacenada o puesta en circulación mercantil. Y como mercancía, el trabajo -al lado del dinero y la tierra-, debía estar disponible en el mercado para ser comprado (Polanyi, 1989, pp. 128 y ss). A diferencia de lo que antes acontecía, ahora el comerciante no adquiere de los artesanos productos ya manufacturados para venderlos, sino que compra materia prima y trabajo para producirlos y luego comercializarlos (Sewell, 1992, p. 39; Polanyi, 1989, pp. 83 y ss.). Para ello se implanta el “sistema de fábrica” (*“Factory System”*), en el cual el nuevo trabajador queda reducido a una fuerza de trabajo intercambiable indefinidamente y a ser un apéndice de las máquinas⁴⁵.

Y para que el trabajo sea considerado mercancía –según Marx (s.f.) –, habrá de ser producido, no para el consumo directo de quien lo produce, es decir, como medio de subsistencia de éste, sino para ser adquirido o consumido en el mercado (p. 207).

manifestación del *valor* de la mercancía, reconocido específicamente por la sociedad mercantil. Es decir, ese valor es expresión de las particulares relaciones sociales de producción existentes en ese tipo de sociedad. El mecanismo mediante el cual la sociedad mercantil imprime valor a las mercancías es el trabajo humano. Una mercancía es equivalente en su valor a otra, porque para producir ambas se requirió el mismo tiempo de trabajo socialmente necesario. Sin embargo, para resaltar el valor de la mercancía es menester distinguir entre trabajo concreto, o útil, y trabajo abstracto. (p. 85 y ss).

⁴⁵ Vendrá luego la racionalización del trabajo, buscando que su costo pueda ser calculable y previsible, ya que solamente así podía determinarse el volumen y los precios de las mercancías producidas y el respectivo beneficio económico. Esto llevó, a su vez, a la necesidad de calcular su rendimiento, para lo cual fue necesario medir el trabajo en sí mismo, como algo independiente, es decir, separado de la individualidad del trabajador. Para ello, más tarde -en el siglo XX, y ya aceptado el contrato de trabajo como figura jurídica autónoma-, llegaría la llamada “organización científica del trabajo”, o taylorismo, que representa el intento de desvincular el trabajo, como categoría económica cuantificable, de la persona del trabajador (Gorz, 1995, pp. 32-36).

En efecto, la economía de mercado consolidada en el siglo XIX se basó en la utilización de maquinaria e instalaciones costosas, que debían operarse de manera muchas veces incesante, para producir grandes cantidades de mercancías materiales. Para el comerciante o empresario esto significaba que todos los factores implicados en la producción tenían que estar en venta y en cantidades suficientes para quien estuviese dispuesto a pagarlos. De esta manera, el salario es considerado el precio de la fuerza de trabajo⁴⁶ y constituye el ingreso de quienes la venden, así como el interés es el precio del dinero, o el canon el de la tierra, y constituyen ingreso para quienes los poseen. Esos precios deben ser determinados por el propio mercado, sin lugar a intervenciones estatales; el estado sólo interviene para asegurar la autorregulación del mercado y para velar por que sea éste el único organizador de la actividad económica. (Polanyi, 1989, p. 124).

Pero para poder entender el trabajo como mercancía fue necesario, como antes se dijo, adoptar una noción *abstracta* del mismo, es decir, separada de la persona de quien lo realiza y no vinculada a sus particulares expresiones productivas⁴⁷. Disolver el binomio persona-trabajo, de forma que la diversidad de los trabajos humanos se fundiera en una sola categoría abstracta, era condición necesaria para que el trabajo de una persona pudiera ingresar a las corrientes del intercambio mercantil, es decir, que fuera transable bajo la ley liberal de la oferta y la demanda

⁴⁶ David Ricardo (1772/1817), escribió a principios del siglo XIX: "*La mano de obra, al igual que las demás cosas que se compran y se venden, y que pueden aumentar o disminuir en cantidad, tiene su precio natural y su precio de mercado*". Según el economista inglés, "[e]l precio natural de la mano de obra es el precio necesario que permite a los trabajadores, uno con otro, subsistir y perpetuar su raza, sin incremento ni disminución. (...)". Y agrega que "[e]l precio de mercado de la mano de obra es el precio que realmente se paga por ella, debido al juego natural de la proporción que existe entre la oferta y la demanda". Finaliza diciendo que "*la mano de obra es costosa cuando escasea, y barata cuando abunda*" (pp. 71 y 72).

⁴⁷ Como por ejemplo, en la Francia del Antiguo Régimen, ciertas artes y oficios llamados "artes mecánicas", ejercidos por *gens de métier*, como los maestros zapateros, orfebres, carpinteros, relojeros y otros –Sewell, 1992, pp. 48 y ss).

propia de la nueva economía de mercado (Supiot, 1996, p. 22 y 2008, pp. 14 y ss.). Marx (1997 y s.f.) denominará el resultado de esta disolución “trabajo abstracto”, entendido como trabajo humano sin consideración a formas particulares (trabajo concreto), que crea el valor de la mercancía, o sea su valor de cambio, como la forma capitalista de trabajo (p. 54; y p. 88)⁴⁸, así como el “trabajo concreto” hace pareja indisoluble con el valor de uso (Althusser, s.f., p. 88). El trabajo así entendido es, desde entonces, un bien perteneciente al patrimonio de una de las partes, cuyo uso es cedido a la otra parte a cambio de una contraprestación⁴⁹. Sobre esta noción de trabajo abstracto, como se verá *infra*, se construyó el actual derecho del trabajo. (Supiot, 1996, p. 23).

Ese trabajo considerado ficticiamente como mercancía –concepto al que se llega por virtud de su abstracción–, está sujeto al tráfico comercial y por tanto a las leyes de oferta y demanda y puede, por eso mismo, ser objeto de un contrato en el cual ha de entenderse que el trabajador actúa no solamente de manera libre sino en un plano de igualdad con quien le contrata. Así, el trabajador consiente, autónomamente, en ceder su trabajo al patrono y de esta forma está libre de un amo, es decir, no es esclavo.

Las condiciones de trabajo, como regla general, se pactan libremente en el contrato, a diferencia de lo que acontecía en las corporaciones de oficios, donde las relaciones entre maestros, oficiales y aprendices, así como las condiciones de trabajo, etc., se regían –por

⁴⁸ Para Marx (Marx & Engels, 1974), al desaparecer el carácter útil del producto del trabajo, “*también desaparecerá el carácter útil de los trabajos expresados en los objetos y tampoco se distinguirán las distintas formas concretas de estos trabajos, puesto que todas quedarán reducidas a un trabajo humano igual, a un trabajo humano abstracto*”. Marx también alude al trabajo, en su concepción abstracta, en otras obras suyas, como en la *Ideología alemana* (p. 78).

⁴⁹ Por eso escribió Engels (1974), a propósito de la situación de los trabajadores ingleses al finalizar la primera mitad del siglo XIX: “[l]a relación que existe entre el fabricante y el obrero no es humana sino simplemente económica” (p. 240).

ejemplo en Francia-, por la costumbre y el estatuto propio de la corporación, autorizado por el Rey. (Sewell, 1992, pp. 51-53). Es decir, como bien lo resume Maine, citado por Veneziani (1994), la regulación del trabajo, en la transición en Europa del régimen corporativo preindustrial al liberal postrevolucionario, es el tránsito del estatus al contrato (p. 79). En efecto, la relación laboral en varios países europeos en la época previa a la Revolución francesa, se caracterizaba por las diferencias fundadas en la pertenencia a las clases sociales, en tanto que en la época posterior a la Revolución industrial se cimenta en la igualdad de las partes de la relación laboral, actuando mediante el contrato. Ello se explica por el imperativo revolucionario de abolir las corporaciones, que jugaban en la sociedad el papel de cuerpos intermediarios, que impedían la libre autonomía de las partes expresada ahora en la libertad de contratación. La ley Le Chapelier (14 de junio de 1791) en Francia, por ejemplo, prohibió la constitución de tales corporaciones en cualquier forma (art. 1º), por considerarlas una amenaza contra la revolución. No podía existir ningún cuerpo intermedio entre el individuo y la nación y por eso, poco después, la primera Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 abolió “*de forma irrevocable las instituciones que han vulnerado la libertad y la igualdad de derechos (...) ya no hay gremios ni corporaciones de profesiones, artes y oficios*”

Luego de la Revolución Industrial, bajo los imperativos de la economía de mercado, con el fin de dar forma jurídica a la relación de trabajo, los países europeos del *Civil Law*, adoptaron la figura de la *locatio conductio*, proveniente del Derecho Romano (por ejemplo, el Código de Napoleón de 1804, el italiano de 1865, el belga de 1804, etc.). Allí, la relación laboral se definía como *locatio conductio operis faciendi*, semejante a la *locatio conductio rerum*, en el sentido de que prestar un servicio o trabajo era un subgénero del contrato de arrendamiento⁵⁰. Los

⁵⁰ No obstante, la *locatio conductio* adoptada en estos países difería radicalmente a la *locatio conductio* romana. En Roma la *locatio conductio* era la denominación del arrendamiento, que tenía como una de las modalidades la *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios), al lado de la *locatio conductio rei* –arrendamiento de

sistemas del *Common Law*, por su parte, no fueron influidos por las instituciones romanas, pero hasta fines del siglo XIX encuadraron la relación laboral en el contrato de servicios entre “amo y sirviente” (*master and servant*). (Veneziani, 1994, pp. 53-55). Bajo estos tipos contractuales se asumía que el trabajador podía decidir autónomamente vender su fuerza de trabajo a otro, a cambio de un salario, pero sin perder su calidad de hombre libre. De ahí que Baylos (1991) afirme que “[e]l sistema liberal exige que las situaciones de subordinación aparezcan como relaciones de coordinación entre seres libres e iguales” (p. 20). Además, se consideraba que estas figuras jurídicas contractuales permitían concretar la igualdad de las partes en la relación de trabajo

Mas, como afirma Sinzheimer (1927/1984), se olvidaba algo fundamental: “*el orden social es muy distinto al orden jurídico*” y en el primero “*ya los hombres no son iguales sino desiguales*” (p. 74). Por eso las tipologías contractuales civilistas -que podían ser funcionales a las relaciones de tipo privatista y patrimonial propias de las primeras economías de mercado-, mostraron rápidamente su incompatibilidad con la realidad social de la relación de trabajo asalariado, al pretender conciliar la autonomía y la libertad del trabajador con su dependencia del empleador (Baylos, 1991, p. 20). La libertad para contratar por parte del trabajador era, de hecho, una fórmula vacía, ya que el empleador podía determinar unilateralmente el contenido del contrato, ante lo cual el trabajador no tenía otra opción que someterse. Y la igualdad entre las partes era meramente retórica o formal, ya que sin duda el patrono, no solamente al momento de celebrar el contrato sino también durante su ejecución, ostentaba una posición preeminente y de dominio.

cosa- y de la *locatio conductio operis* –arrendamiento de obra. Sin embargo para los romanos si un hombre libre arrendaba sus servicios se rebajaba a la calidad de esclavo, lo que se salía por completo del concepto liberal de libertad e igualdad contractuales. De ahí que la rotulación “*locatio conductio*” para la relación de trabajo no correspondía materialmente con dicha concepción liberal.

Por otro lado, la industrialización en pleno desarrollo a principios del siglo XX, y con ella el crecimiento del volumen de trabajadores en grandes concentraciones, exigió la formulación de otro modelo jurídico para regular la relación laboral, diferente a la *locatio* y al contrato de servicios. Un tipo jurídico que, además, tuviera a la subordinación como una de sus características. Estaban, así, dadas las cosas para que emergiera un nuevo tipo jurídico claramente diferenciado y autónomo: el contrato de trabajo.

2. La invención del contrato de trabajo: amalgama de contrato, estatuto y negociación colectiva, para procurar la igualdad entre las partes.

Según Marx (s.f./1867), la proclamada igualdad entre el trabajador y el “poseedor de mercancías” (capitalista o empresario) fue una estrategia burguesa para tener disponible la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del capitalismo, bajo la ficción de un contrato voluntario celebrado entre individuos libres e iguales. Dice al respecto:

El poseedor de la fuerza de trabajo y el poseedor del dinero, al tropezarse en el mercado, habrán de relacionarse entre sí sobre el pie de igualdad (...) [P]ara que el dinero pueda transformarse en capital, el poseedor de mercancías habrá de poder encontrarse en el mercado con el trabajador libre. Libre en un doble sentido: en el de que la persona del trabajador pueda disponer de su fuerza de trabajo como de mercancía de su propiedad, y en el de que no posea otra mercancía que vender. Es decir, libre y desposeído de todos aquellos medios indispensables a la actuación de su fuerza de trabajo”. (pp. 205 a 207)

La introducción por el liberalismo de un concepto abstracto de trabajo –al que se aludió antes-, condujo a una especie de “nivelación” o “igualación” entre quienes enajenaban su fuerza de trabajo, pues los inscribió en una misma y nueva categoría social, la de los trabajadores –llamados por Marx “proletarios”-, quienes, según el mismo pensador, sólo poseían su fuerza de trabajo. Antes de ello, como ya se anotó, aquellos que realizaban un arte u oficio en una determinada corporación preindustrial eran diferentes a aquellos que se

dedicaban al suyo en otra corporación, pues la calificación ocupacional de quienes conformaban los gremios o las corporaciones medievales les diferenciaba –aún contra su voluntad- de quienes pertenecían a otros. El surgimiento de esa nueva clase social, ejecutante de ese “trabajo abstracto”, explica por qué las primeras normatividades europeas en materia laboral fueran denominadas como “derecho obrero” o “derecho de clase”.

Pero la ficción moderna de que la relación laboral tiene carácter patrimonial y en ella discurren perfectamente la igualdad y la libertad entre las partes -tan caras para el estado liberal y las sociedades capitalistas tempranas, por lo cual se asimiló la fuerza de trabajo a una mercancía-, comenzó a caer por su propio peso. En efecto, al sostenerse que el trabajo es un simple objeto de oferta y demanda mercantil, transado entre sujetos libres e iguales, se olvida que la fuerza de trabajo de una persona no puede divorciarse de esta, por constituir un conjunto ontológico inescindible. Hegel (2004) señaló que toda persona puede despojarse de aquello que es de su propiedad –bien por derelicción o bien por entrega a la posesión de otro-, pero solo en la medida en que la cosa sea exterior a ella por naturaleza; mas *“son inalienables aquellos bienes, o más bien, aquellas determinaciones substanciales, cuyo derecho no puede prescribir, y que constituyen lo más propio de mi persona”* (pp. 84 y 85)⁵¹. Y, ya en el siglo XX, Ripert (1955) escribió al respecto: *“la vida humana no puede ser objeto de un contrato (...) hay que decir que el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu, y que no puede ser objeto posible de un contrato de derecho privado”* (p. 276).

El hecho históricamente tangible de la asimilación del trabajo como objeto libremente transable en el mercado, condujo a consecuencias nefastas para quienes eran contratados como

⁵¹ En su *“Propedéutica filosófica”*, Hegel (s.f.), también afirmó que la personalidad no puede considerarse como algo externo a la persona, *“pues en cuanto uno ha renunciado a su personalidad, se ha convertido en cosa”* (p. 38).

trabajadores: jornadas extenuantes, salarios miserables, condiciones precarias, inseguras e insalubres, explotación laboral de la mujer y de los menores, descansos insuficientes, etc. Esta concepción del trabajo produjo en la práctica tanta injusticia social que generó en los países industrializados de la época, sobre todo a fines del siglo XIX, el alzamiento de voces desde distintos ámbitos, que clamaban por un cambio en la conceptualización del trabajo, para liberarlo de los fríos moldes civilistas que habían llevado a su consideración como mercancía⁵², así como alejarlo de la estricta dogmática privatista de la libertad contractual.

De ahí que, desde finales del siglo XIX, aunque con mayor énfasis luego de culminar la Primera Guerra Mundial, se emprendieran acciones para combatir el pernicioso efecto de asimilar el trabajo como una mercancía⁵³. Sin duda el hito más importante en tal sentido fue la creación de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en el Capítulo XIII del Tratado de Versalles de 1919 -que dio fin a esa conflagración. El hecho de incluir en un tratado de naturaleza eminentemente militar, como lo fue ese instrumento internacional, un capítulo denominado “*Trabajo*”, habla elocuentemente de la importancia social y política que tenía a la postre abolir el carácter mercantil del trabajo, por los efectos nefastos que esa asimilación había tenido sobre la paz mundial. Dice, en efecto, el Tratado de Versalles (Anexo, Sección II,

⁵² Las condiciones de explotación y precariedad que se vivían en muchas de las fábricas del mundo industrializado en el siglo XIX, producto de la concepción del trabajo como simple mercancía, fueron, de un lado, la base para la construcción de la teoría de Marx y Engels, y de otro lado, el fundamento para el surgimiento de iniciativas de humanización del trabajo, como aquellas de estirpe social-demócrata, o las contenidas en la Encíclica “*Rerum Novarum, sobre la situación de los obreros*”, de León XIII (1891).

⁵³ Según Paul O’Higgins (1997), fue el economista irlandés John Kells Ingram quien primero utilizó la expresión “el trabajo no es una mercancía”, en un discurso pronunciado en 1880 en la convención del TUC (Trade Union Congress) en Dublín. En tal ocasión, Ingram afirmó que el trabajo no podía ser considerado una entidad independiente de la persona del trabajador y que la relación de trabajo debía tener una base ética, por lo que no podía ser regulada solamente por el mercado; que el salario no podía ser exclusivamente determinado por su valor de cambio, igual a como se trata una mercancía –como el maíz o el algodón–, porque debía garantizar el mantenimiento del trabajador en condiciones de seguridad física y mental (pp. 225 y ss.).

artículo 427, “Principios Generales”): “*el trabajo no debe ser considerado meramente como un artículo de comercio*”, para luego señalar (Sección II, artículo 41), que “*existen métodos y principios para la reglamentación de las condiciones de trabajo*”, y de ellos las Altas Partes contratantes consideran “*de especial importancia y urgencia (...) el principio fundamental (...) de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio*”. Este principio sería posteriormente reiterado por la “Declaración de Filadelfia” de 1944, que enmienda la Constitución de la OIT en 1946, cuando afirma en el artículo I del Anexo: “*a) el trabajo no es una mercancía*”, y tiempo después recalcado por la “*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*” de 2008.

Hasta fines del siglo XIX, en plena vigencia de la concepción contractualista liberal en la relación de trabajo, la igualdad entre las partes era meramente formal y el reflejo de la igualdad de los bienes intercambiados en aquella (fuerza de trabajo y salario). Empero, los serios cuestionamientos al carácter de “mercancía” de la fuerza de trabajo, es decir a su consideración como un bien objeto de intercambio –sobre todo, como se dijo, a partir de la Constitución de la OIT de 1919 y luego a raíz de la Declaración de Filadelfia⁵⁴–, desnuda la

⁵⁴ Explica Bredow (2003) que en los Estados Unidos de América, “*Labor is not a commodity*” fue un *slogan* coreado por los trabajadores estadounidenses, con un significado particular y patético: a partir de 1890 los empresarios estadounidenses habían logrado que imperara la concepción del trabajo como mercancía, con base en la cual los tribunales aplicaban la Ley Antimonopolios (*Sherman Antitrust Act*) a cualquier contrato que supuestamente limitara el intercambio comercial. Con base en la Ley Sherman, los movimientos sindicales eran asimilados a conspiraciones y las huelgas como limitaciones al intercambio de una mercancía llamada trabajo. Por esta vía se instauraban acciones judiciales para impedir la formación de sindicatos o enfrentar las huelgas. Esta situación comenzó a amainar con la Ley Clayton, de 1914, que introdujo el concepto de que “*el trabajo de un ser humano no es una mercancía o artículo de comercio*” (“*The labor of a human being is not a commodity or article of commerce*”) y que, por tanto, las acciones sindicales escapaban a los preceptos de la Ley Sherman (pp. 10 y ss). Por su parte, Ballestrero (2011) agrega que Samuel Gompers, el influyente líder de la AFL norteamericana, había tenido decisiva intervención ante el Congreso estadounidense para que este postulado quedara incluido en la Ley Clayton. Posteriormente –según una opinión difusa–, Gompers, haciendo parte de la delegación de EEUU a la celebración del Tratado de Versalles, incidió en que el postulado “*el trabajo no es una*

desigualdad estructural o material de las partes, que existía desde siempre en los regímenes liberales bajo la apariencia de una simetría formal entre ellas. En el terreno laboral, expresa Radbruch (1951), el concepto individualista de igualdad entre las partes se desdobra en diferentes tipos, para dar importancia a las peculiaridades de esa relación, donde debe destacarse “*la posición social de poder o de impotencia de los individuos*” (p. 161). El mero contrato entre trabajador y patrono, fundado en la supuesta igualdad entre ellos y en su naturaleza simplemente patrimonial, no podía ser, entonces, la única causa de las obligaciones mutuas. De ahí que, utilizando palabras de Cazzetta (2010), contra una libertad contractual abstracta e ilimitada, absolutamente indiferente hacia la situación social particular del trabajador, era necesario contraponer una “nueva normativa especial-social” (p. 40).

Fue en la Alemania imperial de fines del siglo XIX, donde se emiten las primeras críticas al encuadre de la relación de trabajo en el tipo civil de la *locatio conductio* o del arrendamiento de servicios, críticas que condujeron a un viraje doctrinal después de 1919, en el marco de la crisis que el estado liberal experimentó entre las dos guerras mundiales (Baylos, 1991, p. 23). Comienza así a construirse el Derecho del Trabajo como rama jurídica autónoma y diferente al Derecho Civil.

Surge, de esta manera, una especie de anticontractualismo para explicar las relaciones entre trabajador y empleador. En tal dirección, algunos juristas alemanes plantearon un retorno al derecho germano para separarse así de las figuras contractuales propias del derecho romano, como la *locatio conductio*: la teoría de la *relación de trabajo*. Entre tanto, juristas galos proponían la teoría *de la institución*. La primera señala a la *relación de trabajo* y no al contrato individual de trabajo como fuente de las obligaciones laborales, ya que –sostuvieron los

mercancía” quedara incluido en la Constitución de la que sería la Organización Internacional del Trabajo. (p. 860)

germanos-, es la mera inserción del trabajador en el ámbito de quien lo emplea y la realización efectiva de la labor, las que explican el origen de las obligaciones. La segunda –de la institución, evidentemente basada en las teorías de Hauriou-, ubica dicha fuente en un contrato de adhesión a ciertas cláusulas previamente establecidas que rigen en la empresa –como ordenamiento y comunidad de personas, es decir, como institución (Suárez, 1960, pp. 69 y ss.).

Simultáneamente surgió en Europa una especie de línea de “*autonomismo proteccionista*”, que combina contrato, estatuto heterónomo y autotutela o acción colectiva de los mismos trabajadores. Sobre esta línea se construirá, en general, el Derecho del Trabajo, que girará alrededor de un “contrato de trabajo”, que si bien conserva la ficción del trabajo abstracto como objeto, rompe con la vinculación exclusiva con los trabajos y las obras, que marginaba el ser del trabajador y reivindica éste (Baylos, 1991, p. 31). El estado intervendrá - divorciándose del dogma manchesteriano que le prohibía interferir en las relaciones entre los particulares y que le limitaba a unas pocas funciones (*laissez faire*)-, con el objeto de contrarrestar la desigualdad material necesariamente generada por la libre y formalmente igualitaria contratación bajo moldes liberales y garantizar el equilibrio entre las partes (Palomeque & Álvarez, 2012, p. 77). Esta intervención emergerá, paradójicamente, cuando el estado liberal clásico goza de la mayor aceptación, bajo la forma de “leyes obreras o de fábrica”, promulgadas inicialmente en Inglaterra y luego en otros países, que fueron normas protectoras de las condiciones de vida y de trabajo y limitadoras de la voluntad prácticamente absoluta de patrono en la fijación de las condiciones de venta de la fuerza de trabajo (Palomeque, 1987, p. 17). Surgirá allí, entonces, explica Supiot (1996), la idea de *estatuto* del trabajador, como intervención heterónoma protectora, radicada en el propósito de corregir las desigualdades entre el débil y el fuerte en la relación de trabajo (p. 160).

Y así, aunque en principio la relación laboral –sobre todo en países de Europa meridional y en América Latina-, se seguirá vaciando en una forma contractual y rigiéndose por ella, al mismo tiempo deberá ceñirse a ese *estatuto* fijado por el Estado interventor, que consagrará una serie de derechos y deberes, definidos con independencia de la voluntad expresada por ellas en el contrato de trabajo. No se intentó, entonces, abolir el paradigma contractual, sino revisarlo, con fundamento en una relectura de la libertad y la igualdad de las partes de la relación laboral, que exigió la emisión de leyes sociales especiales y de normas que no pudiesen ser derogadas por ellas (Cazzetta, 2010, p. 43 y 44). Ese *estatuto* estará conformado por derechos sociales fundamentales⁵⁵, por normas contenidas en la Ley con carácter de orden público no derogables *in pejus* por las partes –muchas de ellas contenidas en códigos especializados⁵⁶-, pero también en la jurisprudencia. Paralelamente, el Estado comenzará a dar validez jurídica a los acuerdos profesionales (convenciones, pactos, contratos o acuerdo colectivos), como elementos normativos incorporados al contrato individual de trabajo.

Por eso tal contrato –como bien lo resume Veneziani (1994):

[e]s la fachada jurídica detrás de la que se esconde la relación social subyacente; es, sin embargo, sólo una parte, y quizás no la parte más importante, del Derecho del

⁵⁵ La Constitución de Querétaro (1917) y luego la de Weimar (1919), fueron las primeras en introducir derechos laborales en sus textos. Lo hizo posteriormente la de la República española (1931) y desde luego la española de 1978. La Constitución colombiana de 1886, reformada en 1931, introdujo algunos derechos de índole laboral, pero fue la actual Constitución (1991) la que completó la constitucionalización del derecho del trabajo.

⁵⁶ Francia promulgó el primer Código de Trabajo (1911). Chile y México fueron los primeros países latinoamericanos en promulgar los suyos, en 1931. Colombia promulgó su Código Sustantivo del Trabajo en 1950. Sin embargo con anterioridad se habían expedido algunas leyes en materias laborales, que pudieran ser consideradas como un primitivo estatuto del trabajo, tales como la Ley 83 de 1931 (reconocimiento del fenómeno sindical), la Ley 10 de 1934, que consagró las primeras normas reguladoras del trabajo por cuenta ajena, y la Ley 6ª de 1945, que consagró un conjunto más integral de normas sobre la relación laboral.

Trabajo que se desarrolló con la legislación social y con la negociación colectiva". (p. 98)

Las primeras intervenciones estatales con el sentido de acotar el poder empresarial en la determinación del contrato de trabajo y buscar la igualdad o equilibrio de la relación laboral –que, hay que decirlo, se dieron por la acción de estados liberales europeos-, se concretaron sobre todo desde finales del siglo XIX (Palomeque, 1987, p. 17; Ramm, 1994, pp. 104 y ss.). Esas acciones –que se clasifican más como integrantes de la entonces llamada “legislación obrera” que antecedió al actual Derecho del Trabajo-, se tomaron sobre todo en favor de los trabajadores menores de edad y de las mujeres trabajadoras: duración máxima de la jornada laboral, restricción del trabajo nocturno, prohibición para realizar ciertas clases de trabajos peligrosos, etc. Luego se emitieron normas protectoras de trabajadores incapacitados y de trabajadores a domicilio. Posteriormente, normativas dirigidas a la protección de los trabajadores en general, como las dirigidas a prohibir el salario en especie, a proteger el salario, a reglamentar las horas de cierre de establecimientos comerciales, a fijar niveles mínimos de seguridad e higiene, o a prohibir el trabajo dominical, entre otras. Importante señalar aquí las normas sobre inspección estatal, con el fin de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas laborales en los lugares de trabajo y el importante aporte doctrinal y jurisprudencial para la configuración de la principalística propia del Derecho del Trabajo.

Pero quizás la más trascendental contribución a las normas protectoras han sido los convenios y recomendaciones emitidos por la OIT a partir de 1919, que conforman buena parte del Derecho internacional del trabajo y que, al ser adoptados por los países miembros, ingresan en el ámbito jurídico interno al mencionado *estatuto*. Ello es debido a su carácter de normas mínimas⁵⁷.

⁵⁷ Art. 19 # 8 de la Constitución de la OIT.

De esta manera, la característica más importante del Derecho del Trabajo surgido a principios del siglo XX –separándose de la concepción civilista y contractualista que rigió la relación laboral en los estados liberales clásicos, sobre todo a partir de la Revolución industrial-, es que no presume la igualdad del trabajador y el empleador como partes que se vinculan libremente mediante un contrato, sino de su desigualdad estructural o material, para cuyo enervamiento debe concurrir un estatuto heterónomo. Bien lo afirmó Gustav Radbruch (1951): la que inspira el Derecho social *“no es la idea de la igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico”* (p. 162). Y, a su vez, Kahn-Freund (1987): *“el propósito del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo”* (p. 52).

Por ello, como se verá, el *telos* del Derecho del Trabajo será inicialmente abreviar la brecha entre las partes del contrato de trabajo (igualdad *vertical*), en sus dimensiones individual y colectiva, y, más tarde -ya en la segunda mitad del siglo XX y apoyándose en el principio de no discriminación postulado en la normativa internacional-, buscar la igualdad de trato para los trabajadores (igualdad *horizontal*).

3. La búsqueda de la igualdad vertical en la relación de trabajo subordinado.

Se entiende por “igualdad vertical” la nivelación de las partes en el contrato de trabajo, procurando una igualdad material más allá de la igualdad meramente formal o jurídica pretendida por la dogmática liberal. Hoy es pacíficamente aceptado que, de entrada, existe una desigualdad o asimetría real entre el empleador y el trabajador. Para aminorar esa desigualdad, el estado social interviene normativamente, con apoyo en los principios del derecho del trabajo.

Para buscar esa igualdad vertical, el Derecho del Trabajo sigue dos estrategias: en primer lugar, en la dimensión individual, la morigeración de la potestad subordinante del empleador, sobre todo en cuanto a su prerrogativa de variar las condiciones de trabajo (*ius variandi*). En segundo lugar, en la dimensión colectiva, el reconocimiento de la existencia y accionar de las organizaciones profesionales.

Se examinarán ahora estas dos estrategias.

3.1. La limitación del poder subordinante del empleador sobre el trabajador individual, como estrategia para buscar el equilibrio entre las partes en el contrato de trabajo.

Como se ha dicho ya, lo particular del Derecho del Trabajo, aquello que lo hace distinto del derecho civil y de otras disciplinas jurídicas, estriba en ser un derecho nacido para compensar desigualdades materiales y no para actuar sobre la base de una presunta igualdad entre las partes del contrato. De ahí que uno de los postulados fundamentales de esta disciplina sea el llamado principio protector, que responde al objetivo de amparar preferentemente al trabajador frente al empleador, ante la evidente desigualdad del primero frente al segundo (Plá Rodríguez, 1998, p. 61). Dicho principio, que sin duda hace parte cardinal del estatuto del trabajo, se conforma por tres subprincipios: *in dubio pro operario*, norma más favorable y condición más beneficiosa-, todos los cuales pretenden proteger preferentemente a la parte más débil de la relación contractual de trabajo.

No se trata de examinar acá los mencionados principio y subprincipios, pues bastará con resaltar su papel primordial, particularmente judicial, en la búsqueda del equilibrio entre las partes del contrato de trabajo, ya que marcan las peculiaridades del Derecho del Trabajo frente al derecho privado.

Se resaltaré ahora, más bien, la modelación que el Derecho del Trabajo, sobre todo en su componente de *estatuto*, realiza sobre dos de los elementos más típicos de la relación laboral, con miras al equilibrio entre las partes del contrato de trabajo: la subordinación jurídica y su expresión más importante, el *ius variandi*, o derecho del empleador a modificar unilateralmente las condiciones de trabajo.

3.1.1. La subordinación limitada: aspecto fisonómico del contrato de trabajo, que contrarresta, -sobre todo en su concepción original-, la ficticia igualdad entre sus partes.

La subordinación siempre fue característica de las relaciones personales de dependencia, desde la esclavitud y la servidumbre. Lo que es peculiar del contrato de trabajo, asegura Alonso Olea (1987), es la *limitación* de esa subordinación o dependencia (p. 156).

En tal sentido, si bien en los inicios del siglo XIX la subordinación se aceptó como distintiva de la *locatio*, aunque limitada a unas ciertas categorías de trabajadores, a finales de la centuria el concepto se había expandido a otras modalidades, aunque con interpretaciones diversas. (Veneziani, 1994, p. 89 y 90). Sin embargo, cuando se propagó la industria a gran escala, el concepto de subordinación se transformó. El empresario necesitaba facultades de control sobre los contingentes de trabajadores –con frecuencia considerables–, que caracterizaron la denominada “segunda revolución industrial”, o fordismo, a principios del siglo XX. Kahn-Freund (1987) lo justificó así: “[n]o puede haber relación de trabajo sin un poder de mandar y un deber de obedecer, es decir, sin este elemento de subordinación en que los juristas correctamente ven la nota fundamental del contrato de trabajo” (p. 53).

Fue Ludovico Barassi (1953), en los albores del pasado siglo, quien primero conceptualizó la *subordinación* como uno de los elementos característicos del contrato del trabajo. La obra del jurista italiano persiguió disolver la identidad del contrato de trabajo con

el trabajo industrial y de la legislación del trabajo con un derecho de clase con espíritu obrero, preconizados por la escuela alemana del socialismo jurídico.

En palabras del profesor milanés, la subordinación consiste en la

(...) limitación de autonomía en el trabajador que debe dar sus energías: a) para fines que no le conciernen de modo primario, ya que normalmente pertenecen a quien ha estipulado el contrato con él (lo que no basta porque es también cierto para el trabajo autónomo); b) según las directivas impuestas (de acuerdo con el presupuesto anterior) por el contratante a quien se presta el trabajo (pero también el comitente de una obra puede imponer las modalidades de la obra a ejecutarse; art. 1659⁵⁸). Es menester agregar, por ello, c) que el trabajo debe ejecutarse con el control constante y a riesgo del empleador.
(p. 501)

Se trata de una subordinación jurídica, que se manifiesta en una limitación a la autonomía del trabajador. Según Cabanellas (2001), la *subordinación* (palabra proveniente de las expresiones latinas *sub*, bajo, y *ordinare*, ordenar), implica un estado de limitación de la autonomía del trabajador cuyos servicios se someten, por razón del contrato de trabajo, a la potestad del empleador, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa (p. 406).

Buena parte de la desigualdad material que se da entre las partes del contrato de trabajo, radica en que muchas de las obligaciones contraídas por el trabajador al suscribirlo no son (y no podrían serlo) determinadas en forma concreta en éste y por el contrario ostentan un enorme grado de imprecisión. Al respecto dice Supiot (1996):

Si el contrato definiese ab initio de forma precisa el conjunto de tareas que debe prestar el trabajador, no quedaría ningún espacio para el ejercicio del poder del empresario”,

⁵⁸ Del Código Civil italiano.

pero éste es “tanto más grande cuanto más grande es este margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador”. (p. 145).

Por eso –y en ello se afianza buena parte del poder de subordinación del empleador-, durante la ejecución del contrato de trabajo éste tiene la atribución de dirigir de forma continua las actividades del trabajador, lo que a su vez entraña radicar en su cabeza la facultad de señalar las obligaciones del subordinado. Contrario a lo que sucede en la ejecución del contrato de trabajo, en el derecho común de los contratos las modificaciones posteriores a la celebración de éstos sólo son válidas si obra el previo acuerdo de las partes, ya que sólo la concurrencia de voluntades puede crear obligaciones. Alain Supiot (1996) lo resume así:

Allí donde el derecho de [las] obligaciones postula la autonomía de la voluntad individual, el derecho del trabajo organiza la sumisión de la voluntad. (...) en el contrato de trabajo hay que distinguir entre modificaciones sustanciales y no sustanciales. La regla del carácter inmutable sólo se aplica a las primeras, mientras que las segundas caen dentro del ejercicio normal del poder directivo. (...) En el contrato civil, la voluntad se compromete; en el contrato de trabajo, se somete. (pp. 134, 144, 145, 147).

Ya Sinzheimer (1927/1984), uno de los padres indiscutidos del derecho del trabajo, sostenía:

La relación que liga al trabajador con su empresario no es sólo una pura relación obligacional (...) Es, ante todo, una relación de poder (...) La dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales. (...) Ningún acreedor puede dar órdenes al deudor. El Derecho de [las] obligaciones no conoce el poder de obediencia del deudor. Nadie duda, sin embargo, de que el empresario puede dar órdenes al trabajador y que éste tiene la obligación de obedecer. (p. 75)

Otto Kahn-Freund (1987), destacado alumno de Sinzheimer, señaló:

(...) la relación entre un empresario y un trabajador aislado (...) [s]e origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la

sumisión y subordinación puedan ser por esa indispensable ficción jurídica conocida por contrato de trabajo. (pp. 52 y 53).

De ahí que la *subordinación* jurídica, en su concepción original típica del contrato de trabajo, al tiempo que representa su característica más descollante y esencial, constituye el elemento que se opone a una plena igualdad entre las partes durante la ejecución del contrato. Por eso el derecho del Trabajo, con la aspiración de igualar las partes, atenúa el rigor original de la subordinación, como se verá ahora.

3.1.2. La morigeración del poder subordinante del empleador, por la vía de las restricciones al *ius variandi*.

Una de las líneas maestras del Derecho del Trabajo, particularmente mediante su dimensión estatutaria, ha sido la atemperación del poder subordinante del empleador, en cuanto se refiere a su supremacía y a sus atribuciones para modificar unilateralmente las condiciones de trabajo.

Esta atenuación se ha debido a que el Derecho del Trabajo, como característica fundamental suya, reivindica la dimensión humana del trabajador, que es consecuencia de su repudio a la consideración del trabajo como simple mercancía. Las facultades de mando del empleador sobre el trabajador no serán omnímodas, pues la subordinación no consiste en manipular un objeto sino en dirigir una persona que, como tal, posee dignidad.

A ello han contribuido, sin lugar a dudas, dos fenómenos que se consolidaron luego de la Segunda Guerra mundial: la internacionalización y la constitucionalización de los derechos laborales. El efecto de tales fenómenos consiste en que el poder de subordinación del empleador se alindera por la presencia de los derechos fundamentales del trabajador, tanto

específicos como inespecíficos⁵⁹, radicados en la persona del trabajador, lo que contrasta con los poderes prácticamente omnímodos que el empleador ostentaba sobre el trabajador en las relaciones laborales regidas por la dogmática contractualista clásica liberal.

De esta manera, como bien acentúa Supiot (1996), la relación laboral se somete a un orden público protector, cuyo fin es proteger preferentemente esos derechos fundamentales, para lo cual es menester atenuar las atribuciones subordinantes del empleador, que de ser plenas, es decir supeditadas solamente a lo estipulado en el contrato de trabajo, afectarían gravemente la igualdad desde el punto de vista del trabajador. Estas disposiciones de orden público embeben un estatuto en cada contrato de trabajo (p. 161).

En el caso colombiano, aun desde antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991 que instauró un estado social de derecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo y posteriormente la de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, realizó un alindamiento de la subordinación jurídica a la que está sometido el trabajador frente a su empleador. Con respecto al *ius variandi*, por ejemplo, el criterio jurisprudencial fue que “*la subordinación a la que está sometido el trabajador no significa que pueda ser lesionado en su honor, dignidad, seguridad y derechos mínimos, ni que se cambie esencialmente la materia objeto del contrato de trabajo*”⁶⁰. Y también se dijo:

(...) No es lícito al empresario imponer al trabajador funciones esencialmente diferentes de las que habitualmente desempeña en la empresa, cuando éstas pueden ser consideradas por el operario como dañosas, más gravosas, o aun como vejatorias o denigrantes. En tal

⁵⁹ Según Palomeque y Álvarez (2012), el trabajador es titular tanto de derechos fundamentales específicos como inespecíficos. Los primeros son aquellos que se radican en el trabajador por razón de su calidad de tal (derecho de huelga, derecho al salario, al trabajo, a la negociación colectiva, etc.). Los segundos son aquellos que le corresponden al trabajador por razón de ser persona o ciudadano (igualdad, intimidad, libertad de expresión, libertad de cultos, libertad de expresión, etc.) (pp. 121 y ss.).

⁶⁰ Sala de Casación Laboral CSJ, sentencia del 23/09/1977.

*caso se producirá una novación unilateral ilícita del contrato de trabajo, que puede atentar contra la seguridad del trabajador, contra su derecho a la formación profesional, y aun contra su dignidad personal (...)*⁶¹.

Después de la entrada en vigencia de la Carta de 1991, la Corte Suprema de Justicia colombiana, siguiendo una clara tradición suya, ahora reforzada en muchas ocasiones por principios y reglas constitucionales, sigue sosteniendo que el llamado *ius variandi* no es absoluto ni ilimitado, pues debe obedecer a razones objetivas y que no desconozcan los derechos fundamentales, ni los mínimos legales del trabajador⁶².

A su vez, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido reiteradamente, partiendo del aserto de la desigualdad estructural de la relación contractual del trabajo, que el poder de dirección o subordinación del empleador se encuentra limitado tanto por el ordenamiento laboral como por la Constitución⁶³. Específicamente, con respecto al *ius variandi*, el alto tribunal ha expresado:

*El ius variandi, entendido como la potestad del patrono en ejercicio de su poder subordinante para alterar las condiciones en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo de sus empleados, encuentra su límite último en el respeto a los derechos fundamentales del trabajador y debe enmarcarse siempre dentro de la órbita del respeto a la dignidad humana. En esta medida, su carácter absoluto desaparece para convertirse en un criterio condicional, es decir, sujeto a las razonables necesidades de una empresa, siempre y cuando no conlleve una desmejora en las condiciones laborales.*⁶⁴

⁶¹ Sala de Casación Laboral CSJ, sentencia Rad. 8323 (27/05/1982)

⁶² Sentencias Radicados 4756 (30/01/1992), 7420 (07/06/1995), 10728 (15/07/1998), 24336 (09/08/2006, entre otras.

⁶³ Por ejemplo, en las sentencias T-230/94 (13/06/2002) y C-878/05 (23/08/2005)

⁶⁴ Sentencia T-468/02 (13/06/2002). También, en el mismo sentido, las sentencias T-407/92 (05/06/1992), T-593/92 (09/12/1992), T-483/93 (27/10/1993), C-356/94 (11/08/1994), T-715/96 (16/12/1996), T-523/98 (23/09/1998), T-503/99 (13/07/1999), T-420/05 (25/04/1995), C-397/06 (24/05/2006) y T-1011/07 (22/11/2007), entre otras.

En síntesis, la jurisprudencia colombiana, tanto la de casación laboral como la constitucional, han defendido consistentemente la posición de que los poderes del empleador, en ejercicio de la subordinación, no son absolutos, pues de esa manera se aminora la desigualdad fáctica existente entre las partes del contrato de trabajo.

3.2. La autonomía colectiva como medio para buscar la igualdad vertical en la relación laboral.

Examinada en el acápite anterior la morigeración de los poderes subordinantes del empleador, y particularmente del *ius variandi*, como estrategias para buscar la igualdad vertical en el ámbito individual de la relación laboral, se describirá ahora ese acercamiento en el contorno de lo colectivo.

Como bien afirma Kahn-Freund (1987), “*la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno*” (p. 52). De ahí que en la esfera de lo individual sea muy difícil, como regla general, obtener la igualdad de las partes. Por eso lo colectivo cumple un papel nivelador entre las partes, ya que, como bien explica Cazzetta (2010), el valor de los grupos, vale decir, la dimensión colectiva del derecho del trabajo, constituyó en su momento una reacción contra un tipo de contrato que exaltaba la más pura libertad individual, porque acarreó la confrontación de los hechos –es decir, de la realidad, de la nueva sociedad-, con las abstracciones individualistas solemnemente proclamadas en el clásico código liberal. (p. 40)

Así también lo afirma Alain Supiot (1996):

El derecho del trabajo se ha alimentado de [la] tensión entre la idea de contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de subordinación, que excluye esa autonomía. Esta tensión ha llevado a construir sobre el terreno colectivo la autonomía que no podía edificarse en el terreno individual, y a hacer así jurídicamente compatibles la

subordinación y la libertad. (...) Ha sido la invención de lo colectivo y de sus consecuencias –los derechos colectivos, las libertades colectivas y los convenios colectivos- lo que ha permitido salir del impasse de la sumisión voluntaria, y definir un derecho en que puedan convivir la subordinación y la libertad.”. (p. 134 y 148).

Ahora bien, el sentido de lo colectivo puede provenir de dos fuentes, explica Supiot (1996). En primer lugar como un producto de la vida de los grupos humanos, de un sentimiento comunitario, es decir, un fenómeno con fuertes raíces sociales. Es el caso del Derecho del Trabajo alemán, que reconoce a la autonomía colectiva un origen historicista, que aprecia a la comunidad (*Gemeinschaft*) como un hecho social que escapa a la voluntad individual (recuérdese lo dicho *supra* acerca de la teoría germana sobre el origen de las obligaciones en la relación de trabajo). Allí el papel del estado se limita a fijar el marco institucional que las comunidades profesionales (empresas, sindicatos, ramas de actividad) requieren para que ellas mismas administren sus asuntos, pero no a decidir en su lugar, ni a intervenir (pp. 33 y 34). Este esquema es mucho más coherente –como lo es también el británico, que se describirá adelante-, pues evita la contradicción o paradoja de una autonomía colectiva fomentada heterónomamente.

Pero también lo colectivo puede ser producto de la racionalidad. El derecho del trabajo de origen continental europeo (con la citada salvedad del derecho alemán y también del escandinavo), está eminentemente fundado en un discurso racional. De ahí también que en tal ámbito esta disciplina se apoye, para estructurar lo colectivo, en el interés común deducido racionalmente y no afianzado en el sentimiento comunitario.

Wedderburn (1994), explica que dentro de este enfoque racional, los colectivos que reconoce la disciplina jurídica laboral son agrupaciones de intereses, objetivas y racionales, a las cuales puede llegarse por vía de la regulación estatal o por el camino de la autonomía colectiva con una reducción progresiva de la intervención estatal (p. 163). Este último camino

es el seguido en el Reino Unido, donde la autonomía colectiva en lo laboral se concibe preferentemente en términos de organización comunitaria, en tanto que la primera senda ha sido transitada por Francia y otros países europeos y latinoamericanos.

La vía estatal consiste en someter los contratos de trabajo a un orden público protector, que busca compensar el desequilibrio o desigualdad generados por la subordinación jurídica en el contrato individual, según acaba de verse. Es decir, la autonomía colectiva de los trabajadores (sin mediación estatal) -que sería la forma más directa para buscar la compensación de la desigualdad inherente al contrato laboral individual, mediante la composición de los conflictos con el empleador-, se sustituye por una intervención estatal. En los países que siguen esta senda, entre ellos Colombia, la autonomía colectiva se ha desarrollado, no al margen de la intervención estatal, sino más bien prohijada por esta.

Este fenómeno de la heteronomía en lo colectivo laboral, es característico de América Latina, con la sensible excepción de Uruguay. En estos países el estado ha intervenido siempre en las relaciones colectivas, por la vía de la reglamentación, como lo subraya Veneziani (1993): “[p]odría decirse que en Latinoamérica hay bastante más legislación heterónoma que autónoma, más presencia de la ley que del convenio colectivo” (pp. 33 y 34). Ello es atribuible, dice Ermida (2006), entre otras causas, a la tardía implantación del capitalismo industrial en la región, con características de “enclave”, dentro de un mar de relaciones agrarias cuasi-feudales. También se debe al designio estatal casi generalizado de controlar el movimiento sindical (sobre todo en ciertos países y en determinados períodos). Finalmente, también encuentra su causa en una tradición jurídico-cultural, que hunde sus raíces en el período colonial, con un derecho metropolitano, español y portugués, caracterizado por el texto escrito y cerrado, tradición que luego continuará al adoptarse el modelo francés, heterónimo y altamente legislado, cuya avanzada fue el Código Civil napoleónico (pp. 9 y 10).

Esta forma de intervención estatal en lo colectivo acarrea, en primer lugar –y paradójicamente, como ya se dijo–, que la autonomía colectiva sea garantizada de forma heterónoma tanto a los grupos de trabajadores como a los de empleadores; en segundo lugar, que las libertades colectivas de tipo laboral sean libertades públicas que buscan compensar a la parte subordinada la asimetría que sufre en el contrato individual, por lo que siempre tienen un aspecto individual (la libertad sindical incluye la libertad de sindicalizarse o no; el derecho de huelga entraña la protección a la libertad de acompañarla o no, etc.). Por esta vía, la compensación a la desigualdad individual del trabajador se obtiene por medio de un artilugio consistente en la imposición al contrato individual de trabajo (que es técnicamente autónomo) por parte de un estatuto protector de orden público (que como tal es heterónomo), de un espacio para generar derecho convencional (autónomo y colectivo). Así, pues, lo individual y lo colectivo son inescindibles, ya que son dos dimensiones o caras de una misma relación jurídica. De ahí resulta el reconocimiento al trabajador, en el plano colectivo, de la libertad y autonomía de que se le priva en el plano individual (Supiot, 1996, pp. 163 y 164). Dicho con otras palabras, lo colectivo resulta ser el contrapeso que equilibra la asimetría o desigualdad estructural del contrato individual.

Esta libertad individual de ejercicio colectivo asume tres formas: la libertad sindical (en su doble faz: individual -derecho de todo trabajador a sindicalizarse o no- y colectiva –reconocimiento de derechos a las organizaciones constituidas por los trabajadores⁶⁵), el derecho a la negociación colectiva (para fijar las condiciones de trabajo o empleo, regular las

⁶⁵ La Constitución colombiana reconoce este derecho a trabajadores y empleadores en su artículo 39. El Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 50 de 1993 y por la Ley 584 de 2000, hace lo propio en su artículo 353.

relaciones entre empleadores y trabajadores y regular las relaciones entre empleadores y sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores⁶⁶) y la huelga⁶⁷.

4. La igualdad horizontal de los trabajadores.

Si por igualdad *vertical* se entiende el equilibrio que se busca entre los trabajadores y el empleador, por igualdad *horizontal* se entiende el tratamiento simétrico que el empleador y el estado deben reconocer a los trabajadores.

A continuación se examinarán brevemente dos manifestaciones íntimamente ligadas de la igualdad horizontal de los trabajadores: la igualdad formal ante la ley y la igualdad de trato por virtud de la aplicación del principio constitucional de no discriminación. Una tercera manifestación de la igualdad horizontal -la igualdad retributiva por igual trabajo o por trabajo de igual valor-, será examinada en los restantes capítulos de esta investigación, como una expresión particular de la igualdad de trato.

4.1. La igualdad formal de los trabajadores (obreros/empleados) ante la ley.

A los dogmas del liberalismo clásico importaban la igualdad entre las partes del contrato y la igualdad entre quienes eran considerados ciudadanos. Por eso, a partir del momento en que a los trabajadores les fue reconocida la ciudadanía se plantea la igualdad de ellos “ante la ley”, dentro del ámbito laboral.

En los albores del Derecho del Trabajo los obreros eran considerados como sujetos exclusivos de éste. De hecho una de las denominaciones iniciales de esta disciplina - estrechamente vinculada a su origen clasista-, fue “Derecho obrero” (Scelle, 1922, pp. 2 y 3)

⁶⁶ La Carta colombiana consagra este derecho en su artículo 55. El Convenio 154 de la OIT (art. 2) señala el alcance de dicho derecho.

⁶⁷ Garantizada como derecho por la actual Constitución de Colombia en su artículo 56.

que restringía su campo de acción a los trabajadores manuales y excluía, no sólo a los trabajadores independientes, sino también a los empleados. Posteriormente unos y otros fueron incluidos en la cobertura del Derecho del Trabajo, pero diferenciándolos particularmente en materia prestacional.

En esta segunda etapa, el tema álgido fue establecer un criterio para diferenciar a los obreros de los empleados. Ludovico Barassi (1953) describió los distintos criterios al respecto, como por ejemplo tener en cuenta el carácter intelectual de la labor del empleado y manual de la del obrero; la periodicidad del pago (usualmente mensual para el empleado y por períodos más cortos para el obrero⁶⁸); la naturaleza de la labor o actividad, que encasillaría a la persona en una u otra modalidad; las labores eminentemente colaborativas, de índole superior o subalterno –aunque subordinadas- con la empresa (empleados), o las labores más materiales que no implicaran mayor uso del intelecto (obreros), etc. Concluía el tratadista italiano, luego de evidenciar las fallas de cada uno de los señalados criterios de clasificación, que en la práctica ésta obedecía más a la intuición que a una visión clara o sistemática, y que la falta de precisión conceptual llevaba a que el juez fuera quien, con base en su propia intuición, determinara en cada caso la ubicación de la persona en una u otra categoría. Barassi planteaba, basándose en la naturaleza de las tareas confiadas al trabajador, que los obreros se clasificaban en peones y obreros. Los primeros, a su vez, en comunes o especializados y los segundos en expertos y especializados. En el campo de los empleados, se hacía eco de la ley italiana de la época para señalar que, en primer plano, se encontraban los factores, los apoderados, los representantes, los directores técnicos y administrativos, etc.; en un segundo nivel, los viajantes de comercio, los directores o jefes de servicios especiales y los empleados superiores, y en un tercer grado, los empleados “de grado común” y los empleados subalternos. (1953, pp. 522 y ss.; 533 y ss.).

⁶⁸ Por ejemplo, al comienzo de la industrialización se pagaba a los obreros diariamente (Vial, 1976, p. 135)

Como es notorio, este binomio obrero/empleado, con todo y que alcanzó considerable grado de aceptación en los primeros decenios del siglo XX, acarreaba problemas prácticos y muchas dificultades jurídicas, como es fácil deducirlo de la antes citada clasificación propuesta por Barassi. De ahí que comenzara a abolirse en distintos países, para en su lugar considerar en una igual categoría, cobijada por el derecho del Trabajo, a todos los trabajadores subordinados, con independencia del carácter de su labor. Es decir, la ley comenzaba a reconocer igualdad horizontal a los trabajadores.

En Colombia, hasta 1945 rigió la diferenciación entre obreros y empleados. En efecto, hasta ese momento, los empleados y los obreros -clasificados así con base en la naturaleza material o manual de la labor de los primeros y el carácter eminentemente intelectual de la de los segundos-, eran objeto en Colombia de tratos diferenciados por la ley laboral, particularmente por ser sometidos a regímenes prestacionales distintos. Por ejemplo, la Ley 10 de 1934 (artículos 12 a 20) y su Decreto reglamentario 652 de 1935, señalaban las prestaciones para los empleados y regulaba otros aspectos contractuales para ellos (formalidades del contrato, vacaciones, auxilio por enfermedad, cesantía, jornada máxima de ocho horas, justas causas de despido, indemnización por despido, etc.), de las cuales estaban excluidos los obreros⁶⁹.

Es decir, la “igualdad ante la ley” señalada por la norma transcrita, tiene el alcance de igualdad bajo el puro concepto liberal: una igualdad formal de los trabajadores. La ley laboral

⁶⁹ La Ley 10 de 1934 en su art. 12 establecía que “*Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta Ley, toda persona que no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial (...)*”. El Decreto 652 del mismo año, reglamentario de la citada Ley, estableció claras diferencias entre el empleado y el obrero (artículos 1º y 2º): el empleado era aquel que “*sin ser obrero*” prestaba un servicio en entidades públicas o particulares por virtud de un contrato; a su vez, obrero era aquel que ejecutaba una labor material, que predominaba “*sobre las labores intelectuales*”. En su artículo 2º, el decreto 652 de 1935 indicaba tajantemente que las disposiciones de la Ley 10 de 1934, que él reglamentaba, no se extendían a los obreros.

imperar sobre todos los trabajadores que sean sus destinatarios, tendrán los derechos que les correspondan, pero en función de las diferencias que la misma ley establezca con referencia a su carácter de obreros o de empleados, y, con base en ellas, los jueces administrarán justicia por igual.

Pero a partir de la Ley 6ª de 1945, se elimina en Colombia la distinción entre empleados/obrerros y se uniforman ambas categorías: se consagra la igualdad de todos los trabajadores subordinados, sin distinguir entre obreros y empleados⁷⁰. Poco después, a partir de 1950, el Código Sustantivo del Trabajo descarta expresa y definitivamente aquella distinción y confiere la misma cobertura y protección a unos y otros, bajo el entendido de que todos son trabajadores y se encuentran en una situación esencialmente igual de subordinación jurídica con respecto a su empleador.

Decía el texto inicial del artículo 10 del Código:

Igualdad de los trabajadores. Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías, y en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la ley.

El objetivo de esta norma, entonces, fue erradicar la diferencia entre obreros y empleados, por razón del carácter intelectual o material de su labor, lo cual refleja tratamientos similares consagrados por otras codificaciones latinoamericanas⁷¹. Se reconoce, así, un trato

⁷⁰ “Artículo 1º. Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio (...). Sin embargo, el art. 8º del D. 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª, insistió en esta distinción al indicar: “Cuando en la ejecución de la obra o labor, o en la prestación del servicio, predomina el esfuerzo intelectual sobre el material, el trabajador asalariado toma el nombre de empleado y el de obrero en caso contrario”.

⁷¹ La Ley Federal del Trabajo de México establece en su artículo 8º: “Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica

igual “ante la ley” a todos los trabajadores, excluyendo expresamente la posibilidad de diferenciarlos por razón de su carácter de empleados o de obreros, pero reservando a la ley la facultad de establecer excepciones con otros motivos. Estas excepciones eran legítimas por el solo hecho de que el legislador las consagrara.

Ejemplos de tales excepciones a la igualdad de los trabajadores ante la ley, se encuentran en los trabajadores de dirección, confianza y manejo (art. 162) con respecto a los trabajadores operativos; en los trabajadores nacionales frente a los extranjeros (art. 74) —con la excepción de la igualdad retributiva, como se examinará en el capítulo 6—; en los tratamientos disímiles para ciertos tipos de trabajadores por la diferente naturaleza de su trabajo o condiciones de éste (trabajadores sujetos a temperaturas anormales, de la construcción, de empresas petroleras, de la zona bananera, del servicio doméstico; ferroviarios, mineros, aprendices, trabajadores a domicilio, agentes colocadores de pólizas de seguros, representantes, agentes viajeros y agentes vendedores; trabajadores de notarías públicas y de oficinas de registro de instrumentos públicos; profesores de establecimientos particulares de enseñanza, empleados públicos y trabajadores oficiales); en los diferentes tratos para menores de edad, etc. Otras diferencias se hallan en el diverso trato prestacional, por ejemplo en cuanto al derecho a prima de servicios, a los empleados domésticos⁷² y a otros trabajadores; en la obligatoriedad de ciertas prestaciones, en función del ánimo lucrativo o no del empleador; en la estabilidad reforzada para trabajadores con fuero sindical con respecto a quienes no lo poseen, o para la trabajadora en estado de gravidez, etc.

requerido por cada profesión u oficio”. Y el Código del Trabajo de Chile, en su artículo 3º, define al trabajador como “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”.

⁷² A partir de la Ley 1788 de 2016, que modifica el art. 306b del CST, los empleados del servicio doméstico tienen derecho a la prima de servicios, igual que otros trabajadores.

Para el establecimiento de estos tratos diferenciados y hasta la promulgación de la Constitución de 1991, el legislador colombiano tenía un margen relativamente amplio de configuración, pues, de un lado, la Carta anterior no consagraba claramente el principio de igualdad y no discriminación, y, de otro lado, porque –como se explicará en el capítulo sexto–, los tratados internacionales ratificados por Colombia –y entre ellos los más relevantes para esta materia, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio 100, relativo a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, y el Convenio 111, sobre discriminación en materia de empleo y ocupación–, a pesar de ratificarse no tenían para entonces, en la práctica, ningún efecto normativo dentro del ordenamiento jurídico. Con otras palabras: no existían prescripciones que obligaran al legislador a observar el principio de igualdad *en la ley*.

La Ley 1496 de 2011 (art. 2º) modificó el ya transcrito artículo 10 del CST, agregando, a la prohibición de hacer distinciones por el carácter material o intelectual de la labor del trabajador, la de hacerlas por razones de “*su forma o retribución, el género o sexo*”:

Igualdad de los trabajadores y las trabajadoras. Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley”.

En esencia, la modificación al texto originario de la norma consistió en agregar como motivos de trato diferente discriminatorio “*el género o el sexo*”. Sin embargo ello no significa que con esta adición se haya agotado la lista de motivos discriminatorios horizontales en materia laboral, pues la regla contenida en el art 10 del CST debe interpretarse a la luz del bloque de la constitucionalidad tanto *stricto* como *lato sensu* (que incluye no sólo el art. 13 superior sino también los convenios 100 y 111 de la OIT, los cuales prevén otros motivos adicionales).

En resumen, en las primeras normas laborales en Colombia, antes de 1950, la ley hacía una distinción entre empleados y obreros, para reconocerles tratamientos diferenciados; posteriormente, la Ley 6ª de 1945 y el CST establecieron como regla general la igualdad horizontal entre los trabajadores, eliminando la posibilidad de hacer distinciones en función de tener una u otra categoría. Sin embargo la ley, por si y ante si, podía instaurar tratos diferenciados sobre todo en materia prestacional. A partir de la Constitución de 1991, esta facultad de configuración legislativa se ve acotada por el principio constitucional de igualdad y no discriminación, que impone la igualdad *en la ley* y que implica la igualdad de trato para los trabajadores, o sea la igualdad por equiparación, la igualdad por diferenciación y la aplicación del principio de no discriminación.

Se examinará este tema a continuación.

4.2. La igualdad de los trabajadores “ante la ley” bajo la Constitución colombiana de 1991: igualdad de trato a los trabajadores, por virtud de la aplicación del principio constitucional de igualdad y no discriminación.

Como acaba de verse, la abolición del binomio obrero/empleador significó fusionar bajo un solo concepto –el de trabajador- a quienes, en esencia –sin distinciones por razón del tipo de labor desempeñada-, actuaban bajo subordinación. El siguiente avance hacia la igualdad horizontal, con estribo en el principio fundamental de igualdad y no discriminación, ha sido reconocer, a partir de la vigencia de la Carta de 1991, la “igualdad en la ley”, es decir, asegurar la igualdad de trato, más allá de la simple igualdad formal.

El trato igualitario no consiste en una igualdad matemática, a ultranza, sino -aplicando la fórmula aristotélica-, “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”. Y ello implica que, cuando se comparen dos seres o situaciones con base en uno o más *tertia comparationis*, el tratamiento deberá ser igual si las diferencias son irrelevantes, o desigual si ellas son

significativas (igualdad por equiparación y por diferenciación). Pero también entraña la aplicación del principio de no discriminación, que califica como irrelevantes ciertos motivos o razones que, de manera directa o indirecta, se utilicen para conferir tratamientos disímiles.

Como se anotó en el primer capítulo, la ley fue en los estados de derecho liberales el referente máximo del ordenamiento jurídico estatal. El órgano legislativo poseía una amplísima capacidad de configuración para establecer diferencias de trato, sin estar supeditado a otros valores diferentes a la voluntad general, que se suponía era producida por la confluencia de voluntades dentro de ese órgano. Los regímenes totalitarios europeos, surgidos previamente a la Segunda Guerra mundial, mostraron los oprobios que podían producirse cuando la ley no estaba sometida en su producción a valores superiores, sino a la simple convergencia de intereses presentes en el órgano legislativo, que no siempre respetaban la dignidad humana. El derecho se confundió entonces con la ley, por lo que fue necesario someter el contenido de las normas legales a un referente superior, compuesto por valores y principios: la Constitución. Los derechos fundamentales, así, pasaron de ser frenos al poder estatal sobre los particulares, configurados por la ley, a ser bastiones contra su accionar, pero inspirados en tales valores y principios. De esta manera, el legislador en su actuación procedimental y material debía estar sujeto a esos principios y valores. Coetáneamente, surgen los tribunales constitucionales, encargados del control de constitucionalidad, cuya legitimidad estriba, no ya en un origen democrático –como el Parlamento–, sino en la racionalidad de sus decisiones. Es el Estado Constitucional de derecho, donde la Carta Fundamental no es una simple declaración retórica, sino que tiene fuerza vinculante y condiciona la ley.

Es aquí cuando la “igualdad ante la ley”, lejos de quedar relegada a su significado liberal originario, adquiere otro alcance: “la igualdad *en* la ley”. A continuación se examinará el significado de esta expresión bajo los estados sociales de derecho, así como su repercusión en

las relaciones entre empleador y trabajador (eficacia horizontal del principio de igualdad y no discriminación).

4.2.1. La igualdad *en la Ley*.

“Igualdad en la ley” significa que el principio de igualdad y no discriminación - consagrado en las constituciones de muchos países, entre ellos Colombia (art. 13 superior)-, se impone al legislativo en la producción de la ley, lo cual acarrea que el Parlamento no posea libertad irrestricta de configuración a la hora de establecer diferencias de trato, ya que ellas deberán estar acordes con dicho principio. Ello implica que la configuración por el legislador de los supuestos de hecho en las normas jurídicas debe lograrse con observancia de tal principio, con el fin de dar trato igual a quienes, desde puntos de vista legítimos, se encuentren en la misma situación, es decir, a no reconocer trascendencia jurídica a desemejanzas irrelevantes o proscritas constitucionalmente (sexo, raza, origen social, religión, opinión política, edad, convicciones religiosas, preferencias sexuales, discapacidades, etc.). Pero también, de otro lado, a reconocer tratos dispares con fundamento en elementos diferenciadores jurídicamente relevantes o legítimos. No tiene ya el legislador, entonces, la misma libertad de configuración que poseía bajo el paradigma liberal clásico para establecer tratamientos igualitarios y diferenciadores.

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, el legislador está compelido a actuar cumpliendo el principio de igualdad *en la ley*. Y ello trae como consecuencia que, cuando la ley establezca para los trabajadores tratos diferentes, ella podrá ser sometida al escrutinio del juez constitucional, para verificar si esos tratos “en la ley” se avienen con el principio de igualdad y no discriminación.

Esa es la razón por la que varios de los tratamientos legales hacia los trabajadores, han sido retirados del ordenamiento o declarados condicionadamente exequibles por la Corte Constitucional.

Ejemplos de normas legales que han sido declaradas inconstitucionales por tal causa, son la que reconocía tratos diferentes a los trabajadores nacionales y a los extranjeros en materia de libertad sindical, a tenor de los artículos 384, 388 y 422 CST⁷³; o la que solamente reconocía cesantía restringida a los empleados del servicio doméstico con respecto a otros trabajadores, según el art. 252-2 CST⁷⁴; o la que negaba la prima legal de servicios para los trabajadores que no hubiesen trabajado por lo menos la mitad del semestre respectivo –art. 306-1, lit. a y b-⁷⁵, o para quienes trabajaren en empresas con carácter no permanente –art. 306-1, CST⁷⁶, o hubiesen sido despedidos con justa causa –art. 306, lit. a y b, CST-⁷⁷, a los accidentales o transitorios –art. 306-1, CST-⁷⁸; o la que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres trabajadoras en empresas industriales -numeral 1º del artículo 242 del CST, modificado por el artículo 9º del Decreto 13 de 1.967⁷⁹; o impedía el trabajo de ellas en las minas y en labores peligrosas, que imponía el art. 242 del CST, modificado por el art. 9º del D. 013 de 1967⁸⁰; o la que exigía al trabajador, como condición para disfrutar de la licencia de paternidad, cien

⁷³ Sentencia C-385/00.

⁷⁴ Sentencia C-310/07.

⁷⁵ Sentencia C-042/03.

⁷⁶ Sentencia C-100/05.

⁷⁷ Sentencia C-034/03.

⁷⁸ Sentencia C-825/06.

⁷⁹ Sentencia C-622/97.

⁸⁰ Sentencia C-586/2016.

semanas de cotización, mientras a la madre trabajadora se le exige solamente haber cotizado durante todo el período de gestación (Ley 755 de 2002)⁸¹; etc.

Deben destacarse también otras decisiones del alto tribunal constitucional colombiano, que declara condicionadamente exequibles normas legales que consagraban tratos discriminatorios contra las mujeres trabajadoras gestantes, tanto del sector particular como del público (art. 239 CST, modificado por el art. 35 de la Ley 50 de 1990), al señalar que su despido durante el período de gestación o el de lactancia, carece de todo efecto si no es precedido de autorización del inspector de trabajo⁸². En igual sentido, la decisión relativa al inciso 2º del art. 26 de la Ley 361 de 1997, sobre el despido de personas con limitaciones⁸³.

También la Corte Constitucional ha encontrado que ciertos tratos dispuestos por la ley se acogen al principio de igualdad y no discriminación, como por ejemplo su decisión de declarar constitucional la diferencia de edades de pensión para mujeres y hombres⁸⁴, o su decisión de exequibilidad de la Ley Estatutaria 581 de 2000, que dispuso una discriminación positiva a favor de las mujeres, al imponer para éstas una participación (cuota) mínima del 30% en los cargos decisorios de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal⁸⁵.

4.2.2. El deber de los empleadores de observar el principio constitucional de igualdad y no discriminación en la relación laboral (eficacia horizontal del principio).

⁸¹ Sentencia C-663/09

⁸² Sentencia C-470/97.

⁸³ Sentencia C-531/2000.

⁸⁴ Sentencia C-410/1994.

⁸⁵ Sentencia C-371/2000.

En principio, el primer obligado a respetar los derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales, es el Estado. Sin embargo, esa posición pasiva bien puede residir en un particular, si el contenido del derecho o de la norma que lo consagra reclama construir así su ámbito subjetivo. (Cifuentes, 1998, p. 20).

Seguidamente se examinarán tres aspectos cruciales en torno a la aplicación horizontal del principio de igualdad y no discriminación en el trabajo: la prohibición a los empleadores de discriminar en ese ámbito, los tratos diferentes admisibles en el trabajo y el mecanismo de amparo jurídico contra los actos discriminatorios que en él se presenten, es decir, la vía judicial para asegurar la eficacia horizontal del principio de igualdad.

4.2.2.1. La prohibición de discriminar en el trabajo.

La conducta contraria a la igualdad de trato es el proceder discriminatorio, es decir, el trato diferente basado en motivos de valoración (*tertia comparationis*) ilegítimos o irrelevantes. Es decir, toda diferencia de trato que no sea justificada es discriminatoria. Hay consenso universal sobre que la discriminación en el trabajo es una violación de un derecho humano, que además acarrea un desperdicio del talento y efectos negativos en la productividad y en el crecimiento económico (OIT, 2007, p. 7). Distintas normativas internacionales y muchas nacionales establecen la proscripción de las conductas discriminatorias. En las siguientes líneas se describirán algunas de ellas.

4.2.2.1.1. Las normas internacionales anti-discriminatorias en el trabajo.

En el artículo 13 de la Constitución colombiana se halla el principio general de igualdad y no discriminación. Pero en materia laboral, las normas sustantivas sobre discriminación las encontramos —con eje en el art. 13 mencionado—, sobre todo en el convenio 111 de la OIT,

relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación⁸⁶. Este convenio está ratificado y promulgado por el estado colombiano⁸⁷ y por tanto es norma principal y obligatoria en el ordenamiento jurídico interno, según se deriva de los artículos 53 y 93 de la Carta y de la sentencia C-401 de 2005 de la Corte Constitucional. A su vez hace parte de los denominados “convenios fundamentales” de la OIT, pues está directamente vinculado con la Declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, de tal organización.

El convenio 111 afirma en su artículo 1º, numeral 1:

“(...) 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 por efecto 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 representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

En la anterior definición encontramos tres elementos (OIT, 1996, p. 12):

- Un elemento de hecho: la existencia de una distinción, exclusión o preferencia, originada en un acto o en una omisión, las cuales constituyen la diferencia de trato.
- Un motivo determinante de la diferencia de trato, que puede ser alguno de los “tradicionales”, como raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u

⁸⁶ Así como en materia de igualdad entre hombres y mujeres, la norma constitucional pertinente es el art. 43 de la CP, en el específico campo retributivo la norma que viene a propósito es el Convenio 100 de la OIT, también ratificado por Colombia.

⁸⁷ Ratificado el 4 de marzo de 1969 y promulgado el 1º de julio de 1997.

origen social, o cualquier otro motivo discriminatorio diferente a los enunciados. Estos últimos pueden hallarse expresados en otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, que consideran asimismo el idioma, la posición económica y el nacimiento. En estudios recientes, la OIT acoge también los tratos diferentes fundados en el hecho de padecer o aparentar padecer VIH/SIDA, estar en uno de los dos extremos del espectro de edad, ser fumador, tener aspecto o ser percibido como homosexual, ser disminuido físico o discapacitado, tener exceso de peso, etc. (OIT, 2007, pp. 42 y ss.; OIT, 2011, pp. 21 y ss.).

El convenio 111 describe los motivos de discriminación en el empleo u ocupación, que a veces se aducen tanto en el derecho como en la práctica, y que se traducen en discriminaciones directas o activas (distinciones que expresamente se hacen por motivos prohibidos), o indirectas (situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras, pero que en la realidad producen desigualdades, con respecto a personas que tienen determinadas características)⁸⁸.

- Un resultado objetivo de tal diferencia de trato: la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación. Este resultado –efecto adverso–, puede

⁸⁸ La Comisión de Expertos de la OIT, en el Informe III (Parte 4 B), rendido a la 83ª Conferencia Internacional del Trabajo (1996), ha propuesto la adopción de un Protocolo para ampliar la protección que establece el Convenio 111. Dado “*el carácter evolutivo de la discriminación*”. En dicho protocolo, que sería ratificable por los estados miembros, se incluirían criterios adicionales a los señalados por el artículo 1º del Convenio, tales como (OIT, 1996) “*afiliación sindical, condición matrimonial, edad, estado de salud, idioma, inclinaciones sexuales, invalidez, nacionalidad, posición económica y responsabilidades familiares*” (pp. 134 y 135). A su vez, en su Informe para la Conferencia de 2007 (OIT, 2007), el Director de la OIT indicó que en los últimos años han surgido, especialmente en el mundo industrializado, ciertas prácticas que pueden conducir al trato desfavorable hacia determinadas personas, basado en que el empleador advierte en ellas predisposiciones genéticas, o en que tienen un determinado estilo de vida, en particular si llevan o no una “vida saludable” (ser fumador, sufrir de hipertensión arterial, etc.). (pp. 53-56).

ser o no intencional por parte de quien excluye o diferencia, pues muchas veces los tratos discriminatorios son inconscientes y enraizados en prejuicios o estereotipos culturales o sociales dominantes.

El convenio señala también las situaciones específicas en las cuales la discriminación está prohibida: i) en los procesos de admisión o selección para un empleo u ocupación; ii) en los procesos de acceso a programas de formación profesional; iii) en las condiciones de trabajo (artículo 1-3). Estos aspectos son ampliados en la Recomendación 111, que complementa el convenio, así: i) en el *“acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación”*; ii) en el *“acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo”*; iii) en el *“ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona”*; iv) en la seguridad en el empleo; v) en la *“remuneración por un trabajo de igual valor”*; vi) en las condiciones de trabajo, entre ellas los horarios de trabajo, *“períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo”*.

Teniendo en cuenta los criterios anteriores, los empleadores no deberán discriminar, ni tolerar discriminaciones, en los procesos de selección, *“al contratar, al formar, al ascender o conservar en el empleo a una persona, o al fijar sus condiciones de trabajo”* (OIT, 1996, p. 25).

Otras normas internacionales también se refieren a la igualdad horizontal o de trato entre los trabajadores, teniendo en cuenta que aquellas que han sido ratificadas por el estado colombiano hacen parte de su orden jurídico interno (se omite deliberadamente en esta lista el Convenio 100 de la OIT, que habla de la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, al cual se aludirá sobre todo en los capítulos quinto y sexto):

- El convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (número 156) de la OIT. Este instrumento – no ratificado aún por Colombia-, protege a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia sus hijos, o hacia *“otros miembros de su familia directa, que de manera evidente necesiten de su cuidado y sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica, o de ingresar, participar y progresar en ella”*. Cada estado miembro de la OIT que ratifique este convenio deberá incluir dentro de sus políticas el permitir que las personas con responsabilidades familiares, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, puedan ejercerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Este instrumento internacional es vinculante para Colombia, por efecto de su ratificación (19 de enero de 1982). En su artículo 11 se exige a los estados adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el trabajo, asegurarles los mismos derechos que a los hombres, incluyendo *“las mismas oportunidades de empleo”*, así como *“la aplicación de los mismos criterios de selección”*, derecho a ser ascendidas, a su estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y a otras condiciones de servicio, *“al acceso a la formación profesional, al readiestramiento”*, a la seguridad social y a la salud, entre otros. Los estados obligados por la Convención se obligan a prohibir el despido de la trabajadora por motivos de embarazo, licencia de maternidad o estado civil, a implantar la licencia de maternidad remunerada, sin pérdida del empleo, de la antigüedad o de beneficios sociales, etc.

- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificada por Colombia el 10 de mayo de 2011). Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, y promoverán el ejercicio

del derecho al trabajo adoptando medidas para prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto al empleo, en las condiciones de selección, contratación, continuidad en el empleo, y promoción profesional, así como unas condiciones de trabajo seguras y saludables; *“igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor; condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos”*; ejercicio de sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás personas; *“acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua”*; ajustes razonables para *“las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”*, entre otras.

4.2.2.1.2. Las formas de discriminación en el trabajo.

La discriminación en general –y en el trabajo en particular-, puede revestir diversas formas. De las normativas internacionales antes señaladas y de las diferentes legislaciones nacionales que se ocupan del tema, puede concluirse que existen al menos cinco modalidades de discriminación.

- i) La discriminación directa, que consiste en dar un trato diferente por causa -expresa o encubierta-, en un motivo ilegítimo (sexo –inclusive la maternidad o el estado de embarazo-, origen social, color, creencias religiosas o políticas, preferencias sexuales, discapacidad, edad, etc.).
- ii) La discriminación indirecta, que radica en dar un trato peyorativo a una persona o colectivo de personas, por medio de una medida, norma, acuerdo colectivo, o política, de aspecto neutro, pero que produce de hecho, intencionadamente o no, un efecto adverso segregador.

Ya se ha hecho referencia *supra* a estas dos primeras formas de discriminación y se aludirá de nuevo a ellas en los siguientes capítulos.

- iii) El acoso, que consiste en toda conducta no aceptada, que busque como fin o tenga como efecto agredir la dignidad de las personas para intimidarlas, infundirles angustia, etc., motivada en su religión, su edad, su raza o etnia, sus opiniones políticas, su discapacidad, o su preferencia sexual⁸⁹.
- iv) El acoso sexual, que consiste en un comportamiento no deseado o no aceptado de naturaleza sexual (incluyendo actos sexuales no deseados o requerimientos de practicarlos, contactos físicos o comentarios de esa naturaleza, etc.), que tenga el mismo propósito o efecto señalados en la modalidad anterior⁹⁰.
- v) En los últimos años ha cobrado importancia una especie de discriminación que se configura o tipifica aunque el trato discriminatorio no se concrete en un acto o efecto adverso: la orden o instrucción de discriminar. Ocurre cuando una persona dentro de una organización, o cuando una organización, ordenan o instruyen a otra persona u organización, en el sentido de discriminar a personas o a determinados

⁸⁹La Ley colombiana 1010 de 2006, define el acoso como *“toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”*.

⁹⁰Por ejemplo, la Directiva 2006/54/CE, art. 1-d), describe el acoso sexual como *“la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*.

colectivos⁹¹. La normativa comunitaria europea⁹², así como España⁹³ y en Alemania⁹⁴, por ejemplo, entre otros países, se han expedido normas que califican como discriminación la sola orden o instrucción de discriminar.

4.2.2.2. El amparo jurídico para exigir protección directa frente a los actos atentatorios de los empleadores contra la igualdad horizontal de los trabajadores.

La tradicional concepción de los derechos fundamentales en la doctrina iuspublicista ha sostenido que éstos son derechos subjetivos oponibles exclusivamente frente a los poderes públicos⁹⁵. Según este enfoque, sólo existe una eficacia -llamada vertical-, de los derechos

⁹¹ El TJCE ha señalado, por ejemplo, que *“el solo hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), 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”*. Argumenta que *“declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y por tanto dificultar su acceso al mercado de trabajo. Por tanto, “las declaraciones públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria”*. Finaliza diciendo que *“[i]ncumbe en tal caso a ese empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Puede hacerlo demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones”*. Sentencia del 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, caso Feryn (CVRIA, 2007).

⁹² Directiva 2000/78/CE, art. 2-4: *“Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1”*.

⁹³ La Ley 62 de 2003 (art. 28 # 2) dispone: *“[c]ualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación”*.

⁹⁴ La Ley General de Igualdad de Trato, del 18 de agosto de 2006, dispone en su art. 3º: *“Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos contemplados en el Artículo 1 se considerará discriminación. Existirá tal orden a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2, apartado (1), números 1 a 4 particularmente cuando una persona ordene a otra que se comporte de tal forma que discrimine o pueda discriminar a un trabajador o trabajadora por alguno de los motivos previstos en el Artículo 1”*. (Amelung et al, 2011, p. 398).

⁹⁵ Por ejemplo, Georg Jellinek (1970, pp. 387 y ss.)

fundamentales, concebida como una defensa frente a las vulneraciones al deber –propio del estado liberal de derecho-, de abstenerse de injerir en la esfera jurídica particular.

Pero con el surgimiento de los estados sociales y democráticos de derecho, los derechos fundamentales no son solamente prerrogativas y defensas de los particulares ante el desborde de la acción estatal, sino que también ostentan una dimensión objetiva como principios y valores que informan todo el ordenamiento jurídico (Anzures, 2010, p. 12). Como señala Da Silva (2016), las doctrinas que defienden la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tratan de resolver la tensión entre éstos y la autonomía privada, reconociendo a los primeros eficacia en relaciones jurídicas donde el estado no participa. En la actualidad puede afirmarse –siguiendo al autor brasileño-, que si bien hay consenso en cuanto a que los derechos fundamentales poseen eficacia en el tráfico jurídico privado, la discusión se centra en cuanto a la forma en que esos derechos han de hacerse efectivos (p. 174). Con otras palabras, el problema hoy no es si los derechos fundamentales producen efectos en las relaciones entre particulares, sino cómo esos efectos se producen⁹⁶. En este orden de cosas, se plantean, desde mediados de la pasada centuria, varias doctrinas sobre la eficacia de tales derechos también

⁹⁶ El tema está estrechamente vinculado con el de la llamada justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. No se albergan dudas acerca de que los llamados derechos fundamentales de primera generación (vinculados primordialmente con la libertad), generen para el estado obligaciones de abstención o negativas y derechos subjetivos a exigirlos. El debate se encuadra en la posibilidad de que los derechos sociales fundamentales debate está en si los derechos sociales fundamentales pueden o no dar lugar a prestaciones, que se correlacionan con derechos subjetivos a exigir acciones positivas del estado. Es célebre la tesis de Böckenförde (citado por Arango, 2001, p. 187), en el sentido de que ellos no pueden sustentar pretensiones jurídicas concretas. Alexy (2007), quien defiende la existencia de esos derechos, también los llama “derechos prestaciones en sentido estricto” y los divide en los que están explícitamente estatuidos y los que adscritos interpretativamente (pp. 443 y ss.). Para un interesante descripción de las condiciones formales y materiales de los derechos sociales fundamentales, ver Arango, R. (2001).

frente a los particulares (eficacia horizontal), bien de forma mediata (indirecta) o bien de manera inmediata (directa). (Engle, 2009, pp. 165 y 166)⁹⁷.

Fue así como⁹⁸, con claro liderazgo de Günter Düring, se desarrolla la teoría de la eficacia horizontal *mediata* (indirecta) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (conocida en la doctrina alemana como *mittelbare drittwirkung*). El eje de la teoría se ubica en la autonomía de la voluntad, como valor constitucionalmente protegido y motor del tráfico jurídico y del derecho privado en general. Hay –según esta teoría-, una posición de libertad de los particulares frente a los derechos fundamentales, que supondría, por ejemplo, la libertad de tratar desigualmente dentro de las relaciones particulares. Sin embargo, la Constitución no queda totalmente marginada porque, según algunos defensores de la teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales, la influencia constitucional tiene efecto con base en los valores que están detrás de esos derechos⁹⁹. Son esos valores fundamentales –y no los derechos de ese cuño-, los que han de encontrar expresión en el derecho privado¹⁰⁰. Para

⁹⁷ Según Engle, el efecto vertical de los derechos fundamentales es el que se presenta entre el Estado y los particulares, consistente en la utilización de tales derechos en su defensa contra el primero. A su vez, el efecto horizontal es de dos tipos: directo e indirecto.

⁹⁸ En la descripción de las distintas teorías que a continuación se exponen se sigue a Naranjo (2000, pp. 163 y ss.), salvo las citas específicas que se hagan a otros autores.

⁹⁹ A mediados del siglo XX el Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 7, 198 – Lüth, 1958) adhirió a esta doctrina, de indudable inspiración en Smend. En su sentencia –que decidió una acción judicial relativa a la libertad fundamental de expresión, en contra de una organización particular-, el mencionado tribunal no afirma que exista un derecho fundamental de aplicación inmediata (libertad de expresión en el caso dilucidado por el Tribunal), sino que el artículo 826 del Código Civil alemán ha de interpretarse de manera diferente, en función del “*sistema objetivo de valores*” que representa la Constitución. Ese sistema debe ser guía e inspiración de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, de forma que las provisiones que ellos adopten no deberán contradecirlo y deberán interpretarse según su espíritu. De esta manera, “*el derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión*” (Bryde, 2007, pp. 195-198 y Schwabe, 2009, pp. 202-207).

¹⁰⁰ Si bien algunos doctrinantes afiliados a esta postura, como Bydlinsky –quien señala la necesidad de cierta protección del núcleo duro o esencial del derecho fundamental, que quedaría exento de intervenciones de la

ello, corresponderá a éste, mediante sus propias normas, concretar el alcance y medios para articular la protección derivada de tales valores superiores. Es deber del estado, entonces, por medio del legislativo, trasladar el contenido de los mencionados valores constitucionales a las normas de derecho privado¹⁰¹.

Alternativamente, se ha planteado también por la doctrina germana, una variante de la teoría de la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales en el tráfico privado, no ya de forma directa, sino a través de los poderes públicos (eficacia indirecta). Consiste en imputar a éstos el perjuicio sufrido sobre los derechos fundamentales por la acción de los particulares. Según J. Schwabe –citado por Naranjo-, toda intromisión de los particulares sobre los derechos fundamentales es atribuible al ordenamiento jurídico estatal, que de manera abstracta la propicia mediante la ley, o de forma concreta mediante las decisiones judiciales o administrativas. Al igual que la teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales – brevemente expuesta antes-, esta también sostiene la inoponibilidad de los derechos públicos subjetivos directamente ante terceros particulares y sólo admite su eficacia ante el estado.

Por último, surge la teoría de la eficacia *inmediata* o directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (*unmittelbare Drittwirkung*), según la cual aquellos son

libertad contractual-, o como Geiger -que propende por exonerar ciertos bienes jurídicos o valores (vida, salud, humanidad, honor, libertad...), que no pueden ser objeto de disposición-, matizan la prevalencia de la voluntad contractual. (Naranjo de la Cruz, 2000, p. 174).

¹⁰¹ Según la doctrina de la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales, el legislativo modulará la relación particular mediante la ley, es decir, mediante el derecho objetivo. Se parte de la base de que el Legislador es más adecuado para valorar en qué medida deben afectarse las relaciones privadas por influencia de los preceptos iusfundamentales, obviamente limitando su libertad de configuración por tales preceptos. Por su parte, el órgano judicial tomará en cuenta el derecho fundamental como expresión de valores del ordenamiento, que tiene influencia a la hora de interpretar y aplicar el derecho privado. A diferencia de la mediación del Legislativo –que desempeña un papel creador y constitutivo-, la del judicial se traduce en una expresión declarativa de derechos. (Quadra-Salcedo, 1981, pp. 51 a 55).

exigibles directamente entre éstos, sin necesidad de intermediación estatal. Planteada por H. C. Nipperdey, quien fuera presidente del Tribunal Federal del Trabajo alemán, tiene hoy aceptación por varios tribunales constitucionales. Este profesor de la Universidad de Colonia señala (citado por Alexy, 2007, p. 470) que esta eficacia jurídica *“es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes (...) o crea otras nuevas, sean estas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación”*. No se trata, agrega Alexy (2007), de entender que haya equivalencia entre el efecto directo de los derechos fundamentales frente a terceros y su efecto frente al Estado, pues en este último caso el alcance del derecho es más amplio (p. 477).

No debe olvidarse que la asunción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos únicamente exigibles ante el estado, obedece a ciertos contextos históricos y políticos, muchos de los cuales hoy no tienen vigencia. Según Naranjo (2000), antes de la aparición de los derechos públicos subjetivos, los que hoy se conocen como derechos fundamentales eran considerados como principios del ordenamiento jurídico en general, más que como defensas exclusivas frente al Estado. Tampoco antes se reconocía a la Constitución la virtud de irradiación normativa que hoy se le reconoce en muchos sistemas jurídicos, con lo cual desplaza a la propia ley del papel preponderante entre las fuentes de derecho. Pero, además, tampoco debe olvidarse que la igualdad jurídica entre particulares fue una utopía liberal, formal y ficticia, que se desmiente por la realidad actual, donde se constata el surgimiento de nuevos centros de poder diferentes al estado mismo, que pueden lesionar los derechos fundamentales de las personas. Tal es el caso de ciertos particulares que detentan considerable poderío económico e incluso político (grandes empresas industriales, comerciales y financieras, transnacionales, *trusts*, sindicatos y asociaciones profesionales). Las consecuencias inmediatas son, de un lado, que el principio clásico de autonomía de la voluntad se quiebra, para dar paso frecuentemente a la asimetría de hecho entre las partes en las

relaciones contractuales o extracontractuales y, de otro lado, que en el Estado social de derecho deben existir medios para enfrentar los abusos que, en el terreno de los derechos fundamentales, puedan propiciar unos particulares contra otros (pp. 190 y ss.).

En síntesis, si lo que se pretende es preservar la dignidad, la igualdad y la libertad, no hay motivo hoy en día para seguir sosteniendo que el único sujeto capaz de lesionarlas es el estado y desconocer a los particulares como sujetos que pueden también agraviarlas. (Naranjo, 2000, p. 197).

Es por lo dicho que el empleador está en la obligación de observar el principio constitucional de igualdad y no discriminación en la relación laboral (como también lo está con respecto a otros principios de rango superior, como por ejemplo a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, de cultos o de expresión, al derecho a la honra, etc.). Ello supone –como explican Palomeque y Álvarez (2012)-, reconocer la igualdad de trato hacia los trabajadores, es decir, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, lo que significa que el empleador está limitado por dicho principio superior en cuanto al momento (selección, ejecución del contrato de trabajo...), al alcance (segregaciones directas o indirectas), a su sentido u orientación, a las materias o ámbitos institucionales y a las condiciones de trabajo (p. 128). En pocas palabras, el empleador tiene el deber de no discriminar, a su trabajadores, lo que debe llevarlo, en palabras de Plá Rodríguez (1998) “*a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto. Y sin una razón válida ni legítima*” (p. 414).

En Colombia existe una aplicación directa de la Constitución para el caso de vulneraciones a los derechos fundamentales por los particulares, que tiene por efecto modificar la relación jurídica contractual pactada por las partes, para compatibilizarla con los principios superiores, lo cual crea verdaderos derechos subjetivos de naturaleza iusfundamental.

En efecto, dado que las conductas atentatorias contra la igualdad horizontal o de trato en materias laborales constituyen transgresiones al principio de igualdad y no discriminación -y, por tanto violaciones a un principio iusfundamental-, el artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela, un procedimiento surtido ante la jurisdicción constitucional, que en su primer inciso preceptúa:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Como fluye claramente del tenor de la disposición transcrita, la acción de tutela procede primordialmente contra las autoridades públicas. Sin embargo, más adelante la norma faculta a la ley para establecer *“los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”*¹⁰². Es decir, la acción de tutela procede contra particulares en las tres situaciones antes descritas, la última de las cuales (subordinación) está referida

¹⁰² Con todo, la Corte Constitucional ha interpretado con amplitud lo previsto por el artículo 86 superior, al afirmar *“... sería errado sostener que como el artículo 86 constitucional señala que la acción de tutela procede contra los particulares que prestan un servicio público, aquellos que con su conducta afecten de manera grave y directa el interés colectivo o en los supuestos de subordinación o de indefensión, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares queda limitada a esos eventos. Por el contrario, debido precisamente al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano y a su efecto de irradiación se puede sostener que el influjo de éstos cubre todas las relaciones jurídicas particulares, las cuales se deben ajustar al ‘orden objetivo de valores’ establecido por la Carta política de 1991. Cosa distinta es que la acción de tutela, como mecanismo idóneo de protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares sólo proceda prima facie en los supuestos contemplados por el artículo 86 constitucional”* (T-632/2007).

específicamente a los ámbitos laborales¹⁰³. Al respecto, el Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, señala en su artículo 42 que dicho mecanismo procede contra un particular *“siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”*.

Por ello, para la Corte Constitucional, la subordinación es *“una relación de índole jurídica, en la que una persona depende de otra”*, mientras que *“la indefensión comporta una dependencia, pero originada en circunstancias de hecho, donde la persona ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones”* de que viene siendo objeto *“por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales”*, o cuando *“los medios y elementos con que cuenta resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental, razón por la cual se encuentra inerme o desamparada”*¹⁰⁴.

Adicionalmente, el alto tribunal constitucional ha considerado que la relación de subordinación ha de considerarse existente, aun cuando el vínculo laboral haya concluido al momento de instaurar la acción de tutela¹⁰⁵. Esta regla la ha aplicado para el caso de pensionados a quienes el empleador obligado a cancelarles la mesada, les incumple su pago

¹⁰³ Si bien la Corte Constitucional colombiana también ha extendido la noción de “subordinación” a los casos de los hijos menores o incapaces con respecto a sus padres (por ejemplo, sentencias T-290/1993, T-293/1994, T-083/2010, T-657/2012, T-171/2013, entre otras), y a los casos de los habitantes de conjuntos residenciales con respecto a las juntas administradoras o asambleas de propietarios (sentencias T-233/1994, T-555/2003, T-1149/2004, entre otras.)

¹⁰⁴ Sentencias T-1040/06, T-798/07, T-552/08, T-634/13, entre otras.

¹⁰⁵ Sentencias T-231/10, 516/11, T-271/12, T-276/14, entre otras

periódico, cuando este derecho está en conexidad con el derecho fundamental al mínimo vital¹⁰⁶.

La procedencia de esta acción en materias laborales está sometida, según ese alto tribunal, a las siguientes condiciones:

- Que la cuestión debatida tenga naturaleza constitucional. La *“definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes, o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional”*¹⁰⁷.

- Que la cuestión constitucional aparezca probada. Es decir, que *“no sea necesario un análisis legal, reglamentario o convencional detallado y dispendioso, o un ejercicio probatorio de tal magnitud que supere las capacidades y poderes del juez constitucional”*¹⁰⁸.

- Es *“indispensable que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger integralmente los derechos fundamentales vulnerados o amenazados o que, en la práctica, no resulte idóneo para evitar la ocurrencia de un daño iusfundamental de carácter irremediable”*¹⁰⁹.

Por vía de la acción de tutela y con base en la cláusula fundamental de igualdad y no discriminación, los jueces efectúan permanentemente el control de las diferenciaciones que de hecho realizan los sujetos que ostentan poder social, tales como los empleadores públicos o

¹⁰⁶ Sentencia T-583/11.

¹⁰⁷ Sentencias SU-519/97, SU-547/97.

¹⁰⁸ Sentencias T-638/96, T-079/95, T-373/98.

¹⁰⁹ Sentencia SU-667/98.

privados, con el fin de asegurar la igualdad de trato. Algunos ejemplos aleatoriamente elegidos son los siguientes:

- Discriminación por razón del sexo. Diferenciaciones por razones de sexo para surtir cargos, serán válidas únicamente cuando se han identificado las actividades profesionales cuyo ejercicio hace del sexo una condición determinante¹¹⁰.

- Igualdad de oportunidades. La asignación de horas extras no puede utilizarse con fines discriminatorios (caso de un trabajador sindicalizado, a quien su empleador no le tenía en cuenta para laborar tiempo suplementario)¹¹¹. En otro caso, la Corte ordena a una empresa de transportes brindar igualdad de oportunidades a un conductor, a quien no se le estaban adjudicando ciertas rutas, mientras a otros conductores se les asignaban, sin que existieran razones objetivas para ese trato diferente¹¹².

- Concursos de mérito. La circunstancia de que una persona ocupe el primer puesto en un concurso de méritos para un cargo de la administración y a pesar de ello no se le designe para ocuparlo *“es factor suficiente para presumir un trato diferente, discriminatorio, en contra de la persona afectada por la medida”*. Si no se demuestra que ese trato diferente es objetiva y razonablemente justificado, *“la respectiva actuación deberá ser declarada violatoria del principio de igualdad”*¹¹³.

- El despido de un trabajador portador de VIH-sida es ineficaz, si dicha condición es la causa del despido. Considerar que tal desvinculación es válida equivaldría a avalar

¹¹⁰ Sentencia T-026/96.

¹¹¹ Sentencia T-230/94.

¹¹² Sentencias T-230/94, T-079/95, T-677/01, entre otras.

¹¹³ Sentencia T-422/92.

transgresiones a los derechos a la dignidad humana y a la igualdad¹¹⁴. Este principio, tiene aplicación no sólo respecto a contratos de trabajo a término indefinido, sino también en aquellos casos en que los contratos son de duración específica¹¹⁵.

- Igualdad promocional. El Estado social de derecho debe abstenerse de tratos discriminatorios hacia grupos tradicionalmente discriminados o marginados (en este caso, un grupo de recicladores afectado en su trabajo y sus condiciones de igualdad por el cierre del relleno sanitario municipal), cuando con ello se agrave o perpetúe su situación de exclusión. El Estado también debe cumplir el mandato de intervención, que lo obliga a emprender acciones orientadas a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos. La Administración debe actuar con criterio de proporcionalidad, y adoptando medidas encaminadas a contrarrestar el efecto adverso de las medidas¹¹⁶.

- Retén social. Las demandantes cumplían los requisitos exigidos para ser incluidas en la categoría de prepensionadas del “retén social” y la negativa de la entidad demandada a reconocerles dicho *status* vulneró su derecho a la igualdad (T-1166/2008).

- Discriminaciones en reglamentos y políticas empresariales. La autonomía que poseen las empresas privadas para configurar su actividad, no escapa al deber de observar una adecuada razonabilidad constitucional. Los reglamentos de las empresas deben observar los preceptos constitucionales. Se trató de un conductor de vehículo, no asociado a la cooperativa demandada, a quien se le impidió conducir éste por superar la edad estipulada en el reglamento de la cooperativa. Discriminación por razones de edad (T-394/1999).

¹¹⁴ Sentencia SU-256/96.

¹¹⁵ Sentencia T-238/08.

¹¹⁶ Sentencias T-724/03, T-291/09,.

- Discriminación hacia trabajadores sindicalizados. Cuando se comprueba que un trabajador perteneciente a un sindicato no recibe el mismo salario que sus compañeros no sindicalizados -con los cuales comparte las mismas funciones y condiciones de eficiencia-, se presume discriminación por causa de pertenecer al sindicato. Se presenta entonces vulneración del derecho de asociación sindical, a menos que se pruebe por el empleador que la razón del diferente trato está objetivamente fundada¹¹⁷.

- Pactos colectivos. El empleador, si bien tiene la libertad de celebrar pactos colectivos para regular las relaciones laborales con trabajadores que no están sindicalizados, no puede utilizar este instrumento para inducir el debilitamiento del sindicato, utilizando el recurso de conceder beneficios especiales a los trabajadores que firmen un pacto colectivo, bajo la exigencia de su renuncia al sindicato. Dado que los pactos y las convenciones colectivas buscan regular las relaciones de trabajo, sus normas deberán ser iguales con el fin de garantizar el derecho a la igualdad, *“porque éste se quebranta cuando frente a unas mismas situaciones de hecho objetivas en materia de relaciones de trabajo, se otorga un trato diferenciado”* que no tiene un fundamento objetivo y razonable¹¹⁸.

- Salarios. La igualdad retributiva puede ser objeto de la acción de tutela, bajo ciertas circunstancias. Dado que la igualdad salarial es el tema central de esta obra, a ello se aludirá con mayor extensión en el Capítulo 6 de esta obra.

¹¹⁷ Sentencia T-143/1995.

¹¹⁸ Sentencias SU-342/1995 y T-069/2015, entre otras.

CAPÍTULO 3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA Y SUS DOS ACEPCIONES

1. ¿Porqué salario igual?

1.1. El salario en la economía clásica.

El dueño del viñedo salió muy temprano y contrató algunos trabajadores para que laboraran todo el día, por un jornal de un denario. A mediados de la mañana, al mediodía, al mediar y al finalizar la tarde, contrató trabajadores adicionales, prometiendo pagarles *“lo que sea justo”*. Al anochecer ordenó a su capataz que llamara a los trabajadores y les pagara a todos el jornal de un denario, comenzando por los últimamente contratados y finalizando con los primeros.

El capataz, efectivamente, comenzó por quienes habían sido contratados al final de la tarde, pagándoles un denario a cada uno y cancelándoles lo mismo a quienes habían sido vinculados más temprano. Quienes habían sido contratados de primeros, al comenzar el día, pensaron que si a los últimos les habían cancelado un denario, a ellos se les pagaría más. Sin embargo, también se les pagó un denario a cada uno. Al recibir su pago protestaron ante el dueño del viñedo: *“[e]stos últimos no han trabajado más que una hora, y los tratas como a nosotros, que hemos soportado el peso del día y el calor”*. El dueño del viñedo contestó a uno de ellos:

¿No conviniste conmigo en un denario? Toma, pues, lo que te toca, y vete. Mas yo quiero dar a este último tanto como a ti. ¿No me es permitido, con lo que es mío, hacer lo que me place? ¿O has de ser tu envidioso, porque yo soy bueno? Así los últimos serán los primeros, y los primeros, últimos. (Mateo 20:1-16, Straubinger, 1958).

El anterior pasaje del Nuevo Testamento refleja un tratamiento salarial que hoy, a la luz de los derechos sociales –y una vez superada la visión que valida la estricta autonomía de la voluntad de las partes en la relación de trabajo, descrita en el capítulo precedente-, se juzga como arbitrario: la remuneración de los trabajadores debió ser proporcional a la jornada que laboraron, de manera que quienes trabajaron la jornada completa debieron devengar un salario proporcionalmente mayor al de quienes realizaron una jornada inferior, ya que el trabajo de unos y otros no fue el mismo. No es justo que a todos se les pague la misma retribución, pues hacerlo entraña transgresión de la justicia conmutativa, por cuya virtud las partes, en un plano de igualdad, intercambian prestaciones aritméticamente equivalentes y equilibradas. Sin embargo, el trato salarial dispensado en el caso aquí citado refleja lo que por muchísimos años, salvo contadas excepciones¹¹⁹, se consideró justificado desde cierta óptica dominante.

Como ya se anotó antes, durante las primeras sociedades liberales, caracterizadas por ser sociedades de mercado competitivo, una relación de cambio era la que se concretaba en el

¹¹⁹ Por ejemplo, en el Título XV, Ley iii, de las “Leyes de Indias” (Carlos II, 1791), la Corona española de manera reiterada, a partir de 1594, ordena que en las colonias de esos territorios los indios de mita recibieran “*los jornales proporcionados al trabajo (...) y a las otras circunstancias que constituyen el justo valor de las cosas (...) y se introducirá en la paga y jornales de los indios la igualdad, y justificación, que se desea, aunque por esta causa se minore la ganancia de los Mineros, dueños de chacras, ganados y labores (...)*” (pp. 308 y 309). Lamentablemente, esta, como muchas otras disposiciones promulgadas por la Corona española, no eran obedecidas en la mayoría de las veces, pues los encomenderos y autoridades coloniales las consideraban impertinentes (“se obedece pero no se cumple”), o de difícil ejecución (Albuquerque, 1995, p. 35). En la última década del siglo XIX, en la Encíclica *De Rerum Novarum* (sobre la cuestión obrera) de León XIII (1968/1891), se aboga por que el monto del salario no esté simplemente supeditado al acuerdo entre patrono y trabajador, sino a que él sea suficiente para el sustento del trabajador y su familia. (p. 39). Planteamiento similar se encuentra en la Encíclica *Mater et Magistra*, (Juan XXIII, 1961, párr. 68 y ss.)

contrato que celebraban el trabajador y el empleador¹²⁰. Eso significaba un contrato esencialmente consensual y bilateral o sinalagmático, en el que las partes intercambiaban recíprocamente prestaciones que se consideraban equivalentes -salario y servicio-, entendido el último como una mercancía. Esa asimilación del trabajo humano a un simple artículo de comercio acarrea –como tanto se ha dicho aquí-, que la fuerza de trabajo se someta, pura y simplemente, a las leyes del mercado, en particular a las de oferta y demanda. Al respecto es descriptiva la célebre frase del economista inglés R. Cobden (1804-1865), exponente de la escuela liberal clásica: *“cuando dos obreros corren tras un patrono, los salarios bajan; cuando dos patronos corren detrás de un obrero, los salarios suben”*. Esto impulsó a Marx (1969) a afirmar que debía superarse el derecho igualitario propio de la sociedad capitalista y por ende la consideración del trabajo como mercancía, para arribar a un derecho no igualitario, en el que cada quien rindiera según sus capacidades y recibiera un estipendio proporcional, no a su trabajo, sino a sus necesidades. Para afirmar lo anterior, el pensador alemán sostenía que los individuos son diferentes, ya que unos son superiores a otros en lo físico o en lo intelectual, tienen características familiares diversas, algunos trabajan más tiempo, etc. (p. 339). Al respecto es célebre la refutación que él formula al postulado lasalleano de “derecho igual de cada uno a igual producto de su trabajo”, adoptado en el Programa de Gotha, pues –dice-, su adopción equivale a compartir el concepto burgués de derecho igual, que propicia una igualdad meramente formal, que ignora la diversidad de las personas (pp. 341 y 342).

En la economía liberal clásica los trabajadores son seres cuyo destino está determinado por el mercado: el salario es el precio que se paga por ese artículo de comercio llamado trabajo, precio que, según Adam Smith (1958/1776) y David Ricardo (1959/1817), debería coincidir

¹²⁰ Según Adam Smith (1958/1776) “[l]os salarios (...) dependen generalmente, por doquier, del contrato concertado (...) entre estas dos partes, y cuyos intereses difícilmente coinciden. El operario desea sacar lo más posible, y los patronos dar lo menos que puedan (...)” (p. 65).

con el coste de subsistencia y reproducción de los trabajadores (p. 66) y (p. 71). De esta manera, los salarios fluctuarán siempre alrededor del salario de subsistencia o “salario natural”, por lo cual, si ese salario sobrepasara dicho coste, la clase trabajadora se reproduciría por encima de las necesidades de mano de obra de la sociedad, y si fuera inferior los trabajadores no podrían reproducirse y abastecer dichas necesidades¹²¹. Para Ricardo, los salarios aumentarían temporalmente cuando descendiera la tasa de natalidad de los trabajadores –lo que sería consecuencia, a su vez, de una disminución anterior de tales salarios por debajo del mínimo de subsistencia. El alza temporal de los salarios, a su turno, provocaría una elevación de la tasa de natalidad y, por ende, de la oferta de trabajo, como consecuencia de lo cual los salarios retornarían a los niveles naturales de subsistencia. El precio de mercado de la mano de obra se somete, así, según Ricardo (1959/1817), “*al juego natural de la proporción que existe entre la oferta y la demanda*” (pp. 71 y 72). Esta tesis del economista londinense -inspirada sin duda en la teoría malthusiana (los salarios altos provocan aumentos de la población)-, fue la que Ferdinand Lasalle denominó la “ley de bronce de los salarios”, o la “ley de hierro de los salarios”.

Es también la economía de mercado la que origina la división del trabajo, que a su vez genera el progreso de la sociedad. Según Smith (1958/1776) la diversidad de trabajos va en proporción directa a la amplitud del mercado. Es decir, cuando el mercado es pequeño, la diversidad de oficios es menor, pues nadie se anima a especializarse en uno solo. Pero cuando

¹²¹ Para los economistas clásicos, los salarios son flexibles y obedecen a los cambios en la oferta y la demanda, ya que los mercados son autorregulables. O sea que cuando hay exceso de oferta de trabajo (desempleo), correlativamente se da un descenso de los salarios. John Stuart Mill (1951/1848), hace una descripción detallada de este fenómeno (pp. 308 y ss.). Por el contrario, J. M. Keynes (1943) por la tercera década del siglo XX, sostendrá que el mercado no es autorregulable, como lo predecían los economistas clásicos, ya que en él se presentan desequilibrios originados por la existencia de rigideces. De esta manera, Keynes sostiene que los salarios “*tienden a ser rígidos*” por la acción de ciertas estructuras monopolísticas tanto en el sector empresarial como en el de los trabajadores (sindicatos), así como por la legislación de protección social (p. 224).

el mercado se acrecienta, también se acentúa la división del trabajo y ese ensanchamiento acarrea la necesidad de que un mismo oficio sea desempeñado por varios trabajadores (pp. 7 y 20).

Sin embargo, bajo la lógica meramente liberal (Smith, 1958/1776), por regla general los salarios se igualan para distintas ocupaciones e individuos —cuando los trabajos sean igualmente atractivos para todos los trabajadores—, por efecto de la propia dinámica del sistema económico que procura trabajadores intercambiables¹²². Habrá excepcionales diferencias salariales cuando ciertas circunstancias de los propios empleos o de la política económica enerven esa influencia y rompan la regla general, de forma que algunos empleos devenguen remuneraciones disímiles¹²³, bien por razones objetivas o por razones subjetivas: existen algunos oficios más atractivos que otros, o existen trabajadores no comunes, con características sobresalientes adaptadas a ciertas exigencias de los trabajos. Es decir, en un mercado de trabajo competitivo, según Smith, hay la tendencia a una especie de “igualdad natural” de los salarios, sólo alterada por circunstancias muy específicas (pp. 97 a 139). Stuart-Mill, por su parte (1951/1858), también sostenía que los salarios dependen principalmente de la oferta y la demanda de trabajo y, en particular, que:

(...) los salarios dependen de la proporción entre el número total de trabajadores y el capital u otros fondos dedicados a la compra de trabajo; diremos, para abreviar, del capital. Si los salarios son más elevados en una época (...) la razón no es otra sino que el capital se halla en mayor proporción respecto a la población” (pp. 309-313; 314 y ss.).

¹²² Ver al respecto el concepto de “trabajo abstracto” descrito en el Capítulo segundo de esta obra.

¹²³ Smith señala cinco circunstancias que influyen en que en algunos empleos se devenguen mayores salarios que en otros: lo agradable o desagradable de los empleos mismos; la facilidad o dificultad o lo costoso o barato de su aprendizaje; la permanencia o transitoriedad de la ocupación; la mayor o menor confianza que se deposita en quienes los ejercen; y la probabilidad o incertidumbre del éxito (1958/1776, p. 98)

Mill (1951/1858), no obstante, a pesar de estar de acuerdo con algunas de las conclusiones de Smith en materia de diferencias salariales, planteó algunas discordancias con éste, particularmente bajo el entendimiento de que existen factores diferentes a los meramente competitivos, que influyen en las diferencias salariales (por ejemplo que en ocasiones los salarios no son fijados por la competencia sino “*por la costumbre*”. Al respecto asevera que las diferencias salariales radican algunas veces en el grado de mayor responsabilidad del trabajador, que es un recurso escaso –cualidad que no poseen todos los trabajadores-, por el que hay que pagar un precio (pp. 359 y ss.). O el caso de ciertos oficios desempeñados tanto por mujeres que por hombres (pp. 355-356), cuando se reconoce un mayor salario a éstos. En situaciones como las citadas –sostenía el economista y filósofo londinense-, la superioridad de la retribución no radica en la competencia, como sostenía Smith, sino en la falta de ella (pp. 347, 348, 358).

Stuart Mill se adelantó a su tiempo, al evidenciar que las diferencias salariales entre trabajadores también podían deberse a una especie de adscripciones exclusivas a oficios, que beneficiaban a ciertos grupos sociales, con el resultado de que si ocasionalmente accedieran a ellos personas no pertenecientes a tales grupos, resultaría para éstas “*difícil tener éxito*”. (pp. 349-350)¹²⁴. O sea, Mill describía lo que hoy se denominaría una discriminación en el salario, por motivo de origen social.

En resumen, nótese que un exponente del liberalismo clásico, como lo fue Adam Smith, describió la igualdad remunerativa como un efecto natural del mercado –la competencia- y las

¹²⁴ Stuart Mill se refiere al ingreso a ciertas ocupaciones, que se reserva solamente a personas de cierto rango social. Dice: “(...) *hasta ahora ha sido tan completa la separación, tan violenta la demarcación entre las diferentes clases de trabajadores, que casi equivale a una distinción hereditaria de casta, reclutándose casi siempre los que han de llenar cada oficio entre los hijos de los que ya pertenecen al mismo, o a otros de la misma categoría social (...)*”. Agregaba que la remuneración de este tipo de trabajos es por lo general de índole monopolista, por causa de que la masa del pueblo no tiene acceso a la formación necesaria para desempeñarlos.

diferencias salariales como una especie de anomalía de éste. Por su parte, Stuart Mill – exponente del liberalismo económico tardío y crítico de algunas las concepciones económicas clásicas-, si bien compartió esencialmente el planteamiento de Smith, sostuvo que no sólo la competencia era la causante de los salarios, sino que la costumbre jugaba también un papel importante. Además, el primero formuló una crítica a ciertas diferencias salariales originadas en la falta de acceso de la masa del pueblo a determinadas ocupaciones. Es decir, se acercó a lo que años después, en los albores del siglo XX y bajo los imperativos de la igualdad de trato propios del moderno Derecho del Trabajo, se consagraría como uno de sus principios cardinales: el repudio a las diferencias de trato a los trabajadores, incluyendo el retributivo, basadas en motivos vedados.

1.2. La equidad retributiva según el Derecho del Trabajo.

Pero el Derecho del Trabajo surgido a principios del siglo XX se funda, no ya en el simple intercambio patrimonial de prestaciones, ni en la mera consensualidad –como en un contrato de arrendamiento de servicios-, sino en una relación por cuya virtud una persona se subordina a otra, para aportar su trabajo a cambio de una retribución. Empero, ese servicio que suministra el trabajador involucra –por ser emanación de- su propia persona, por lo cual el respeto por su dignidad impone el rechazo a la asimilación del trabajo como artículo de comercio y el repudio al “ser humano-precio”, *id est*, a una cosificación del trabajador al reducirlo a simple medio¹²⁵. Esta reivindicación de la dignidad humana, que subyace en el contemporáneo Derecho del

¹²⁵ Se halla aquí una evidente inspiración en Kant (1795/1788), cuando sostiene que “*únicamente el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo (...), por lo cual el hombre no debe emplearse “nunca sólo como medio, sino al mismo tiempo también como fin”* (p. 127). Posteriormente, en su “*Metafísica de las costumbres*” (2005/1797), dirá: “*(...) el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin*”. Agrega que “*en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas*” (p. 335).

Trabajo, no podía ser el resultado espontáneo de la autonomía y libertad de las partes del contrato, por lo que éste, como se ha reiterado aquí, debió refundirse o embeberse en un estatuto heterónomo, generado por una intervención estatal dirigida a la protección de la parte más vulnerable dentro de la relación –el trabajador-, con el fin de preservarla de los nefastos efectos de la asimilación de la fuerza de trabajo a una simple mercancía¹²⁶.

La descrita concepción humanista del trabajo también impregna la prestación del empleador: el salario. Efectivamente, la obligación salarial ya no podrá ser –como en el mercado liberal descrito por Adam Smith-, simplemente modelada por un mercado competitivo del trabajo (que a su vez condiciona la “autonomía” de sus voluntades), pues, ~~por virtud del~~ mencionado estatuto heterónomo y los principios fundamentales - particularmente en este caso, el de igualdad y no discriminación-, supeditarán tal obligación. El procurar la igualdad horizontal de los trabajadores será, así, un imperativo para el empleador y, al lado de otras manifestaciones de la igualdad de trato¹²⁷, la de igualdad retributiva adquirirá un carácter relevante. A ello se agrega que el salario constituye en las sociedades contemporáneas, como afirma Phelps (1990), un importante componente de las rentas, por lo que la discusión sobre los salarios que deberían pagarse por el desempeño de distintos oficios ha adquirido un carácter más abierto y una mayor importancia (pp. 23 y ss.). Además, el salario -desde siempre y en la

¹²⁶ De hecho, el salario fue uno de los aspectos en los que el Estado intervino más rápidamente, una vez entró en crisis el liberalismo clásico, al establecerse en muchos países el llamado “salario mínimo”, que busca imponer un piso al estipendio del trabajador, de forma que pueda subvenir a sus necesidades básicas y que la atención de éstas no se vea afectada por recibir un monto salarial insuficiente, que esté compelido a aceptar por imposición del mercado.

¹²⁷ En el capítulo anterior se describieron otras dos manifestaciones de la igualdad de trato en la relación de trabajo: la igualdad de trato entre obreros y empleados y, en general, la observancia del principio de igualdad y no discriminación en la relación laboral.

inmensa mayoría de las veces-, es la exclusiva fuente de ingresos del trabajador¹²⁸. Es lo que Paul Durand (citado por Ripert, 1955, p. 282), describe como una “*socialización del salario*”. Por tales motivos, la retribución fue desde el principio uno de los objetos de atención del Derecho del Trabajo, dentro de su talante igualitario: si dos trabajadores exhiben idéntica productividad marginal del trabajo, deberían devengar el mismo salario. La evolución del principio de igualdad llevará posteriormente a considerar que si los trabajadores objeto de comparación reciben salarios diferentes, por razones distintas a sus diferencias productivas – vale decir, por motivos irrelevantes, no objetivos e irrazonables-, estarán siendo objeto de trato discriminatorio.

2. Las dos expresiones del principio de igualdad retributiva.

El postulado de tratar a los iguales y desigual a los desiguales (igualdad de trato) en materia salarial (principio de igualdad retributiva), ha presentado dos expresiones jurídicas, que históricamente surgieron casi de forma coetánea, aunque con diferente alcance e impacto, como se verá: el principio “*a trabajo igual salario igual*” y el principio de “*a trabajo de igual valor salario igual*”. En esta obra se denominarán con las siglas o acrónimos *TI* y *TIV*, respectivamente.

A pesar de su génesis casi simultánea como postulados normativos, el principio *TI* fue el inicialmente adoptado en muchas legislaciones del mundo, en tanto que el principio *TIV* permaneció por muchos años como un enunciado retórico, que no gozaba de precisión conceptual, pues incluso generalmente se le confundía con el primero. En efecto, el principio

¹²⁸ Según lo señala el *Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015* (OIT, 2015), los salarios constituyen hoy en día un elevado porcentaje de la renta de los hogares en 13 de las economías más desarrolladas, en la mayoría de los casos por encima del 70%. En las economías emergentes y en las economías en desarrollo los salarios constituyen entre el 50 y el 60% de tal renta (pp. 41, 45).

TIV no fue adoptado legislativamente por país alguno durante más de cincuenta años, ya que, como se dirá más adelante, comenzó a adoptarse solamente a partir de la séptima década del siglo XX.

Tanto *TI* como *TIV* son expresiones del principio de equidad retributiva y buscan que la fijación del salario, y específicamente los tratos salariales diferenciados, no se hagan en función del sexo, la procedencia social, la raza, las creencias religiosas o políticas, etc., sino en función de criterios objetivos, sean ellos, respectivamente, de naturaleza cuantitativa y radicados en el trabajador mismo (jornada, eficiencia, etc.), o bien de índole cualitativa (valor del trabajo). Vale decir, cuando no existan diferencias relevantes u objetivas en el trabajo o en el puesto de trabajo desempeñado, el salario debe ser igual para los trabajadores que lo realicen u ocupen.

Sin embargo los dos principios tienen alcances diferentes. El principio *TI* está concebido para combatir las discriminaciones directas, en tanto que el principio *TIV* lo está para enfrentar sobre todo las indirectas (Shepard, 2012, p. 1). También puede decirse que el primero es expresión de la igualdad formal, en tanto que el segundo lo es de la igualdad material. Ello significa que el primero pretende oponerse a la distinción salarial cuando los trabajadores que se comparan ejercen el *mismo* trabajo (o un trabajo sustancialmente igual), en tanto que el segundo rechazará la discriminación soterrada de tipo salarial –intencional o no-, o sea, oculta bajo ciertos tratamientos aparentemente neutros, cuando los trabajadores que se cotejan desempeñen incluso cargos *diferentes* pero con el mismo valor. En esencia estas dos expresiones del principio buscan asegurar que los trabajos iguales o similares se remuneren igual, pero además que los trabajos que son diferentes, pero que exhiben igual valor, también sean igualmente remunerados (Oelz, Olney & Tomei, 2013, p. 32).

Una y otra expresiones del principio de igualdad retributiva reflejan tanto la justicia conmutativa como la distributiva, o, como enseña Santo Tomás de Aquino (1990), “la

distribución y la conmutación” entre dos personas (T. III, pp. 513 y 514). La justicia conmutativa es la que rige las operaciones de cambio -o sea las prestaciones que los particulares se deben mutuamente, en función de un criterio de igualdad aritmética- y hace referencia a las cosas, con prescindencia de las circunstancias, diferencias y características individuales de las personas. El Aquinate (1990), indica que “*la justicia conmutativa consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas*” (T. III, p. 511).

La justicia conmutativa -con referencia a la remuneración del trabajo -, exige, como expresa Montoro (1980), que exista una igualdad o equivalencia de tipo aritmético entre lo que aporta el trabajador al servicio de su empleador y lo que el primero recibe por dicha prestación; vale decir, que las partes reciban lo que les corresponde. Inscrito en la justicia conmutativa se halla el aforismo de *pacta sunt servanda*, o sea, el deber de cumplir fiel y exactamente lo pactado libremente. Para tasar la justa remuneración, esta clase de justicia impone tener en cuenta y valorar sobre todo la cantidad del trabajo, así como las circunstancias objetivas en las que él se realiza (horario, condiciones, peligrosidad de la labor, etc.). Por esta razón son injustas, desde el punto de vista de la justicia conmutativa, las diferencias salariales que se basen, no en la cantidad de trabajo aportado, sino en motivos ilegítimos o discriminatorios, como el sexo, la edad, la raza, las creencias religiosas, etc. En la justicia conmutativa se da una relación de coordinación entre dos sujetos que se consideran iguales. Pero para realizar la justicia conmutativa se necesita en muchas ocasiones la intervención estatal, lo que supone, en tratándose de materias salariales, la sustracción de esta materia al libre juego de la oferta y la demanda, o la liberación de coacciones sobre la voluntad (pp. 327 y ss.).

La justicia distributiva, a diferencia de la conmutativa, utiliza un criterio de reparto de tipo geométrico o proporcional. Su fundamento estriba en la desigualdad de méritos. En su *Ética a Nicómaco*, afirma Aristóteles (s.f.), que “*lo justo distributivo (...) se hará según la razón que*

guarden entre sí las aportaciones particulares” (p. 104). Santo Tomás (1990), inspirándose en el estagirita, señala que mientras en la justicia distributiva “*se encuentra la igualdad según la proporcionalidad geométrica*”, en la conmutativa la igualdad se obtiene “*según la proporcionalidad aritmética*” (T. III, p. 513). Afirma también que la justicia distributiva no busca una igualdad de cosa a cosa, sino una proporcionalidad de las cosas a las personas. Con otras palabras, este tipo de justicia toma en consideración a la persona en sí y sus cualidades, por lo cual, con relación al salario, este debe fijarse también teniendo presentes los atributos, capacidades y destrezas personales del trabajador, que puedan hacer que su trabajo sea más calificado o de mayor complejidad. Corolario de la justicia distributiva es también -señala Montoro (1980)-, el estatus o posición que se les reconozca a las personas dentro de la respectiva comunidad, en función de su preparación y aptitudes (pp. 335 y ss). En asuntos retributivos son expresiones de justicia distributiva, por ejemplo, los subsidios familiares complementarios al salario, los salarios mínimos impuestos por el Estado, o los regímenes que imponen cargas impositivas más elevadas a las remuneraciones más cuantiosas.

En resumen, el principio de igualdad retributiva -que plantea que el pago de igual salario para quienes desempeñen un trabajo cuantitativa o cualitativamente igual-, consulta tanto la justicia conmutativa como la distributiva. Sin embargo, ha de advertirse -siguiendo a Montoro (1980)-, que ese principio, no es expresión del principio de justicia social, ya que éste apunta más al bien común, en el entendido de que dentro de él cada quien encontrará su bien particular, producto de la justa distribución de la riqueza (pp. 344 y ss). En efecto, la justicia social, desempeña un papel corrector e integrador, que pretende llegar a lo socialmente justo, superando los cometidos de signo individual que pretenden las especies tradicionales de justicia (conmutativa y distributiva). La justicia social no contempla a los individuos aislados. No parte de una concepción abstracta e idealista de la justicia, sino de una empírica y concreta de lo

socialmente justo, para regular las condiciones específicas en que los seres humanos existen¹²⁹. Por tanto, no considera a los individuos aislados, abstraídos del medio social en que viven, sino como integrantes de los grupos sociales, a los que ellos están vinculados mediante diversos lazos (familiares, profesionales, comunitarios, etc.)

Si dos trabajadores desempeñaran el mismo trabajo o uno de idéntico valor, y a ambos se les pagara el mismo salario, esta solución sería impecable desde el punto de vista de las justicias conmutativa y distributiva, pero quizás, mirando las particulares circunstancias personales, familiares o comunitarias de esos trabajadores, sus salarios podrían no ser justos desde la perspectiva de la justicia social, si fueran insuficientes para que los trabajadores y sus familias pudieran llevar una vida digna, de acuerdo con sus particulares circunstancias, y considerando que para la gran mayoría de las personas el trabajo constituye la principal o exclusiva forma de ganarse la vida. Sin embargo, no corresponde a los objetivos de este trabajo adentrarse en el análisis de lo que es el salario justo, desde la perspectiva de la justicia social, sino solamente desde el ángulo de las justicias conmutativa y distributiva.

Con tal advertencia, se examinarán a continuación las dos manifestaciones que históricamente se han verificado del principio de igualdad retributiva, las que, por lo explicado antes, concretan estas dos clases de justicia en materia de salario: el principio de “*igual salario*

¹²⁹ En la Encíclica *De Rerum Novarum* (León XIII, 1891), se sostiene que el trabajo tiene dos características: es personal, “*en cuanto la energía que opera es inherente a la persona*” y es necesario, por cuanto es imprescindible a ésta para su subsistencia y la de su familia. Si desde el primer punto de vista una baja retribución puede pactarse a la luz de la libre voluntad de las partes del contrato de trabajo –dice–, desde el segundo punto de vista ello no sería admisible, porque es obligación común de todo individuo “*conservarse en la vida*” (p. 39). En sentido similar se pronunciaron las encíclicas *Cuadragesimo Anno* (Pío XI, 1931, pp. 38-40) y *Laborem Exercens* (Juan Pablo II, 1981).

para igual trabajo” (o “*a trabajo igual salario igual*”)-*TI*-, y el principio de “*igual salario para trabajo de igual valor*” (o “*a trabajo de igual valor salario igual*”) -*TIV*.

2.1. “A trabajo igual salario igual” (*TI*)

El postulado “igual salario por igual trabajo” (*TI*) fue la primera expresión histórica del principio de igualdad de trato en el campo salarial, aceptada por muchas legislaciones incluso actualmente. Plantea una igualdad formal que busca impedir la discriminación *directa* en materia salarial, consistente esta última en:

- Pagar un salario menor a un trabajador que desempeña un trabajo *igual o similar*, en cantidad y calidad, al que desempeña otro trabajador, quien, no obstante, devenga un salario mayor; es decir, se paga desigual por el *mismo o similar* trabajo con fundamento en algún motivo vedado o *tertium comparationis* irrelevante).
- Pagar un salario menor a un trabajador que desempeña un trabajo *igual o similar*, en cantidad y calidad, al que desempeña otro trabajador, por el solo motivo de que el oficio del primero tiene una denominación distinta al del segundo.

La comparación –según el principio *TI*-, se hace entre labores iguales o muy similares, desempeñadas por dos o más trabajadores que se comparan (alteridad), pero no entre cargos de distinta naturaleza. Este principio exige el pago de una retribución igual cuando también sea igual el *contenido* de los trabajos que se comparan, es decir, la labor desempeñada, sin importar la rotulación o denominación que se adjudique a dichos trabajos (de la Cueva, 1949, p. 657). Este énfasis en la comparación del *contenido* del trabajo (idéntico o similar contenido) marca la principal diferencia con la otra expresión del principio de igualdad retributiva –salario igual para trabajos de igual valor-, que se examinará en el siguiente acápite.

Afirma de la Cueva (1949), que este principio tuvo su primera consagración formal en México (p. 654). En efecto, el art. 123, lit. A, ord. VII de la Constitución mexicana de 1917 (“Constitución de Querétaro”), preceptuó: “[p]ara trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad” (México-Orden Jurídico, 1917). Todo indica que el origen de este principio se encuentra en la necesidad de combatir las diferencias salariales que se daban entre trabajadores extranjeros y trabajadores mejicanos, favorables a los primeros por el sólo hecho de ser foráneos y sin considerar la cantidad y calidad de la labor ejecutada por ellos¹³⁰. El axioma fue expresado posteriormente en el art. 86 de la Ley Federal mexicana del Trabajo de 1931: “(...) para trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”¹³¹. Los *tertia comparationis* que la norma mexicana tiene en cuenta son tres: “puesto, jornada y condiciones de eficiencia”. A la luz de esa normativa el postulado significa que si dos trabajadores, bajo esas tres condiciones, desempeñan la misma labor, su retribución deberá ser igual; y que una retribución diferente sólo será admisible jurídicamente si alguno de los tres elementos señalados de comparación fuera distinto. El mencionado texto constitucional de 1917 también

¹³⁰ Narra Radding (1994) que en la explotación minera “La Cananea”, al norte de México, propiedad de la empresa estadounidense “Cananea Consolidated Cooper Co”, se declaró una huelga en junio de 1906. En el pliego de peticiones presentado por los trabajadores mexicanos se incluyó la exigencia de que a ellos se les pagara un salario igual al de los trabajadores norteamericanos, ya que existían diferencias significativas entre unos y otros (p. 98). Unos días después, el 1º de julio de 1906, el Partido Liberal Mexicano proclama su Programa, con el cual enfrenta la dictadura de Porfirio Díaz y en el que manifiesta (Capítulo “Capital y Trabajo”, punto 32): “(...) No permitir en ningún caso que trabajos de la misma clase se paguen peor al mexicano que al extranjero en el mismo establecimiento”. Otros puntos señalados en tal Programa, fueron introducidos en la Constitución mexicana (Querétaro) de 1917, once años después. (México, Orden Jurídico, 2015).

¹³¹ En la actual Ley Federal mexicana del trabajo, la norma transcrita se concuerda con el art. 5º: “Las disposiciones de esta Ley son de orden público por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca: (...) XI. Un salario menor que el que se pague a otro trabajador en la misma empresa o establecimiento por trabajo de igual eficiencia, en la misma clase de trabajo o igual jornada, por consideración de edad, sexo o nacionalidad”

introduce de manera precursora una cláusula antidiscriminatoria: ni el sexo ni la nacionalidad son criterios relevantes para justificar una diferencia salarial.

En el original artículo 143 del CST colombiano, que data del año 1950, se reprodujo textualmente la norma mexicana de 1931, con los mismos tres *tertia comparationis*. Sin embargo, se adopta una mayor variedad de criterios expresamente proscritos, con respecto a los dos que indica la Constitución de Querétaro¹³².

Según el aforismo *TI*, para pretender devengar el mismo salario será necesario realizar *el mismo o similar* trabajo. Ello significa que las labores que se comparan podrían tener rótulos o denominaciones diferentes, pero su contenido debe ser igual o muy similar. Significa también que si alguno de los trabajadores que se comparan desempeña el mismo puesto, pero además realiza funciones diferentes o adicionales a las realizadas por el otro trabajador, los dos trabajos no serán equiparables y por tanto no podrá hablarse de labores o trabajos iguales.

El principio *TI*, si bien es funcional para combatir discriminaciones retributivas directas, no lo es para combatir las indirectas que usualmente se presentan de manera estructural con ciertos colectivos, como las mujeres, los trabajadores migrantes y los adultos mayores, entre otros. Algunas legislaciones, por ejemplo, introducen prohibiciones para que las mujeres realicen ciertos tipos de trabajo, o los permiten con ciertas restricciones en cuanto a los pesos, empuje o tracción de elementos. De esta manera, cuando se comparan ciertos trabajos

¹³² En el capítulo sexto de esta obra se examinará en detalle el principio de igualdad retributiva en Colombia y su desarrollo.

realizados por hombres con los equivalentes realizados por mujeres, se concluye que no son iguales¹³³.

En algunas constituciones¹³⁴ y en varias legislaciones¹³⁵ latinoamericanas se consagró posteriormente el principio *TI*, tomando esencialmente como modelo la norma mexicana.

Los EEUU de América acogieron esta variable del principio de equidad retributiva. En efecto, en 1938 se promulgó el *Fair Labor Standards Act (FLSA)*, que adoptó el principio de igual salario por trabajo igual, pero con un sentido algo más amplio, al extender su aplicación más allá de los trabajos estrictamente iguales. Así, esta disposición contiene varios matices y precisiones con respecto a la norma mejicana: i) es aplicable a las diferencias salariales discriminatorias de los trabajadores de un sexo con respecto a los trabajadores del otro sexo; ii) se aplica no solamente a trabajos iguales, sino también a trabajos para cuyo desempeño se requiera “*igual habilidad, esfuerzo y responsabilidad y que sea(n) ejecutado(s) en similares condiciones de trabajo*”; es decir, el trabajo no necesariamente debe ser el mismo, aunque si debe ser similar o semejante; iii) se aplica dentro del ámbito del establecimiento que es propiedad del empleador; iv) el empleador, para cumplir con las exigencias del *FLSA*, no podrá

¹³³ Recuerda Eyraud (1993b), que en algunos estados de los EEUU de América, por ejemplo, la legislación prohibía a las mujeres levantar pesos mayores a 30 libras; bastaba entonces que los hombres que realizaban el mismo oficio, levantaran ocasionalmente pesos mayores, para justificar un salario más elevado para ellos. (p. 237)

¹³⁴ Así, la Constitución de Costa Rica lo consagra en su artículo 57 y la de Argentina en el artículo 14 bis. Perú lo consagró en su Carta de 1979 (art. 43), pero no lo incluye expresamente la actual Constitución de 1993. Esta última consagra el derecho del trabajador a una “*remuneración equitativa y suficiente*” (art. 24)

¹³⁵ Por ejemplo, el Código del Trabajo de Ecuador lo consagra en el art. 79, el de Panamá en el art. 10, el actual Código de Chile en el art. 62 *bis*, introducido por la Ley 20348 de 2009 (el Código de 1931 también lo consagraba en su art. 35, aunque restringido a la igualdad entre hombres y mujeres), el Código Sustantivo del Trabajo colombiano en el art. 143 —en su versión original de 1950— y la actual Ley Orgánica del Trabajo de la R. B. de Venezuela en los arts. 100-4 y 109. También lo consagran los códigos de trabajo de Costa Rica (art. 167), El Salvador (art. 123), Guatemala (art. 89), Honduras (art. 367), Nicaragua (Principio XIII) y República Dominicana (art. 194).

disminuir los salarios de otro empleado y v) las diferencias salariales podrán justificarse por el empleador cuando demuestre que ellas están basadas en un sistema de antigüedad, en un sistema de méritos, en un sistema de pago fundamentado en la calidad o cantidad de producción, o en otros factores distintos al sexo¹³⁶. El *Equal Pay Act (EPA)* de 1963 reproduce en esencia la misma norma del *FLSA*.

En España se adoptó inicialmente, por la Ley 56 de 1961, el principio de *TIV*¹³⁷, al menos nominalmente, aunque al año siguiente el Decreto 258, “*por el que se aplica a la esfera laboral*” dicha ley, adopta el principio *TI*¹³⁸. Luego, el Decreto 2310 de 1970 pareciera reiterar la adopción de este último principio¹³⁹. Ya en vigencia de la Constitución de 1978, el primer Estatuto de los trabajadores (Ley 8 de 1980), adoptó el principio *TI*¹⁴⁰, que venía consagrado en la legislación anterior. Posteriormente la Ley 11 de 1994 y luego la Ley 33 de 2002,

¹³⁶ “*Prohibition of sex discrimination. No employer having employees subject to any provisions of this section shall discriminate, within any establishment in which such employees are employed, between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system; (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex: Provided, That an employer who is paying a wage rate differential in violation of this subsection shall not, in order to comply with the provisions of this subsection, reduce the wage rate of any employee*”.

¹³⁷ Refiriéndose a las mujeres, el art. 4 # 2 señala: “*Las disposiciones laborales reconocerán el principio de igualdad de retribución de los trabajos de valor igual*”.

¹³⁸ “*Artículo tercero-Uno. La mujer disfrutará del mismo salario que el hombre a trabajo de rendimiento igual*”. Aunque a continuación prescribía: “*Las Reglamentaciones de Trabajo, convenios colectivos y reglamentos interiores de Empresa señalarán normas específicas que adecúen la retribución al diferente valor o calidad del trabajo femenino*”.

¹³⁹ “*La mujer tiene derecho a prestar servicios laborales en plena situación de igualdad jurídica con el hombre y a percibir por ello idéntica remuneración*”.

¹⁴⁰ Artículo 28. El empresario está obligado a pagar, por la prestación de un trabajo igual, el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo.

sustituyeron este principio por el de “igual salario por un trabajo de igual valor”, sin discriminación por razón de sexo.

En el plano internacional, la primera norma que consagró esta expresión del principio de igualdad retributiva, fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Lo hizo en su artículo 23-2: “*Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*”. Posteriormente la “Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”, entrada en vigor objetivo el 4 de enero de 1969, en su artículo 5-e-i), prescribió: “*el derecho (...) a igual salario por trabajo igual (...)*”. Nótese que estas normas internacionales proclaman escuetamente el principio, sin señalar ningún elemento relevante concreto (*tertium comparationis*) que determine cuándo dos trabajos han de considerarse iguales. Además tampoco indican criterios irrelevantes específicos, ya que prohíben de manera genérica la diferenciación salarial con motivos discriminatorios, sin señalar ninguno en particular.

En el ámbito comunitario europeo¹⁴¹, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957), dispuso en su art. 119 que “*cada miembro garantizará durante la*

¹⁴¹ Las fuentes de derecho en la Unión Europea (UE) se clasifican en primarias y en derivadas o secundarias. Entre las primeras se cuentan los llamados Tratados fundacionales, como el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del carbón y el acero (CECA), celebrado en París del 18 de abril de 1951, los Tratados de Roma (Tratado Euratom y Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea), del 25 de marzo de 1957 y el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), del 7 de febrero de 1992. También se clasifican como primarios los denominados tratados modificatorios (como el Acta Única Europea de 1986, el Tratado de Ámsterdam de 1997, el Tratado de Niza de 2001 o el Tratado de Lisboa de 2007). Se consideran igualmente derecho primario de la UE los Protocolos anexos y complementarios a los tratados, así como los tratados de adhesión. Son fuentes secundarias o derivadas, según el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (1958), los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes. El reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro, desde su entrada en vigor, sin que sea necesario un acto nacional de transposición, lo que excluye la posibilidad de aplicar normas de origen nacional incompatibles con él. La directiva obliga a los estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero dejando a las autoridades competentes de cada uno de ellos la elección de la forma y medios de

primera etapa y mantendrá después, el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo". Es decir, consagra el principio de igualdad retributiva por trabajos *iguales*, aplicable específicamente entre hombres y mujeres, pero no contempla de forma expresa su aplicación cuando haya discriminaciones retributivas entre trabajadores en general, independientemente de su sexo. Posteriormente, el Consejo de las Comunidades Europeas –que es el secretariado permanente de la organización supranacional-, emitió la Directiva 75/117/CEE (10 de febrero de 1975) que interpretó el artículo 119 del Tratado de Roma, en el sentido de que el principio de igualdad de retribución *"implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo"*. O sea, el Consejo fue más allá del tenor literal del citado

implementación. Los legisladores nacionales deberán adoptar actos de transposición de la directiva al derecho interno, dentro del plazo fijado por ella. En principio las directivas no son directamente aplicables, sin embargo el TJCE ha admitido que, excepcionalmente, determinadas disposiciones contenidas en ella pueden tener efecto directo en un estado miembro, sin que sea necesario que éste haya adoptado previamente un acto de transposición. En tales casos los particulares pueden hacer valer la directiva ante las autoridades nacionales. Sin embargo, un particular no puede pretender el efecto directo de una directiva no transpuesta, en contra de otro particular ("eficacia horizontal"). Las decisiones son obligatorias en todos sus elementos y regulan situaciones concretas relativas a destinatarios específicos. Las recomendaciones y los dictámenes no son vinculantes; no crean derechos ni obligaciones, pero pueden ofrecer orientaciones con relación a la interpretación y contenido del derecho de la UE. (UE Diario Oficial C326, 2012; Parlamento Europeo, 2016). Los principios inspiradores de la UE también son fuente de derecho. Según von Bogdandy (2010), en lo referente a la relación entre la Unión y sus ciudadanos, ellos son los de libertad, de protección de los derechos fundamentales, de Estado de Derecho, el principio democrático y el de solidaridad. El Tratado de Lisboa, en su art. 151, dice: *"La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones"*. Dentro de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores se destaca el de igualdad y no discriminación como principio comunitario, que ha sido objeto de desarrollo por varios instrumentos de la Unión, que serán citados en el transcurso de este trabajo (pp. 187 y ss.).

artículo del tratado, que se limitaba al principio de *TI* e incluyó en su cobertura al de *TIV*¹⁴². No obstante, el Tratado de Maastricht (que crea la Unión Europea y entra en vigor el 1º de noviembre de 1993), reproduce en el art. 6º de su protocolo sobre la política social, lo dispuesto por el original art. 119 del Tratado de Roma, es decir, reitera el principio *TI*. Pero más tarde, el Tratado de Ámsterdam (que entró en vigor en mayo de 1999) -reputado como el tratado fundador de la llamada “Europa Social”-, abandona definitivamente la mención exclusiva al principio *TI* y adopta (art. 141) el sentido de la mencionada Directiva 75/117/CEE, o sea, un entendimiento del postulado de la equidad retributiva que cobija no solamente los trabajos iguales, sino además los trabajos de igual valor, aunque conservando la reserva de su aplicación al trabajo de hombres y mujeres. (Heide, 1999, p. 438). Más recientemente, la Directiva 2006/54/CEE, que es formalmente consistente con lo dispuesto en el Tratado de Ámsterdam, dispone que para un mismo trabajo o para uno al que se atribuya igual valor, se eliminará la discriminación directa o indirecta por razón de sexo “*en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución*”. El Tratado de Lisboa (entrado en vigor en 2009)¹⁴³, reitera el principio *TIV*, al decir en su art. 157 (antiguo art. 141 del Tratado constitutivo de la UE): “*Cada*

¹⁴² La doctrina iuslaboralista europea había criticado arduamente que el artículo 119 del Tratado de Roma hubiese consagrado el principio *TI* y no el de *TIV*. Sin embargo, hay que recordar que la Comunidad Europea en sus orígenes tuvo un carácter eminentemente económico (Comunidad Económica Europea), con algunas cuestiones sociales estrictamente afines. Durante los primeros treinta años de existencia, la Comunidad se enfocó fundamentalmente en la construcción de un mercado interno y la política social estuvo por lo general relegada a un plano secundario. Fue posteriormente, a partir del Tratado de Ámsterdam, que la Comunidad tuvo, adicionalmente, un enfoque social fundamental. Según Heide (1999), la Directiva 75/117/CEE fue el resultado de cierta presión de Francia y de otros países que habían ratificado el Convenio 100 de la OIT, lo cual les hacía albergar el temor de que esa ratificación les supusiera una desventaja competitiva frente a países de la Comunidad que no lo habían ratificado (pp. 428 y 429).

¹⁴³ El Tratado de Lisboa reforma el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Unión Europea, que pasa a llamarse “Tratado de funcionamiento de la Unión Europea”. Al respecto, Bar (2010).

Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”.

El principio *TI*, al exigir que los trabajos que se comparen deban ser idénticos, o similares, entraña muchas limitaciones, pues, como se dijo antes, si bien combate las discriminaciones directas, no ofrece ninguna utilidad para enfrentar las indirectas, que son las más comunes y arraigadas, particularmente en contra de la mujer. Por eso Eyraud (1993b), lo señala como “*la edad de piedra de la igualdad de remuneración*” (p. 237).

2.2. “A trabajo de igual valor salario igual” (*TIV*)

La segunda expresión del principio de igualdad retributiva es “salario igual por trabajo de igual valor” (*TIV*), también denominada “*equal pay for work of equal worth*” (EEUU) y “*pay equity*” (Canadá) (Gunderson, 1994, p. 2).

Esta expresión del principio posee un espectro protector más amplio que la de *TI*, pues no se limita a comparar el mero contenido específico de la labor, al que se circunscribe este último (cuando exige para su aplicación que se trate de los mismos trabajos, o de trabajos sustancialmente iguales, en condiciones equivalentes, como ya se explicó). El principio *TIV* surge de la constatación de que existen trabajos que tradicionalmente se han adjudicado exclusivamente a ciertos grupos o colectivos (por ejemplo a las mujeres), lo que no permite compararlos con otros, desempeñados preferentemente por sectores usualmente dominantes de la población (por ejemplo los varones). Es decir, situaciones en las que el principio *TI* no puede aplicarse, porque no hay otro trabajo con el que pueda realizarse el juicio de comparación por igualdad estricta. En sentido laxo, el principio *TIV* cobija al *TI*, pero va más allá, pues no se requiere en absoluto que los trabajos sean iguales o similares, ya que ellos pueden ser incluso diferentes, con tal de que tengan el mismo valor (Oelz, Olney & Tomei, 2013, p. 35). La Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo, indica que, a diferencia

de otros instrumentos internacionales sobre igualdad de trato, las normas de esa organización optan por el “*valor del trabajo*” como centro de la comparación, pues éste tiene un sentido más amplio que las expresiones “*el mismo trabajo*” o “*trabajos similares*” (OIT, 1986, p. 11, reiterado en OIT, 2007b, párr. 2)¹⁴⁴. Como ya se dijo, ello significa que esta expresión de la igualdad retributiva posee una mayor idoneidad a la hora de combatir, además de las directas, las discriminaciones indirectas en materias salariales, es decir, aquellas que –bajo el manto de un tratamiento neutro–, encubren segregación retributiva indebida.

Precisamente, la introducción en muchas legislaciones del principio *TIV* en la segunda mitad del siglo XX, obedeció a la insuficiencia del *TI* para combatir las discriminaciones indirectas, particularmente aquellas que se orientan en contra de las mujeres, en oficios que tradicional y sistemáticamente han sido considerados como esencialmente “femeninos”, por lo cual no existen hombres con quienes pueda compararse el trabajo bajo el espectro de *TI*. La segregación entre empleos esencialmente masculinizados y feminizados conduce a una discriminación salarial de hecho, a partir del momento en que socialmente se valorizan más los trabajos típicamente masculinos que los típicamente femeninos y, por ende, se remunera mejor a los primeros que a los segundos. Surgió, así, la necesidad de hacer la comparación, no entre trabajos idénticos o similares, sino entre trabajos diferentes, pero que tuviesen el mismo valor (Eyraud, 1993b, p. 238).

Según Oelz, Olney & Tomei (2013), bajo el principio *TIV* se han equiparado empleos como los siguientes (advirtiendo que los empleos que se mencionan en primer lugar en las

¹⁴⁴ “[E]l concepto de «trabajo de igual valor» es fundamental para acabar con la segregación laboral por motivos de sexo en el mercado de trabajo, un problema que afecta a casi todos los países ya que permite un amplio ámbito de comparación, que incluye pero va más allá de la igualdad de remuneración por un trabajo «igual», el «mismo» o «similar», y también engloba trabajos que son de una naturaleza absolutamente diferente pero que sin embargo son de igual valor”.

duplas son predominantemente desempeñados por mujeres, en tanto que los mencionados en segundo lugar lo son principalmente por hombres): cuidadores de centros geriátricos con guardias de seguridad, supervisores de comedores escolares con supervisores de parques, preparadores de comida y limpiadores con jardineros y conductores, secretarias con clasificadores y repartidores de correspondencia, etc. (p. 36 y 37). También han sido equiparados oficios como cocinero y pintor de a bordo, jefe de terapia de audición y jefe de farmacia en hospital, operario de máquina de coser y tapicero en industria automovilística, entre otros (Scheepers, s.f., p. 15). Evidentemente, la equiparación de estos oficios no sería posible bajo el postulado *TI*.

El postulado *TIV* se consagró expresamente, de forma arquetípica, en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (Capítulo XIII del Tratado de Versalles), en 1919, es decir, unos dos años después de que la Constitución de Querétaro consagrara el postulado *TI*. En el Anexo a dicha Constitución, Sección II, artículo 427, bajo el acápite “Principios generales”, tras declarar que el trabajo “*no debe ser considerado simplemente como un artículo de comercio*”, se declara que existen “*métodos y principios para la reglamentación de las condiciones de trabajo*”, dentro de los cuales señala (#7) “*el principio del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de valor igual*”¹⁴⁵. Nótese que aquí, el principio *TIV* se proclama “*sin distinción de sexo*”, a diferencia –como se examinará más adelante en esta obra–

¹⁴⁵ Humberto Villasmil (2012), muestra cómo el artículo 123 de la Constitución mejicana de 1917 influyó en la adopción de este y de otros principios citados en el artículo 427 del Tratado de Versalles. Ello en buena parte debido a la participación de Samuel Gompers, uno de los dos delegados de los EEUU de América a la Conferencia de Paz y presidente de la Comisión redactora del que a la postre sería el Capítulo XIII de dicho Tratado (“Trabajo”). Gompers, Presidente de la *American Federation of Labour (AFL)*, había seguido estrechamente la evolución del proceso constituyente mexicano que concluyó con dicha constitución. Esta influencia, no obstante, pudo ser referencial, ya que el principio de igualdad retributiva adoptado en la Constitución de la OIT de 1919 fue diferente al consagrado en la Constitución de Querétaro (pp. 60 y ss).

, de lo que ha ocurrido en el desarrollo posterior de ese principio, que lo ha centrado fundamentalmente en las diferencias retributivas entre personas de sexos diferentes.

Posteriormente, la enmienda de 1946 a la Constitución de la OIT, entrada en vigencia en 1948 (20 de abril), no solamente reafirmó el principio general de que el trabajo no es una mercancía, sino que incluyó en el Preámbulo el “*reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor*”. Es decir, tal principio adquirió relevancia normativa, pues pasó de ser citado en el Anexo de la Constitución a ser insertado en el cuerpo mismo de ésta. Ello fue consecuencia directa de la Declaración de Filadelfia de 1944, que, como se dijo *supra*, no solamente concretó los fines y objetivos de esa organización internacional en el nuevo orden mundial de la segunda posguerra, sino que también trazó lineamientos muy claros, en el sentido de que la justicia social debería ser a partir de ahí el eje del desarrollo humano en el planeta. Y para lograr tal cometido, la Declaración expresa al final que los principios enunciados por ella –dentro de los cuales se entiende que está incluido el de igualdad retributiva–, “*son plenamente aplicables a todos los pueblos*”¹⁴⁶.

Con todo, hay un hecho curioso: mientras en el texto oficial del Preámbulo actual de la Constitución de la OIT se consagra el principio *TIV* (“*recognition of the principle of equal remuneration for work of equal value*”) y así mismo se hace en la versión castellana (“*reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor*”), la versión francesa entroniza el principio *TI* (“*l’affirmation du principe à travail égal, salaire égal*”). Siendo el inglés y el francés los dos idiomas oficiales de la OIT (Reglamento CIT, 2016, art. 24), no deja de causar cierta perplejidad esta disparidad entre los dos textos oficiales de la Carta Magna de la OIT.

¹⁴⁶ Para una descripción muy completa de los antecedentes y producción de la Declaración de Filadelfia, ver Revista Internacional del Trabajo, Jul. 1944. Sobre el mismo tema, véase también Lee, 1994, pp. 531-550.

La anterior confusión quizás pueda explicarse por la circunstancia descrita por Flanagan (1987a): las expresiones “*salario igual por trabajo igual*” y “*salario igual por trabajo de igual valor*” fueron prácticamente interpretadas como equivalentes durante buena parte del siglo XX. Incluso, en el seno de la propia comisión especial designada en 1919 para redactar el Capítulo XIII del Tratado de Versalles (“Trabajo”), que estableció la norma fundamental de la OIT, la mayoría de sus integrantes entendieron la expresión “*salario igual por trabajo de igual valor*” como otra manera de expresar “*salario igual por trabajo igual*”, o acaso como una excepción a esta. Y previamente a la iniciación de las deliberaciones de la comisión, circularon varios borradores, provenientes de diversas organizaciones laborales, de los que se deduce la misma equiparación (p. 7 a 10).

En los años siguientes a la fundación de la OIT la errada equivalencia de ambas expresiones del principio de igualdad retributiva siguió manteniéndose en distintos ámbitos. Por ejemplo en la propia Organización de las Naciones Unidas se presentó (ONU, 1960, pp. 2 y ss.). Pero un ejemplo normativo de cómo ambas expresiones se consideraban para entonces equivalentes, se encuentra en el artículo 7º del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), de 1966, concretamente en el literal “i)”:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

(...)

En otro orden de ideas, en los años transcurridos entre 1919 -cuando la Constitución de la OIT lo promulgó por vez primera-, y mediados del siglo XX, el principio de igualdad retributiva *TIV*, no tuvo menciones significativas como expresión de alcance diferente al de *TI*.

Sólo fue en 1951, cuando una norma -otra vez de carácter internacional-, lo invocó: el Convenio 100 de la OIT, “*relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*”. Sin embargo, a diferencia de los textos constitucionales de la misma organización de 1919 y 1948 (que lo consagraban con espectro general, es decir, sin distinción de sexo), el Convenio 100 lo concreta específicamente al trabajo de mujeres y hombres. Este instrumento internacional enfatiza que el derecho a la igualdad retributiva no debe limitarse a pagar igual salario por el mismo trabajo, sino también por un trabajo que tenga idéntico valor, una noción mucho más idónea para combatir, en materias salariales, tanto la discriminación directa como la indirecta. Ello evidentemente acompasado con el principio de igualdad y no discriminación, consagrado en los grandes pactos internacionales que vieron la luz en los años inmediatamente posteriores a la culminación de la segunda guerra mundial.

Posteriormente, la OIT emite el Convenio 117, sobre “política social (normas y objetivos básicos)”, de 1962. Este es un instrumento que, sin duda, hace eco al enfoque de la Declaración de Filadelfia, pues plantea medidas que apuntan al “*bienestar y al desarrollo de la población y a estimular sus propias aspiraciones para lograr el progreso social*” (art. 1º). En ese contexto, en su artículo 14, el instrumento internacional señala que uno de los fines de la política social en los estados miembros deberá ser el de “*suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato*”. Y para ello, entre otras medidas, indica que los estados miembros deberán fijar tasas de salarios, que se determinarán de conformidad “*con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa*”. Es notorio que este convenio de la OIT proclame el principio *TIV*, no solo circunscrito a la comparación del trabajo desempeñado por hombres y mujeres –como lo había hecho el convenio 100 once

años antes-, sino que lo amplíe a los oficios realizados por los trabajadores en general, sin distinción de sexo.

Sin embargo, puede decirse que a pesar de su consagración en 1919 y a su posterior reiteración en los instrumentos internacionales de la OIT de 1951 y 1962 –antes mencionados-, fue sólo a partir de los años 70 del siglo pasado cuando la expresión *TIV* cobró relevancia en la práctica, merced a su entronización positiva en las legislaciones de algunos países, registrándose los mayores avances en igualdad retributiva en los países industrializados (Eyraud, 1993a, p. 4; OECD, 1991, p. 7)¹⁴⁷. Desde entonces se entiende que dos trabajos (cargos) tienen el mismo valor cuando, no siendo sus contenidos rigurosamente iguales o similares, sino incluso distintos, poseen el mismo “peso”, importancia o significación dentro del ámbito laboral en el que se ejecutan y evalúan.

Es decir, los trabajos que se comparan a la luz del postulado de *TIV*, no necesariamente poseen el mismo contenido, pero son equiparables en cuanto a habilidades, destrezas, educación, experiencia, esfuerzos físicos o intelectuales y responsabilidades, así como en cuanto a condiciones de trabajo. La transgresión del principio de igualdad retributiva, bajo esta expresión, ocurrirá cuando, teniendo los cargos que se comparan objetivamente el mismo valor, se deprecia uno de ellos y, como consecuencia, se reconoce un menor salario a quien lo desempeña.

El caso más patético se encuentra en ciertos cargos que, por ser tradicionalmente desempeñados por mujeres, son menospreciados, en contraste con otros oficios que, a pesar de

¹⁴⁷ El repunte del principio *TIV* a partir de los años cincuenta del siglo XX parece darse naturalmente en medio del auge del Estado Social de derecho e intervencionista, de las teorías keynesianas en la economía y de las teorías humanistas de las relaciones industriales (E. Mayo y otros), que buscaron canalizar el conflicto inherente a las relaciones laborales, evitando que se tornara catastrófico. Al respecto ver De la Garza (2000, pp. 21 y ss).

representar el mismo valor (aunque sean diferentes en sus contenidos), son desempeñados por varones y estos son, por ello, mejor remunerados. Con otras palabras, los tipos de trabajo tradicionalmente feminizados se pagan por debajo de los consuetudinariamente masculinizados. De hecho, el principio *TIV* se concibe como más idóneo para enfrentar las desigualdades de trato originadas en discriminaciones estructurales o de estatus (concretamente la que se realizan en disfavor de las mujeres).

En las últimas tres décadas del siglo XX, un número significativo de países introdujo normativas que consagraron el principio *TIV* en sus legislaciones, para enfrentar las discriminaciones indirectas y de estatus o estructurales de tipo retributivo que perjudican a las mujeres. Así, en 1970 la Gran Bretaña (United Kingdom, Equal Pay Act, 1970) introdujo una legislación que impuso una cláusula implícita en los contratos de trabajo, relativa a la igualdad entre trabajadoras y trabajadores, para efectos de trabajos iguales, equivalentes o de igual valor, a menos que el empleador demostrara que la diferencia de trato obedecía a factores distintos al sexo. Sin embargo, para hacerse efectiva la cláusula, debía establecerse en la respectiva empresa un sistema estándar de clasificación del trabajo. Esta normativa fue posteriormente modificada por el *Equal Pay Act* de 1975, y más tarde por el *Equal Pay (Amendment) Regulations* de 1983, que impuso el trato retributivo igual para trabajos de igual valor, aún en empresas que no tuvieran establecido tal estándar (Eyraud, 1993a, p. 4). Finalmente, mediante el *Equal Pay Act* de 2010 (United Kingdom, EPA 2010), se modificó esta legislación, precisando algunos de sus términos: se consideran trabajos iguales: i) dos trabajos iguales, o incluso similares cuando tengan poca importancia práctica las diferencias entre ambos (“*like work*”); ii) dos trabajos diferentes, pero calificados como de igual valor bajo un mismo esquema de evaluación (“*work rated as equivalent*”); y iii) trabajos diferentes, pero que tengan igual valor en términos de factores tales como esfuerzo, habilidad y toma de decisiones (“*work of equal value*”). (United Kingdom, EPSC, 2011, p. 16).

En años posteriores, otros países europeos también introdujeron el principio *TIV* – concretamente para combatir las discriminaciones salariales entre hombres y mujeres-, en algunos casos por influencia directa de haber ratificado el Convenio 100 de la OIT y en muchos casos también para cumplir la legislación comunitaria europea (sobre todo la Directiva 75/117/CEE del 10 de febrero de 1975, que interpretó el artículo 119 del Tratado de Roma). Por ejemplo Francia (1972)¹⁴⁸, Países Bajos (1975) -Asscher-Vonk, 1993, p. 109-, Italia (1977)¹⁴⁹, Finlandia (1987)¹⁵⁰ y España (sobre todo a partir de 1994)¹⁵¹, entre otros.

Algunos países no europeos, haciendo eco del Convenio 100 de la OIT, también adoptaron el principio *TIV*. Canadá, por ejemplo, había introducido el principio *TI* desde 1951, basándolo en cuatro criterios o *tertia comparationis*: habilidad, esfuerzo, responsabilidad y condiciones de trabajo. Pero en 1970 una decisión judicial en la provincia de Ontario ordenó el pago igualitario por trabajos de igual valor, decisión que, a su vez, sirvió de fundamento para la

¹⁴⁸ El *Code du Travail* establece (art. L-3221-2): “*Todo empleador proporcionará, por el mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, igual remuneración entre hombres y mujeres*”.

¹⁴⁹ Leyes 903 de 1977, art. 2º (igual valor), 125 de 1991 y últimamente el Decreto Legislativo 198 de 2006, Título III.

¹⁵⁰ A partir de 1987 mediante su Ley de Igualdad, Sección 8, parágrafo 2 (1) (Heikkerö et al, 1993, p. 64).

¹⁵¹ El Estatuto de los Trabajadores (art. 28, modificado por la L. 33 de 2002), señala: “*El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla*”. Antecedente de esta norma – como se anotó antes-, se encuentra en el artículo 4º, ordinal dos, de la Ley 56 de 1961, “sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”. Ha de tenerse presente que en España existieron algunas reglamentaciones de trabajo, que institucionalizaban el trato salarial diferente discriminatorio hacia las mujeres. Por ejemplo, salarios equivalentes a un determinado porcentaje del salario de los hombres, dentro de la misma categoría profesional (80% del salario del varón en la industria salinera, o, en ciertos casos, en la industria maderera; en las factorías bacaladeras se aceptaban diferencias salariales similares); o reglamentaciones que formalizaban como “femeninas” ciertas categorías profesionales, en las que se admitía un trato salarial inferior para las mujeres (por ejemplo, “telefonista” en la Compañía Telefónica Nacional de España). Al respecto ver Alonso Olea, M., 1961, pp. 341 y ss.

adopción de esta última versión de la igualdad retributiva en la jurisdicción de dicha provincia y ulteriormente para su consagración en la legislación federal (McDermott, 1993, p. 43), mediante la Ley canadiense de derechos humanos (*Canadian Human Rights Act*) de 1978, que se aplica a los empleados y a las industrias federalmente regulados¹⁵² (Canadá, 2016, Justice Laws Website, R.S.C. 1985, c. H-6) .

Australia acogió el principio *TI* durante buena parte del siglo XX, pero introdujo el principio de *TIV* a partir de 1972, mediante una decisión de la *Australian Conciliation and Arbitration Commission*, la cual fue reiterada en 1983 en los *National Wage Fixing Principles*. (Thornton, 1993, pp. 26-29).

Otros países que han adoptado el principio de *TIV*, son, por ejemplo, Japón en sus leyes de estándares laborales y de igualdad de oportunidades en el empleo (Okuyama, 1993, p. 97), así como más recientemente Suráfrica, donde se entiende por trabajo de igual valor aquel que es igual, sustancialmente similar o con el mismo valor de otro trabajo (Scheepers, s.f., SALG). También lo han hecho Arabia Saudita, Bosnia y Herzegovina, Chipre, Croacia, Eslovenia, Kenya, Malta, Polonia, Reino Unido (Gibraltar), República de Moldova, Rumania y Turquía, entre otros (OIT, 2012, p. 301).

En América Latina es predominante, legislativamente hablando, el principio de *TI*, con algunas excepciones que entronizan formalmente el principio *TIV*, como Argentina, que acogió este principio en la Ley 20.392 de 1973 y en la Ley del contrato de trabajo (Ley 20.744, 1976, art. 172), Perú, que introdujo el mismo principio en la Ley 28.983 (art. 6º, lit. f) de 2007¹⁵³,

¹⁵² Parte I, cláusula 11-1): “Igualdad de salarios. Se considera práctica discriminatoria de un empleador, el hecho de establecer o mantener diferencias de salarios entre trabajadores y trabajadoras, que estén vinculados al mismo establecimiento, cuando unos y otras realicen un trabajo de igual valor”.

¹⁵³ Para una crítica a la introducción legislativa de este principio en el Perú, ver Blume, 2010, pp. 121 y ss.

Ecuador, que lo consagra en el art. 326-4 de su Constitución de 2008 y Bolivia, que hace lo propio en la suya de 2009 (art. 48-V). Chile es un caso curioso, porque, contrario a la tendencia de los antes mencionados países latinoamericanos, no adoptó el principio *TIV* sino que reiteró el principio *TI* en la Ley 20348 de 2009, agregando algunos mecanismos de control que no están previstos en su Código de Trabajo. Colombia por más de sesenta años conservó el principio de *TI*, hasta el año 2011, cuando adoptó el *TIV* – de forma ambivalente- , por medio de la Ley 1496 de 2011, art. 7º (a este tema se aludirá en detalle en el capítulo sexto de esta obra).

Desde finales del siglo XX es evidente la tendencia a entender la igualdad retributiva como una fusión entre las dos descritas expresiones, es decir, el principio de igualdad retributiva se entiende como el imperativo de igual salario, bien sea para quienes realicen igual o similar trabajo, como para quienes desempeñen trabajo de igual valor. Por ejemplo, en la Comunidad Europea, la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo (art. 4º), integra en el principio de equidad en la retribución ambos principios¹⁵⁴. Algo similar hace el Reino Unido de la Gran Bretaña.

No obstante siguen existiendo países en donde continúa entendiéndose que el principio *TIV* ha de ser interpretado igual que el principio *TI* (OIT, 2012, p. 303). Otra particularidad es que –como ya se ha iterado aquí-, en algunos países (particularmente en Canadá y en los de la órbita de la Unión Europea), el principio se enfoca particularmente a buscar la igualdad de remuneración por el trabajo igual o comparable de hombres y mujeres.

2.3. Las diferencias entre los principios *TI* y *TIV*.

¹⁵⁴ “Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución”.

Es dable concluir que las diferencias entre los principios *TI* y *TIV* se resumen así:

- Por lo que se compara: en el *TI* se comparan los *contenidos* de las labores o tareas; en *TIV* se comparan los *valores* de dichas labores o tareas.
- Por los factores donde se exige la igualdad: en el *TI* se exige igualdad en las tareas (el mismo trabajo); en *TIV* se exige igualdad en el valor de los trabajos (por eso el trabajo puede ser el mismo o diferente y las tareas pueden ser iguales o disímiles).
- Por la forma en que se entiende la equidad en el trato: en el *TI* se demanda *identidad* de las labores; en *TIV* se reivindica, o bien la identidad, o bien la *equiparación o equivalencia* de las tareas.
- Por el método empleado para evaluar la igualdad: en *TI* se evalúa *el desempeño*; en *TIV* se valora *el cargo o puesto de trabajo*. Con otras palabras, en *TI* se valora el desempeño profesional, con el fin de estimar el modo en que un trabajador lleva a cabo sus tareas, mientras que en *TIV* se hace una valoración objetiva del puesto de trabajo, de forma que se evalúa el puesto específico y no el trabajador que lo ocupa.
- Por el tipo de igualdad que preconizan: *TI* busca la igualdad formal; *TIV* pretende ante todo la igualdad material o real.
- Por el tipo de discriminación que enfrentan: *TI* combate las discriminaciones *directas*; *TIV* afronta sobre todo las discriminaciones *indirectas*.

Ambos principios admiten que pueden existir diferencias de trato retributivo cuando ellas se fundamenten en factores objetivos (por ejemplo, la eficiencia, las exigencias que emanan de la naturaleza misma del puesto de trabajo), pero tienen aversión por las distinciones o preferencias basadas en motivos ilegítimos (sexo, edad, procedencia social, convicciones religiosas, credo político, etc.). Lo que ocurre es que, como se señaló inmediatamente antes, el

principio *TIV* –en contraste con el principio *TI*-, posee mayor idoneidad para encarar las segregaciones de tipo indirecto.

En el capítulo siguiente se abordará en profundidad la expresión “trabajo de igual valor”, sus distintos significados, el alcance que posee en el Derecho del Trabajo contemporáneo, los métodos para evaluarlo, los procedimientos para hacerlo efectivo, los ámbitos de aplicación, la carga de la prueba y las críticas que se le formulan.

Mientras tanto, en el acápite que sigue se abordará la consecuencia jurídica de la existencia de trabajos de igual valor: el salario que lo retribuye.

3. ¿Cuál es el salario que debe pagarse por un trabajo igual o de igual valor?

Sentadas las nociones básicas del “*trabajo igual o sustancialmente igual*” y de “*trabajo de igual valor*”, corresponde ahora discutir cuál es el salario que ha de pagarse por ellos. Vale decir, ¿cuál es el “salario igual” que ha de pagarse a los trabajadores que desempeñen un trabajo idéntico, sustancialmente igual o de igual valor?

Para comenzar, debe decirse que si dos trabajos son iguales –sea porque son idénticos o similares, o porque tienen igual valor-, la causa que origina el salario que los retribuye, debe también ser la misma. Pero para ello es necesario recordar cuál es la causa jurídica de la obligación salarial.

Son varias las posibilidades de respuesta a esta pregunta, que van desde las que imputan el salario al trabajo efectivamente prestado por el trabajador, o a su disponibilidad, o a la mera existencia de la relación laboral. Estas opciones corresponden a las diferentes teorías que se han planteado sobre la causa de la obligación salarial, que ahora se describirán, para luego señalar cuál es la que se tiene en cuenta para retribuir el trabajo igual o de igual valor.

No se busca aquí hacer un estudio exhaustivo del salario. Sin embargo, en función de los fines perseguidos por esta obra, es necesario decir con Costa (2005) que el salario es una noción multidisciplinar que posee al menos tres ángulos de análisis. En primer lugar, desde el punto de vista económico, el salario es parte del coste de la fuerza de trabajo necesaria en el proceso productivo; o sea, el salario es el precio del trabajo, determinado por las leyes de oferta y demanda (p. 29). Este es el concepto originario de salario de la economía liberal clásica¹⁵⁵.

En segundo lugar, desde el punto de vista social, el salario es una renta destinada a sufragar las necesidades del trabajador y su familia; un medio de vida, pero no para una vida escueta, de mero sostenimiento, que apenas cubra los costos de reproducción de la fuerza de trabajo –como lo entendía la concepción clásica liberal reseñada en el capítulo anterior-, sino un medio de vida calificado (Borrajo, 1961, p. 9), concepción esta que ha permitido superar la estrictamente económica antes descrita. En esta última dimensión, el contrato de trabajo es intervenido por una fuerte componente normada o dictada, que pone límites a la pura actuación de la lógica económica, de tal manera que el salario es influido no sólo por el contrato mismo, sino por el estatuto fijado por el legislador y por las instancias de representación y negociación colectiva. Ello ha dado lugar a que en los modernos ordenamientos jurídicos se sustraiga el salario a una directa correlación con la utilidad inmediata para el empleador, en el sentido de que el salario, sin prescindir del rendimiento del trabajador, se asocia con las necesidades de éste (por eso se dice que tiene una naturaleza alimentaria). Ello acarrea una especie de

¹⁵⁵ Adam Smith, en su obra *“Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones”* (1958/1776), señala al trabajo *“como la medida del valor en cambio de toda clase de bienes (...) lo que se compra con dinero o con otros bienes, se adquiere con el trabajo”* (p. 31), con lo cual otorga al trabajo la categoría de medida mercantil arquetípica en el sistema económico. Por su parte, Marx (2003) afirma que *“[l]o que en realidad venden los obreros al capitalista por dinero es su fuerza de trabajo”*, la que constituye, así, *“una mercancía”*, que el obrero cambia *“por otras mercancías de todo género y siempre en una determinada proporción”* (p. 83).

“desmercantilización” relativa del trabajo, mediante instrumentos de racionalización pública y colectiva (Fernández, 2001, p. 70-71). Esa función sustentadora del salario exige no solamente que éste sea justo, de conformidad con los principios de la justicia conmutativa y distributiva, sino también suficiente, lo que introduce –según Prosperetti, citado por Montoro (1980, p. 355), un elemento extraño al equilibrio sinalagmático, aunque conectado con la justicia social.

Finalmente el salario puede ser entendido en sentido jurídico, como contraprestación patrimonial, es decir, como una obligación orientada a la satisfacción de intereses susceptibles de valoración en dinero (Albaladejo, 2002, p.447), debida por el empleador al trabajador.

Estas tres facetas del salario no son excluyentes y por el contrario, son complementarias. Y debe agregarse que ellas configuran una noción *laboral* de salario, que en la práctica contrasta con otras nociones de salario, funcionales a otras ramas del derecho, como la tributaria o la de seguridad social, que no siempre se identifican con el concepto laboral de salario.

3.1. La causa de la obligación salarial.

Analizado a la luz de los dogmas *ius* privatistas, el contrato de trabajo es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo. Es bilateral porque sus partes se obligan una frente a la otra; es decir, las obligaciones son recíprocas o sinalagmáticas, no solamente en el momento de adquirirlas (sinalagma genético), sino a medida que se van ejecutando en correlación la una con la otra (sinalagma funcional) (Borrajo, 1961, p. 20); oneroso, porque tiene por objeto, como señala el art. 1497 del Código Civil colombiano, “*la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*”, es decir, hay “*cambio o trueque de prestaciones*” (Díez-Picaso, 1996, p. 224); y conmutativo, porque cada parte se obliga a dar o hacer algo que

se mira como equivalente a lo que la otra parte debe, a su vez, dar o hacer. A las anteriores características habría que agregar la de que es un contrato de tracto sucesivo, pues se ejecuta en el decurso del tiempo y las obligaciones que de él emanan se ejecutan día a día (García, 1981, p. 120). No obstante, en lo que sigue se ilustrará acerca de cómo, si bien la obligación salarial participa, en principio, de tales características provenientes del Derecho civil, ella reúne singularidades propias, que la distancian de la estricta dogmática civilista.

En efecto, como indican Ghezzi & Romagnoli (1995), en el contrato de trabajo la principal obligación patrimonial a cargo del empleador es el salario, al paso que la recepción de éste es el derecho principal del trabajador (p. 238). Ello, sin olvidar que el empleador tiene, además, las obligaciones genéricas de protección y seguridad para con los trabajadores y de respetar la dignidad humana de éstos (Montoya, 2008, p. 309). Es el salario el que marca el carácter oneroso del contrato de trabajo, pues la relación tendría otra naturaleza de no existir salario (Castro, 2007, p. 19). No puede, entonces, existir verdadero contrato de trabajo sin salario en sentido técnico-jurídico¹⁵⁶. La prestación de un servicio personal por fuera de un contrato de trabajo –cuando la relación contractual es onerosa-, puede ser retribuida sustancialmente mediante cualquier elemento patrimonial, pero es el salario, en el mencionado sentido técnico-jurídico, el que distingue la relación específica originada en este último tipo de contrato. Y esto se afirma porque, siguiendo a Costa (2005), es ante todo el salario el que justifica la subordinación mejor que otros medios retributivos (p. 36).

¿Pero cuál es la causa jurídica del salario? ¿Es decir, qué es lo que genera la obligación salarial a cargo del empleador?

¹⁵⁶ El art. 27 del CST colombiano, por ejemplo, preceptúa que “*todo trabajo dependiente debe ser remunerado*”

Debe decirse, para iniciar, que aquí se adoptará el concepto de causa, referido no al contrato¹⁵⁷ sino a la obligación¹⁵⁸, específicamente a la obligación salarial.

Varias teorías explican la causa de la obligación salarial. Se describirán ahora las principales:

3.1.1. Teorías contractualistas o sinalagmáticas.

En una perspectiva tradicional, la prestación del servicio y el pago del salario son las prestaciones mutuas de las partes del contrato de trabajo. La causa de la obligación salarial a cargo del empleador será entonces la prestación del servicio efectivo por parte del trabajador. Con otras palabras, el salario retribuye el servicio prestado por el trabajador. Es este un enfoque rigurosamente sinalagmático, según el cual la obligación de cada parte halla su causa en la de la otra, lo que significa que si una de ellas no cumple la suya, la de la otra parte no debería realizarse (*do ut des*). En concreto, si no hay cumplimiento de la obligación de prestar el

¹⁵⁷ El concepto de causa jurídica es uno de los temas de mayor discusión en la doctrina moderna, desde su planteamiento inicial por Jean Domat (1625-1696), afirma Díez-Picazo (1996). Para éste, la existencia de la causa es requisito esencial de toda obligación, hasta el punto de decir que no hay obligación sin causa. No obstante, es confusa la diferencia conceptual que realiza el jurista francés entre obligación y contrato y así se le ha criticado por la doctrina en general (p. 221). En la actualidad, asevera Ortega (1982), para algún sector doctrinal, el de causa sigue siendo un concepto perfectamente inútil (son los llamados “anticausalistas”, como Planiol, Baudry-Lacantinerie, precedidos por A. Ernst; en Colombia, Valencia Zea, González Valencia o Jaramillo Arango), al paso que para un amplio sector es una noción jurídicamente relevante (los denominados “causalistas”, como Capitant, de Ruggiero, Ripert, Maury y Josserand y en Colombia Zuleta Ángel, entre otros) (p. 651). Sin embargo, aún dentro de la doctrina causalista el concepto de causa no es uniforme, pues hay quienes optan por una noción objetiva, otros por una subjetiva y algunos por una unitaria. (Albaladejo, 2002, pp. 677 y ss.)

¹⁵⁸ En cuanto al ámbito de la causa, la doctrina fluctúa entre las posiciones que sostienen que todo acto jurídico requiere de una, hasta quienes entienden que la causa solamente se refiere a las obligaciones contractuales y no al contrato mismo, pasando por algunas posiciones intermedias (Albaladejo, 2002, p. 678). Para algunos doctrinantes, sin embargo, si bien la noción de causa se circunscribe, en principio, a la obligación y no al contrato, dicha noción se extiende a éste cuando su fin es ilícito o inmoral, pues en este caso se busca proteger el orden público y las buenas costumbres (Turcott, s.f., p. 217).

servicio convenido no habrá lugar al pago del salario, por falta de causa. Puede decirse con Fernández (2001), que esta concepción se aferra a la dogmática estrictamente cambiaria del contrato, propia del liberalismo clásico, en donde se da el tráfico o intercambio de dos bienes patrimoniales: trabajo y salario (p. 157). Es consecuencia, sin duda, de la asimilación del contrato de trabajo al de arrendamiento de servicios¹⁵⁹ y en general, en sentido riguroso, de la concepción del trabajo como mercancía, explicada en el capítulo anterior.

Las teorías contractualistas de la causa salarial olvidan que el contrato de trabajo es algo bien distinto al contrato civil, pues en el primero la obligación de hacer efectiva su prestación -pagar el salario- es imputable al empleador, aún en ciertas situaciones en las que no hay una prestación efectiva del servicio por parte del trabajador (vacaciones, licencias remuneradas obligatorias, descanso dominical y festivo, etc.), ineffectividad que no podría, en principio, ser causa de la prestación de la otra parte en el sinalagma civil. Tampoco explican el pago de ciertas partidas, que se consideran salario, a pesar de no corresponder estrictamente a la retribución de un servicio prestado por el trabajador. Ni el pago de otras, originadas en los resultados de la empresa (participación en utilidades, *stock options*, o *phantom shares*, por ejemplo), que pueden no obedecer directamente a la prestación del servicio por el trabajador. Para Costa (2007), la teoría contractualista clásica del salario trata de explicar las anteriores como excepciones al correlato directo entre salario y prestación del servicio, y para ello justifica el pago del salario en tales situaciones, bien como un pago indemnizatorio -ante la imposibilidad jurídica de la prestación del servicio por el trabajador (riesgo que debe ser soportado por el

¹⁵⁹ Existen de tiempo atrás voces que propugnan por volver a la absorción del contrato de trabajo por el Código civil. Por ejemplo Bustos Pueche, en “Sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código civil” (Revista Documentación Laboral, año 1997, Núm. 52), citado por Costa, 2005, p. 43.

empleador)-, o como un salario diferido, causado por el trabajo realizado con anterioridad. (p. 43)

Dicho sea de paso, la concepción rigurosamente sinalagmática de la obligación salarial, señala Costa (2007), inspira ciertas prácticas abusivas en las relaciones laborales que en el fondo consideran el trabajo como mercancía y el salario como precio de ésta. Esto es notorio en algunas modalidades de contratación laboral –especies de retorno al arrendamiento de servicios-, en las que se remunera estrictamente el trabajo “neto” realizado por el trabajador (atomización de la jornada de trabajo, por ejemplo), así como en otras en las que una parte considerable y desproporcionada de la retribución se hace depender de los resultados del trabajador (p. 45).

En conclusión, la teoría sinalagmática de la causa en la obligación salarial (salario/prestación del servicio), no explica coherentemente porqué esa obligación subsiste aún en eventos en los que no hay real prestación del servicio.

3.1.2. Teorías de la disponibilidad.

Ante las anotadas fallas de la teoría contractualista de la causa de la obligación salarial, se ha planteado la alternativa de que esta se encuentre, no tanto en el trabajo efectivamente prestado, sino en la simple puesta del trabajador a disposición de su empleador. O sea, el empleador remunera la posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo, sea que la utilice o no. (Costa, 2005, p. 45). Se retribuye la disponibilidad y no la actividad¹⁶⁰. *Contrario sensu*,

¹⁶⁰ En el Estatuto de los trabajadores español, por ejemplo, el trabajador tiene derecho -según el art. 4-2-a)-, “[a] la ocupación efectiva”, lo que se interpreta como el deber correlativo del empleador a utilizar la disponibilidad del trabajador. Lo anterior se reitera en el art. 30 del mismo Estatuto, cuando se dice que el empleador deberá pagar el salario cuando el trabajador no pueda prestar sus servicios a causa de que el empleador “*se retrase en*

cuando en ciertas circunstancias el trabajador no esté disponible, el empleador no estará obligado a pagarle el salario por ese tiempo (por ejemplo durante la huelga).

Las teorías que hallan en la disponibilidad la causa de la obligación salarial no encuentran los escollos antes descritos de las teorías sinalagmáticas salario/servicio, en lo referente al carácter salarial de sumas que se pagan al trabajador cuando ellas no correspondan a la prestación directa del servicio.

Sin embargo, estas teorías, además de minimizar la importancia de la prestación del servicio -lo que constituye un error-, tampoco explican suficientemente porqué subsiste la obligación salarial aún en el caso de que el trabajador, no solamente no preste el servicio, sino que tampoco esté disponible para el empleador (por ejemplo durante las vacaciones, o los descansos), ni el pago de partidas al trabajador por los resultados de la empresa, situaciones en las cuales no es muy clara la correlación con la disponibilidad del trabajador.

3.1.3. Teoría de la relación de trabajo o de la subordinación como causa de la obligación salarial.

Como bien asevera Costa (2005), las dos teorías antes descritas se muestran insuficientes para explicar satisfactoriamente la causa de la obligación salarial, en situaciones tales como la obligación de pagar el salario aún por los lapsos en que no hay prestación efectiva del servicio, o en los que no hay disponibilidad del trabajador (p. 47).

Por eso es más acertado afirmar que el salario remunera, más que la prestación efectiva del servicio o la disponibilidad del trabajador, la continuada subordinación y dependencia de éste a su empleador, originada en la relación de trabajo. Subordinación o dependencia que, a

darle trabajo” por causa imputable al propio empleador. En la Ley general del trabajo del Perú se establece un derecho similar para los trabajadores (art. 47, núm. 1.)

su vez, posee un fuerte contenido estatutario y de orden público, que condiciona la mera voluntad de las partes expresada en el contrato de trabajo.

En Europa es generalizada la aceptación de la subordinación o dependencia como rasgo esencial de la relación de trabajo, así como causa de la obligación salarial, con algunas excepciones¹⁶¹. En el Derecho Comunitario europeo la relación de trabajo, y no el servicio o la disponibilidad, constituye la causa de la obligación salarial¹⁶². En América Latina la subordinación o dependencia es generalmente aceptada como el rasgo distintivo del contrato de trabajo¹⁶³. A su vez, la causa de la obligación salarial se explica en algunos países de forma

¹⁶¹ Un sector relevante de la doctrina española, por ejemplo, se ha distanciado de esta concepción, sobre todo durante la segunda mitad del siglo XX, para encontrar en la *ajenidad* esa causa, con ciertos matices (ajenidad en los riesgos del trabajo, o en sus frutos, o en la utilidad patrimonial, o en la titularidad de la organización, o en la ajenidad del mercado). La polémica entre quienes defendían a la ajenidad como causa del contrato de trabajo, frente a quienes mantenían a la dependencia o subordinación, se armonizó en el Estatuto del Trabajo español (desde su texto inicial de 1980), que en su artículo 1º adopta ambas tesis, al señalar (sin mencionarlo) que en el contrato de trabajo los “*trabajadores prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”. Una promiscua combinación de un concepto patrimonialista (ajenidad) y de un concepto personalista (dependencia, subordinación). Para una mayor descripción de lo anterior: Rodríguez-Piñero (1966, pp. 147 y ss.) y Ojeda Avilés (2007, p. 375-390). Y para una defensa del concepto de subordinación, pero entendida como mezcla de dependencia y ajenidad, ver Fernández A. (2001), p. 50 y ss.

¹⁶² El Tratado de Ámsterdam, al modificar el original art. 119 del Tratado de Roma, señala que “[s]e entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.”. La Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, reitera (art. 2-1-e) esta disposición.

¹⁶³ Así se constata, por ejemplo, en Argentina (art. 21 y 22 de la Ley del Contrato de Trabajo), Chile (art. 7º del Código del Trabajo), México (art. 20 de la Ley Federal del Trabajo), Panamá (art. 62 del Código del Trabajo), Perú (art. 1º de la Ley General del Trabajo), Venezuela (art. 35 de la Ley Orgánica del Trabajo), Ecuador (art. 8º del Código del Trabajo) y Costa Rica (art. 18 del Código del Trabajo). En Cuba, el Código de Trabajo expedido en 2014 también consagra claramente la subordinación como elemento distintivo del contrato de trabajo (art. 9º), lo que significa un cambio conceptual con respecto a lo que afirmaba el código anterior de 1985, el cual no hablaba de subordinación sino de “*la vinculación laboral del trabajador con las entidades laborales mediante el contrato de trabajo o la designación para desempeñar una ocupación o cargo*”.

sinalagmática (servicio/salario), en tanto que en otros se radica en el contrato o relación de trabajo, o en la subordinación¹⁶⁴.

Esta prevalencia de la subordinación como elemento cardinal de la caracterización jurídica de la relación de trabajo, continúa manteniéndose a pesar de que en la época actual se están dando grandes transformaciones en la práctica del poder dentro de dicha relación, que hacen cada vez más complejo mantenerla funcional, como lo era cuando se la adoptó a principios del siglo XX. Esto ha llevado a que el concepto de subordinación sea objeto de una especie de ampliación y evolución conceptual, que la entiende, no como la simple sumisión a unas órdenes en la ejecución del trabajo, sino como la integración del trabajador a un ámbito organizacional diseñado por y para otros. Esta concepción ampliada del concepto de subordinación permite cobijar bajo ella la autonomía de que gozan hoy en día algunos trabajadores –que les acerca al trabajo independiente o autónomo–, por efecto del desarrollo de las nuevas tecnologías, su elevada formación profesional o los nuevos métodos de gestión

¹⁶⁴ En algunos de los países integrantes de la muestra examinada para esta investigación, la causa del salario en los códigos laborales o incluso en la Constitución, se hace radicar en “el servicio” o en “el trabajo” (México –art. 82–, Perú –art. 191–, Venezuela –art. 104– y Ecuador –art. 8º–; en la Constitución brasileña, “*el salario base*” debe ser “*proporcional a la extensión y a la complejidad del trabajo*” –art. 7º # 5), con lo cual se enfatiza el carácter sinalagmático de la obligación. Aunque en el caso de Perú la Ley general del trabajo habla de “suspensión imperfecta” de la relación laboral, durante la cual “*el empleador debe abonar la remuneración sin contraprestación efectiva de labores*” (art. 141), con lo cual pareciera adherirse a la teoría de la disponibilidad. En Chile (art. 41), Argentina (art. 103) y Costa Rica (art. 162), la causa de la obligación salarial se arraiga en “*el contrato de trabajo*”, en Panamá en “*la relación de trabajo*” (art. 140) y en Cuba (art. 24 del nuevo Código de Trabajo de 2014), expresamente en la subordinación (si bien se observa cierta contradicción con el “principio socialista” citado en el art. 2º como uno de los que fundamentan el Derecho del trabajo cubano: “*a cada cual según su trabajo*”). Esto significa que en estos últimos países la causa del salario no se explica por la doctrina sinalagmática, sino por la que la radica en la subordinación o dependencia. En la muestra se encuentra la llamativa excepción de Bolivia, donde se califica como “*empleado*” y “*obrero*” a quienes “*trabaja[n] por cuenta ajena*”, con lo cual se consagra a la ajenidad y no a la subordinación o dependencia como distintiva del contrato de trabajo (también el Código del Trabajo ecuatoriano, al definir la noción de “*empleador*” –art. 10–, pareciera mezclar la ajenidad y la subordinación).

participativa¹⁶⁵. Trabajadores estos que, por lo expuesto, se hallan sometidos más a obligaciones de resultado que a obligaciones de medio. Pero al mismo tiempo permite seguir abarcando bajo el concepto de subordinación muchas relaciones de trabajo en las que en la actualidad, por el contrario, aumenta el peso de la dependencia (Supiot, 1999, pp. 36, 46 y ss.).

3.2. La causa de la obligación salarial por un trabajo igual o de igual valor, en la normativa internacional.

Tanto las normas comunitarias europeas como el Convenio 100 de la OIT, establecen que el salario que debe pagarse a los trabajadores que realicen un trabajo de igual valor, debe ser el que tiene como causa la relación de trabajo.

Así, la Directiva 2006/54/CE, define la retribución como *“el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”*. Esta concepción proviene del art. 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma), de 1957.

A su vez, el art. 1-a) del Convenio 100 de la OIT señala que *“el término ‘remuneración’ comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en*

¹⁶⁵ Para el caso de trabajadores que despliegan cierta autonomía en el ejercicio de su trabajo –que bajo determinadas condiciones colindan con el trabajo independiente–, para caracterizar su contrato como laboral es necesario verificar si existen otros indicios que revelen el posible estado de subordinación. Es la técnica llamada del “haz de indicios”, que no exige que todos ellos se encuentren en la situación examinada, sino deducir de la presencia de algunos la existencia de un vínculo subordinado. La Recomendación 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo (2006), en sus puntos 9 y 13, indica que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente con base en *“los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador”*, para luego describir algunos indicios que pueden mostrar la manera como se realiza el trabajo y se recibe un estipendio.

dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”.

Pagar la remuneración “*en concepto del empleo*” del trabajador significa que la causa de la primera es la relación de trabajo¹⁶⁶.

Es decir, ni la directiva ni el Convenio citados radican la causa de la obligación salarial en la prestación efectiva del servicio o en la disponibilidad del trabajador.

Con respecto al salario básico, la normativa europea trae un concepto interesante, que el Convenio 100 de la OIT no prevé. Se trata de las disposiciones atinentes a la remuneración entre mujeres y hombres cuando realicen trabajos por unidad de tiempo o por unidad de obra. Dice el art. 157 (anterior art. 119) de la versión consolidada del Tratado de la Comunidad Europea:

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

Lo anterior garantiza que, en el caso del trabajo por unidad de obra, la remuneración se pague efectivamente igual por unidad, independiente del sexo del trabajador. Aquí el enfoque es sin duda estrictamente sinalagmático y parece referirse a trabajos iguales. En el caso de la remuneración para quienes ocupen un mismo puesto de trabajo (cargo), independientemente de si su jornada es completa o parcial, el pago debe ser el mismo, pero de manera proporcional.

¹⁶⁶ Según el Tesauro de la OIT (2017), la expresión “*empleo*” denota un trabajo que tiene carácter remunerado, lo que significa que bajo esa expresión no se comprenden las labores o actividades *ad honorem*.

Esta última medida contrarresta los pagos retributivos inferiores (no proporcionales) por trabajos de tiempo parcial, que usualmente son desempeñados por mujeres. Aquí el enfoque se orienta más hacia la relación de trabajo, inspirado en el principio *TIV*.

Con respecto al concepto de remuneración que corresponde al principio *TIV*, o sea, al Convenio 100 de la OIT, la CEACR ha dicho, efectivamente, que dicha noción va más allá de un salario que simplemente compagina con el emolumento que se pague por un trabajo efectuado o que haya de efectuarse (prestación efectiva del servicio), pues abarca los que se deriven de la relación de empleo (OIT, 1986, pp. 11 y 64).

O sea, se trata de un concepto amplio de retribución, que va más allá del considerado rigurosamente como salario “directo”, para extenderse a los ítems que el Convenio describe como emolumentos indirectamente pagados por el empleador. Y en ese orden de ideas, cubre conceptos como las facilidades de transporte, el pago de días de incapacidad, indemnizaciones por despido, retribución de permisos o del tiempo de formación, planes complementarios de pensiones, primas de navidad, etc.

Contrasta esta concepción de la causa salarial del Convenio 100 de la OIT, con la que consagra el Convenio 95 (relativo a la protección del salario), según la cual, constituye salario “*la remuneración o ganancia*”, cualquiera sea su denominación o método de cálculo, “*siempre que pueda evaluarse en efectivo*”, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, “*por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar*” (art. 1º). O sea, el Convenio 95 parece apostar por una noción sinalagmática de la causa salarial, pues hace gravitar la obligación retributiva alrededor de la prestación efectiva del servicio o de la obligación de prestarlo. Y ello contrasta con el concepto de causa del salario que entroniza el Convenio 100, que –se repite–, es la relación de trabajo.

El concepto de causa de la obligación salarial que trae el Convenio 100 consulta en mayor medida, sin duda, la justicia distributiva, porque garantiza que, cuando dos trabajadores realicen la misma actividad laboral o un trabajo de igual valor, ambos tengan derecho a recibir la misma remuneración, en la medida en que ella corresponda a las mismas condiciones de subordinación dadas dentro de la relación de trabajo.

CAPÍTULO 4. EL TRABAJO DE IGUAL VALOR

1. Las diferentes formas de entender el valor del trabajo.

“Valor del trabajo” es una expresión polisémica. De un lado puede entenderse como el valor pecuniario o mercantil del trabajo, es decir, la cantidad de dinero con que se retribuye una labor, o sea su precio, en cuyo caso la expresión equivaldría a salario, un concepto que suele estar sujeto a las leyes de oferta y demanda y a la capacidad negociadora de las partes. También puede entenderse con el significado reconocido por la teoría económica clásica (injerencia del trabajo en la composición del precio de las mercancías -Smith y Ricardo-, o en la conformación del capital -Marx). En las sociedades de mercado, gracias a la adopción del concepto de “valor de cambio”, el valor del trabajo se asimila a la cantidad de bienes por la que él se intercambia, lo que lleva a que en tales sociedades valor y precio sean equiparables¹⁶⁷, ya

¹⁶⁷ En la economía clásica, la Teoría del *valor-trabajo* considera que el valor de un bien depende de la cantidad de trabajo utilizada en producirlo. Esta teoría fue expuesta por Adam Smith (si bien John Locke (s.f.) había afirmado en 1722, en su Tratado del Gobierno Civil, que “*es el trabajo el que establece la diferencia de precio entre las cosas*” (p. 42) y también que el trabajo “*es la medida universal y más exacta del valor, la única regla que nos permite comparar los valores de las diferentes mercancías en distintos tiempos y lugares*”). Por tal razón Smith (1958) lo considera un valor invariable e inmutable, mientras que los otros bienes pueden aumentar o disminuir de valor (pp. 34 y 37). Más tarde, David Ricardo (1959/1817), criticará la noción de Smith y sostendrá, a diferencia de éste, que el valor-trabajo también varía, ya que no son iguales la cantidad de trabajo empleado en producir un bien y la cantidad de trabajo que este mismo bien adquiriría. No es la cantidad comparativa de bienes producidos por el trabajo la que determina su valor, sino las cantidades comparativas de bienes que se entregan al trabajador a cambio de su trabajo (pp. 12 y 13). Marx (s.f./1867), toma la noción de valor-trabajo, pero no propiamente para explicar el precio final de las mercancías, sino para explicar la forma como se configura el capital. Sostendrá, así, que el trabajo es un valor histórico y social. En la sociedad capitalista, ese trabajo es de carácter abstracto, o sea, desprendido de las características propias del respectivo oficio, lo que lleva a que el

que lo que verdaderamente importa en ellas es el valor del trabajo, entendido como potencial para el intercambio mercantil.

Circunscribiéndose al ámbito laboral, el valor del trabajo puede ser estimado desde tres puntos de vista (Eyraud, 1993a, pp. 6 y ss.): desde el ángulo del mercado (mayor o menor aprecio que dispensa el mercado laboral a un trabajo, en función de su escasez relativa), desde la óptica de la contribución que hace el trabajador a los resultados perseguidos por el empleador, y desde la mirada de su contenido o naturaleza, es decir, de su valor intrínseco. Dependiendo del punto de vista que se adopte, entonces, dos trabajos que se comparen podrían o no tener el mismo valor, según lo señalen así el mercado, la productividad que exhiban quienes los desempeñan, o la naturaleza o contenido igual de ambos. Un mismo trabajo, pues, podría tener valoración divergente, dependiendo del ángulo desde el que se analice. En el primero y en el tercero se apela a referentes que actúan con criterios que se suponen objetivos (el mercado y un método neutral de valoración), en tanto que el segundo evalúa un factor subjetivo, como lo es el particular rendimiento del trabajador. Los dos primeros criterios son de carácter económico, en tanto que el tercero tiene mayormente índole jurídica y surge de la

trabajo utilizado sea una especie de “promedio social” de trabajo que, aplicado dentro de una “jornada social necesaria”, produce cualquier valor de uso, dentro de determinadas condiciones sociales normales de habilidad e intensidad. Lo que determina el valor del trabajo en la sociedad capitalista, según Marx, es cuánto de ese trabajo o jornada social es necesario para producir un valor en uso. De esta manera, Marx distingue entre el *trabajo* y la *fuerza de trabajo*. Esta última tiene la singular propiedad de ser fuente de valor; es decir, crea valor a medida que se consume. El poseedor del dinero compra la *fuerza de trabajo* (la capacidad de trabajar) por el valor que tiene como mercancía, y paga por ella el tiempo socialmente necesario (que es equivalente al costo de sostenimiento del obrero y su familia). Es decir, compra la capacidad de trabajo por un valor (salario), pero ese valor es inferior al de las mercancías que con aquella se produce. La mercancía se produce en un tiempo menor al de la jornada contratada, en el cual el obrero crea un producto que cubre dicho costo, y de esta manera queda una jornada remanente, durante la cual crea un producto suplementario, no retribuido, que constituye la *plusvalía*, que luego es recibida por el empresario y que, acumulada, conforma el capital (pp. 39, 88, 89, 190, 205 y 208). Puede decirse con Bowles (2010, Cap. 8, p. 3) que, según Marx, en el contrato de trabajo el trabajador se obliga a entregar al empleador un tiempo en el cual labora sometido a la autoridad de éste.

necesidad de procurar que la valoración de los cargos esté exenta de sesgos discriminatorios, cosa que los dos primeros criterios no aseguran.

En algunos casos, el valor de un trabajo podría ser igual o muy similar, tanto desde la óptica del mercado como desde el ángulo de la naturaleza misma de ese trabajo. Sería el caso de trabajos -de suyo complejos-, que son apreciados en el mismo alto grado, tanto por el mercado laboral como internamente por la respectiva empresa o sector, al aplicárseles en este último caso métodos que evalúan su importancia intrínseca. Pero también podría haber discordancia en los resultados arrojados al aplicar esos mismos dos criterios (Eyraud, 1993a, p. 3). Por ejemplo, cuando en una empresa cierto trabajo asistencial ha sido principalmente desempeñado por mujeres, en tanto que determinado oficio técnico ha sido dominado por hombres; además, ambos oficios han sido calificados como de igual valor en la empresa (utilizando un método de valoración intrínseca y neutral), por lo que se concluye que ellos deberían ser remunerados igual. Sin embargo, si fuera más dispendioso encontrar en el mercado laboral quienes desempeñaran uno de esos oficios, esa escasez determinará que quienes fueren idóneos en este último serán, en la práctica, no igual sino mejor remunerados con respecto a quienes ejecutan el otro oficio, que es menos demandado por el mercado.

A continuación se ahondará en los tres criterios enunciados, para luego, en los siguientes acápites del presente capítulo, examinar con mayor profundidad el alcance del tercero (el valor según la naturaleza del trabajo), así como sus principales implicaciones, ya que dicha acepción constituye el objetivo de este trabajo.

1.1. El valor del trabajo según el mercado.

Para este enfoque, el valor de un trabajo será el que determinen la oferta y la demanda en el mercado laboral. Usualmente en éste último se apreciarán más aquellos oficios que dependen de habilidades, aptitudes, calificaciones o destrezas de difícil hallazgo. Así entendido, el valor

del trabajo está evidentemente conectado con el concepto de trabajo como mercancía, sometida como tal a las leyes de oferta y demanda. El contraste con la concepción del valor fundamentado en el contenido del trabajo, estriba en que en éste se ignora la lógica puramente económica y en su lugar se impone el espíritu social protector del Derecho del Trabajo, traducido en la igualdad. De esta manera, la valoración interna que se haga de un trabajo puede estar a menudo en contradicción con la que se derive del mercado. (Eyraud, 1993b, p. 244).

Y es que, además, el mercado no hace necesariamente valoraciones neutrales de los trabajos, pues ellas –adicionalmente a consideraciones relativas a la escasez o abundancia de las competencias buscadas-, usualmente también reflejan los sesgos o prejuicios culturales o ideológicos que priman en la sociedad donde ese mercado se halla inmerso. Es decir, las valoraciones que hace el mercado tienen muchas veces sesgos discriminatorios. Un ejemplo que patentiza lo anterior es el caso de trabajos considerados femeninos: en muchas sociedades se estima que los trabajos consistentes en cuidar de otros, las labores domésticas, la preparación de alimentos, entre otros ejemplos, deben ser, “por naturaleza”, desempeñados exclusivamente por mujeres, al paso que otros oficios deberían ser solamente realizados por hombres, como la conducción de automotores, la operación de ciertos tipos de máquinas, las actividades científicas o ingenieriles, etc. Lo anterior se agrava con la aceptación, muy generalizada, del mito consistente en que la contratación de mujeres acarrea costos más altos para el empleador¹⁶⁸. Por eso –afirma Chicha (2006), una ocupación apreciada por el mercado como de baja calificación podría en efecto no serlo, si se sometiera a un análisis neutral, es decir, no discriminatorio, ya que objetivamente –o sea, sin ser objeto de prejuicios-, podría merecer el

¹⁶⁸ En un estudio de la OIT, afirman Abramo & Todaro (2002), realizado en cinco países latinoamericanos, se halló que el costo adicional de emplear una mujer y cubrir los gastos de protección a la maternidad, es bajo, pues corresponde a menos del 2% de la retribución bruta mensual de las mujeres trabajadoras. Ello se debe en parte a que varios de esos costos son asumidos por el sistema de seguridad social, si bien existen algunos costos para el empleador, como los de reemplazo durante licencias de maternidad. (pp. 393 y ss.)

reconocimiento de mayores calificaciones y responsabilidades que fueron ignoradas o evaluadas con bajo puntaje en el mercado (p. 4).

Por lo anteriormente expuesto, el entendimiento del valor del trabajo basado en la lógica de mercado, no es el que se acoge en la mayoría de las legislaciones que regulan la equidad salarial. No obstante, debe decirse que, ante ciertas situaciones claramente inevitables, el criterio del mercado ha sido reconocido por los jueces de varios países, como relevante para justificar diferencias salariales. Ello se basa en el hecho verificable de que, en ciertas épocas, puede en la práctica darse escasez de personas con determinadas destrezas o conocimientos requeridos por el aparato productivo y que incluso pueden ser críticas para la sociedad, por lo cual aumenta su demanda y el ofrecimiento de mejores salarios para aquellas personas que los acrediten. Esto constituye, sin duda, un aspecto complejo, ya que simultáneamente esos oficios podrían ser estimados en menor grado según los métodos de valoración neutral de los trabajos, o podrían también apreciarse en mayor medida otros trabajos, que según estos métodos poseyeran igual o incluso mayor valor que el reconocido por el mercado.

1.2. El valor del trabajo según la productividad de quien lo ejecuta.

El valor del trabajo también se puede medir en función de las contribuciones reales o virtuales que haga el trabajador a los objetivos y metas de la empresa, es decir, conforme a su rendimiento o a sus niveles de eficiencia y efectividad. Son frecuentes los sistemas retributivos que reconocen esos aportes, mediante pagos monetarios, tales como incentivos, comisiones, primas, recargos o bonificaciones. En muchas legislaciones las bonificaciones por antigüedad, los recargos por trabajo extraordinario o de horas extras y las primas de productividad, se reconocen como retribuciones válidas que justifican diferenciaciones entre trabajos de igual valor. Estos sistemas de pago son legítimos, en tanto sean objetivos y no entrañen tratos discriminatorios directos u ocultos. Por ejemplo, una bonificación por antigüedad podría, bajo

ciertas circunstancias, encubrir un trato segregacionista en contra de las mujeres, dado que a menudo ellas se ven obligadas a interrumpir sus carreras laborales más que los hombres, con motivo de los roles familiares que socialmente se les ha asignado. Los recargos por tiempo suplementario o de horas extras son en la práctica una de las mayores fuentes de discriminación retributiva en contra de las mujeres, por razón de que éstas disponen de menores posibilidades de laborar tiempo suplementario, al estar obligadas a atender los deberes hogareños adjudicados a ellas. (Eyraud, 1993b, pp. 245-246).

Es evidente, entonces, que los sistemas de valoración fundamentados en el rendimiento o aporte del trabajador a las metas empresariales, no se centran en el valor mismo del trabajo -es decir, en una estimación del trabajo, al margen de las características de su titular-, sino precisamente en el desempeño individual de éste, lo que expone dichos sistemas al influjo de las características o contingencias propias de quien lo realiza, que pueden reflejar situaciones discriminatorias.

1.3. El valor según la naturaleza del trabajo: valor intrínseco o inherente del trabajo.

1.3.1. El concepto de “valor del trabajo” acorde con el principio de equidad retributiva (*TIV*).

En el capítulo anterior se describió la diferencia general entre las dos acepciones del principio de igualdad retributiva, comúnmente aceptadas en la actualidad: salario igual por un trabajo igual (*TI*) y salario igual por un trabajo de igual valor (*TIV*).

El entendimiento de *TI* no reviste, en principio, mayores dificultades: si la labor de dos o más trabajadores es igual o similar, deben recibir remuneración igual, sin importar el rótulo o denominación que se adjudique a los cargos que ocupen, salvo la existencia de factores que ameriten objetivamente una diferencia. En contraste, la noción de *TIV* no resulta ser tan

sencilla, pues se trata de comparar trabajos que incluso pudieran ser diferentes, pero equiparables porque poseen el mismo valor.

Es precisamente en el atributo “*igual valor*” de los trabajos que se comparan donde estriba la dificultad. ¿Cuándo dos trabajos poseen igual valor según su naturaleza, es decir, cuándo son equiparables?

La expresión “valor del trabajo” acorde con el principio de equidad retributiva propia del Derecho del Trabajo, posee una connotación axiológica que alude al valor social del trabajo, a su mérito intrínseco, apreciado con desapego de factores extrínsecos a la especificación misma del trabajo, particularmente de aquellos elementos de diferenciación ilegítima, atribuibles a quien lo desempeña (sexo, nacionalidad, edad, etc.). Pero también esta concepción del “valor de trabajo” es diferente a aquellas –descritas inmediatamente antes aquí–, en las que el valor está o bien determinado por el mercado o bien por la contribución del trabajador a las metas definidas por el empleador, pues se trata del valor intrínseco o inherente del trabajo mismo. Por eso para Gunderson (1994) “valor del trabajo” es una noción administrativa y no económica (p. 25). Según Quintanilla (s.f.), trabajo de igual valor es aquel que, pudiendo ser diferente, resulta equiparable a otro, en cuanto a la dificultad de sus funciones, condiciones de trabajo, cualificación, esfuerzo físico o mental, habilidad, atención o responsabilidad (p. 25). Es, entonces, un concepto –y ahí estriba mucha de la dificultad que la instauración del principio *TIV* implica en la práctica–, de cierta manera exótico para las economías de mercado, que no es del todo funcional a ellas y a su racionalidad de oferta y demanda.

No hay una definición universal homologada de lo que significa “trabajo de igual valor”, en el contexto del derecho antidiscriminatorio. Sin embargo, algunas pocas legislaciones nacionales lo definen, como por ejemplo el *Code du Travail* francés (art. 140-2):

*(...) se consideran de igual valor los trabajos que exigen a los trabajadores un conjunto comparable de conocimientos profesionales acreditados por un título, un diploma o una práctica profesional, de capacidades adquiridas por la experiencia, de responsabilidades y de carga física o nerviosa*¹⁶⁹.

A su vez, la Ley canadiense de derechos humanos de 2015 (Parte I, artículo 11-2), señala:

*Para determinar el valor de un trabajo desempeñado por trabajadores contratados en el mismo establecimiento, el criterio que debe aplicarse es la combinación de habilidades, esfuerzo y responsabilidad requeridos en la ejecución del trabajo y las condiciones bajo las cuales éste es realizado*¹⁷⁰.

Finalmente, la jurisprudencia comunitaria europea, con base en la Directiva 75/117/CE (postura acogida luego en la Directiva 2006/54/CE), ha dicho que para apreciar si existe un mismo trabajo o un trabajo al que pudiera atribuírsele un mismo valor, *“debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable”*¹⁷¹.

Puede concluirse que, según el principio *TIV*, dos trabajos se considerarán iguales –y en consecuencia deberán retribuirse igual-, cuando posean el mismo valor, importancia, utilidad o significado, es decir, cuando sean equiparables, aunque tengan diferentes contenidos específicos y denominaciones y, con mayor razón, si estos últimos son los mismos.

¹⁶⁹ “Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l’expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse”.

¹⁷⁰ “In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment, the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed”.

¹⁷¹ Al respecto, ver la sentencia del Tribunal de Justicia de las CE, asunto C-381/99, 26/06/2001, párrafo 43, caso Brunnhofer. (CVRIA, 2001).

La expresión “trabajo de igual valor” no sólo puede entenderse en sentido estricto (trabajos diferentes que sean comparables por poseer igual valor), sino que debe ser comprensiva –en un sentido amplio o *lato-*, de trabajos que sean equiparables, ora porque sean los mismos, ora porque sean diferentes pero posean el mismo valor.

La comparación de los núcleos propios del principio *TI* y *TIV* esclarece lo que significa, *en su esencia*, cada uno de ellos:

En *TI* se compara *el trabajo* que desarrolla el trabajador A, con el que desarrolla el trabajador B, para concluir que, si ambos hacen *el mismo o similar labor*, sus salarios deberán ser iguales. Es decir, se compara *lo que hace* un sujeto con *lo que hace* otro sujeto y si ambos ejecutan el mismo o similar trabajo, deben recibir la misma retribución. El principio *TI*, pues, se centra básicamente en la evaluación del desempeño. Adicionalmente a la comparación del trabajo que cada sujeto realiza, algunas legislaciones que han adoptado el principio *TI*, exigen cotejar otros *tertia comparationis* adicionales a hacer lo mismo (por ejemplo, el mismo puesto, en la misma jornada y las mismas condiciones de eficiencia), por manera que si los trabajadores comparados ejecutan su trabajo bajo ciertas condiciones iguales, su labor se considerará igual y por tanto el salario de los respectivos trabajadores debe ser el mismo.

En cambio, en *TIV* la comparación *no* se realiza entre *lo que hacen o ejecutan* A y B, o sea en cómo se desempeñan en igualdad de circunstancias. Es decir, se elimina todo factor atribuible a los sujetos concretos en la comparación, para enfocar el cotejo en entidades objetivas: se tasan o justiprecian los dos *puestos de trabajo*, con abstracción de las características y desempeños personales de quienes los ejecutan, con el fin de encontrar *el valor* propio e inherente de cada puesto¹⁷². Cuando se llega a la especificación de los puestos de

¹⁷² En la encuesta realizada por la Oficina Internacional del Trabajo, durante la fase preparatoria del Convenio 100, Bélgica propuso que no se hablara de “naturaleza del trabajo”, como objeto de comparación para determinar

trabajo de manera candorosa, vale decir, libre de prejuicios y atendiendo estrictamente a sus requerimientos naturales, se aleja la posibilidad de clasificaciones basadas en criterios segregacionistas (“trabajos propios...” de hombres, de mujeres, de inmigrantes, etc.). De esta manera, si, después de someterlos a un mismo método neutral de evaluación, se encuentra que ambos puestos de trabajo tienen *el mismo valor*, aunque ellos no sean iguales sino incluso desemejantes o diferentes, ha de asignárseles idéntico salario a ambos puestos, independientemente de si sus titulares son hombre o mujer y también con prescindencia de la raza, la edad, el origen social, etc. Sin embargo, ello no obsta para que se presenten factores objetivos de diferenciación retributiva, como por ejemplo ciertas características predicables objetivamente del titular del cargo u ocupación (eficiencia, obtención de ciertas metas, etc.).

Cuando el principio *TIV* centra el cotejo en los puestos de trabajo, se aleja el riesgo de segregación sobre quienes los desempeñan, lo que muchas veces es difícil de evitar en el principio *TI*. De ahí que pueda afirmarse que el principio *TIV* busca la igualdad material en mayor medida que el principio *TI*. Esto es evidente en el caso de la comparación entre el trabajo de hombres y mujeres, pues a menudo hay trabajos que se reputan como propios de los varones, en tanto que otros, distintos a los anteriores, se consideran sólo femeniles, por lo que es difícil o imposible encontrar igualdad o similitud entre esos trabajos, que justifique la igualdad salarial bajo el principio *TI*. El ejemplo patético es de los trabajos que exigen supuestamente un cierto esfuerzo físico (y por lo tanto, se les considera tradicionalmente coto exclusivo de los varones), frente a los trabajos que no lo exigen, o lo exigen en mucha menor proporción (por lo que se consideran exclusivos de las mujeres), los que, al ser trabajos distintos y no iguales, se les

el valor de un trabajo, sino la expresión inglesa “*job content*” (contenido del trabajo) (OIT, 1950, p. 20). Esta propuesta era razonable y gramaticalmente más acertada, pues utiliza la palabra *job*, que, como sustantivo, es más precisa en la lengua inglesa para denotar algo real e independiente de la persona (puesto de trabajo), y no la palabra *work*, que, al poder jugar tanto como sustantivo (puesto de trabajo), que como verbo (actividad desempeñada), se puede prestar a confusión.

atribuyen diferentes retribuciones –mayores para los trabajadores masculinos-, en consideración a que el trabajo varonil es más difícil y arduo que el de las mujeres. Igual situación se presenta con trabajos donde priman ciertas características tradicionalmente atribuidas a los hombres, para cuyo desempeño se prefiere a éstos sobre las mujeres, por razón de que –supuestamente-, ellos tienen mejores aptitudes que las segundas¹⁷³. En ambos ejemplos, el principio *TI* se enfoca en el contenido de las labores, pero no en el valor de ellas, pues enfatiza el aprecio por cierto tipo de destrezas –atribuidas normalmente a determinado colectivo-, que se consideran más importantes que las propias del colectivo objeto de discriminación.

Con todo, el principio *TIV* enfrenta problemas en su aplicación, no solamente por las discordancias que de hecho se presentan en su conceptualización, o por la discrepancia o desarmonía que en ocasiones se da con respecto a las valoraciones del mercado laboral o de las evaluaciones productivas, sino también, como señala Eyraud (1993b), por las nuevas formas de organización del trabajo, que introducen gran flexibilidad al contenido de los puestos de trabajo –por ejemplo, equipos de trabajo donde el deslinde de la actividad individual puede ser difícil de establecer-, lo que hace intrincado, no solamente realizar descripciones estables de éstos, sino compararlos (p. 7).

1.3.2. ¿Cuándo dos puestos de trabajo tienen igual valor?

¹⁷³ Hasta hace relativamente pocos años, funciones como la administración de justicia eran vedadas para las mujeres en muchos países. En Colombia, por ejemplo, fue solo hasta la reforma constitucional de 1936 (art. 8o), que “*la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos, aunque ellos lleven anexa autoridad o jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos*” (el art. 7o del mismo Acto Legislativo reservaba la calidad de ciudadanos solamente a los varones. El derecho al sufragio únicamente fue reconocido a las mujeres hasta el Acto Legislativo Núm. 3 del 27 de agosto de 1954).

El principio *TIV* señala que si dos trabajos poseen el mismo valor, deberán devengar la misma retribución. La aplicación de este principio implica, entonces, que cada puesto de trabajo debe valorarse y luego compararse con el valor de otros, para determinar cuáles comparten el mismo valor y retribuirlos igual.

La valoración de puestos de trabajo, con el objeto de aplicar el principio *TIV*, puede hacerse de tres maneras: i) como una práctica regular y metódica en el ámbito de la empresa – por iniciativa del empleador, o en cumplimiento de disposiciones contenidas en el contrato colectivo-; ii) dentro de un proceso judicial o administrativo, con ocasión de una demanda o requerimiento del o los trabajadores que pretenden una nivelación salarial con aquellos cargos que –según ellos-, poseen el mismo valor; iii) en aplicación de una clasificación profesional proferida por el estado. En esta monografía se examinará ahora la metodología utilizada para el efecto, advirtiendo que ella es usada con mayor rigor en el ámbito empresarial y en las clasificaciones oficiales mencionadas.

La manera óptima de descubrir el valor de un trabajo es mediante métodos cuantitativos o analíticos, como se explicará en los acápites que siguen. Según Coves y otros (2002), hay cuatro factores principales exigidos por el cargo, que deben ser evaluados en un trabajo para encontrar su valor (valor que luego ha de cotejarse con el de otros trabajos y así agrupar a aquellos que compartan el mismo) (p. 6):

- Capacidades (conocimientos, aptitudes e iniciativa).
- Esfuerzo (físico, mental y emocional)
- Responsabilidades (de mando o supervisión de personas; sobre seguridad de los recursos materiales y de la información, y sobre la seguridad y bienestar de las personas).
- Condiciones de trabajo (jornada, condiciones ambientales, retribución, etc.)

Estos cuatro requerimientos son generalmente reconocidos por diferentes legislaciones y doctrinas como distintivos del trabajo de igual valor.

Es importante resaltar que estos requerimientos son aplicables a las ocupaciones, independientemente de si ellas se desempeñan en tiempo completo o en tiempo parcial, lo que significa que la extensión de la jornada de trabajo no es un criterio válido, por sí solo, para establecer diferencias retributivas, cuando se comparan ocupaciones que son iguales o tienen el mismo valor.

Al respecto, el Convenio 175 de la OIT¹⁷⁴, en su art. 5º, señala:

Deberán adoptarse medidas apropiadas a la legislación y la práctica nacionales para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial no perciban, por el solo hecho de trabajar a tiempo parcial, un salario básico que, calculado proporcionalmente sobre una base horaria, por rendimiento o por pieza, sea inferior al salario básico, calculado por el mismo método, de los trabajadores a tiempo completo que se hallen en una situación comparable.

Y la Recomendación 182 (punto 10), complementaria del anterior convenio, indica: “*Los trabajadores a tiempo parcial deberían percibir, en condiciones equitativas, las mismas compensaciones pecuniarias adicionales al salario básico que reciben los trabajadores a tiempo completo en situación comparable*”.

1.3.3. La valoración neutra de los puestos de trabajo.

Bajo el principio *TIV* se exige que la evaluación de los puestos de trabajo sea neutral o imparcial, vale decir, exenta de apreciaciones arbitrarias o prejuicios discriminatorios (por ejemplo aquellos que valoran más a un trabajo que a otro con base en paradigmas sexistas). Y

¹⁷⁴ No ratificado aún por el estado colombiano.

es que cuando dichos sesgos imperan en la cualificación del trabajo, la valoración no puede reputarse neutral ni objetiva.

Cuando se logra que la valoración de puestos de trabajo sea neutra, se tiene mayor posibilidad de combatir con éxito no solamente las discriminaciones directas sino sobre todo las indirectas o encubiertas, en las cuales se segrega de hecho bajo la apariencia de tratos neutros. La especie más recurrida de aplicación del principio *TIV* se da en situaciones donde pueden existir discriminaciones sistémicas, de *status*, estructurales o de poder, es decir, aquellas que a menudo se presentan entre grupos, cuando alguno o algunos de ellos han sido tradicionalmente subordinados o demeritados por otros grupos hegemónicos. El caso típico es el de las mujeres, cuyo trabajo ha sido tradicionalmente subvalorado, por lo que, como lo señala Ferrajoli (1999), se valorizan ciertas identidades en desmedro de otras, y aquí concretamente a las mujeres frente a los varones (p. 74). Tradicional e históricamente el trabajo femenino, como fruto de esa minusvaloración -originada en motivos religiosos o en otros aceptados socialmente como “naturales”-, se le ha considerado como de inferior valor al masculino y, por tanto, retribuido con salarios más bajos que los devengados por los hombres.

Precisamente, el principal impulso a la implantación del principio de *TIV* fue la necesidad de contrarrestar o paliar la subestimación del trabajo femenino frente al masculino, para lo cual el principio *TI* se mostró insuficiente. En efecto, como se dijo *supra*, para aplicar *TI* se requiere que los trabajos sean iguales o similares, y dada la existencia de muchos trabajos que la sociedad rotula como caracterizadamente femeninos (y por tanto remunerados con bajos salarios), es difícil encontrar trabajos iguales a ellos, pero desempeñados por hombres, por lo que la comparación es impracticable. Pero de otro lado, cuando un oficio es desempeñado por hombres y otro, que es igual al anterior, es desempeñado por mujeres, resulta fácil presentarlos como diferentes, simplemente agregando algún componente al de los varones (por ejemplo

operaciones que demanden una fuerza física adicional), para de esta manera eludir la obligación de retribuir igual a los unos y a las otras, en cumplimiento del principio *TI*. Era entonces necesario para estos casos, que la comparación entre los trabajos se hiciera en función de la igualdad del valor natural, propio o intrínseco, del puesto de trabajo y no en función de la igualdad o similitud de las tareas de los trabajos comparados.

1.3.4. Los métodos cualitativos y cuantitativos de valoración de cargos.

El principio *TIV* exige encontrar el valor de los puestos de trabajo, para remunerar igual a los que compartan el mismo. Como ya se ha dicho, para encontrar dicho valor es conveniente adoptar métodos neutrales, imparciales, libres de subjetividad, arbitrariedad y discrecionalidad, que permitan hallar el valor intrínseco de los trabajos, con independencia de quién los desempeñe y al margen de criterios irrelevantes (sexo, origen social, edad, convicción religiosa, etc.).

Esencialmente, la valoración de los cargos puede hacerse mediante procedimientos formales neutrales al género, aunque en teoría se podrían utilizar procedimientos menos formales. Por ejemplo, en un procedimiento de negociación colectiva o en un procedimiento de quejas, las partes podrían simplemente acordar, con fundamento en un comparador apropiado, cuáles se considerarán trabajos de valor comparable. En general, sin embargo, la aplicación estricta del principio *TIV* se debería hacer mediante el uso de procedimientos formales de evaluación de trabajos, para determinar el valor de los puestos de trabajo (Gunderson, 1994, p. 34).

La mayor complejidad de las organizaciones surgidas a partir del siglo XX, indujo el surgimiento de técnicas de evaluación o valoración de puestos de trabajo, que permiten determinar sistemáticamente la posición relativa que cada uno de ellos ocupa en la estructura empresarial, basándose en la ponderación de la importancia de las tareas de que se trata. Con

ello también se ha logrado la superación de las tradicionales y antiguas taxonomías operativas –por ejemplo, clasificar los puestos en “no calificados”, “semicalificados” y “calificados”-, o administrativas –en función, por ejemplo, de la duración de la educación formal requerida (OIT, 1986a, p. 1, 4). Mediante la evaluación de los puestos de trabajo los salarios pueden asignarse de manera sistemática y objetiva –es decir, correlacionando lo más estrechamente posible el salario con la exigencia efectiva del cargo-, para evitar así su dispersión irracional causada por la determinación de los salarios con fundamento en la subjetividad, discrecionalidad o arbitrariedad de quienes poseen el poder de asignarlos. La valoración de los puestos de trabajo conduce al establecimiento de una curva o escalafón de salarios dentro de la respectiva organización¹⁷⁵.

Los métodos de valoración de puestos de trabajo pueden clasificarse en dos clases: los cualitativos (igualmente denominados globales o de clasificación) y los cuantitativos (llamados también analíticos). Unos y otros han sido mejorados de distintas maneras con el transcurso del tiempo (por ejemplo con la introducción de la tecnología informática, combinación de criterios cualitativos y cuantitativos, modelos de participación de los empleados, reducción del número de factores, etc.), pero conservando su estructura lógica básica. También se han desarrollado métodos híbridos, que consultan características tanto de los métodos cualitativos como de los analíticos, e incluso se han perfeccionado aún más los métodos cualitativos. Los métodos híbridos se han originado en la labor de investigación y en la experiencia acumulada por firmas de consultoría especializadas en valoración de cargos.

¹⁷⁵ Para 1960, años después de ser emitido el Convenio 100 de la OIT, ya existían algunos métodos que apuntaban a valorar los puestos de trabajo sin sesgos segregacionistas. La ONU (1960) reportaba, por ejemplo, el método C.W.S. (*Co-operative Wages Study for Elimination of Wages Inequities*), desarrollado para la industria siderúrgica estadounidense y canadiense (pp. 20 y ss.). En Bélgica se desarrolló entre 1947 y 1951 otro método que aplicaba un total de 32 factores, agrupados en cinco categorías.

Una cualidad importante de los métodos de valoración –resalta la OIT (1986a)-, es que el análisis se centra en la labor y en sus exigencias necesarias y suficientes para ejecutarla, con abstracción de aquellas cualidades o características particulares que distingan a quien es o ha sido titular del puesto objeto de análisis (p. 17). O sea, estos métodos no incurrir en el error de confundir la valoración del puesto de trabajo con la evaluación del desempeño de su titular. Los métodos de evaluación de puestos de trabajo serán tanto más idóneos para hallar el valor intrínseco del trabajo, y por tanto menos susceptibles a sesgos discriminatorios, en la medida en que aseguren esta característica.

Los métodos cualitativos y cuantitativos de valoración de puestos de trabajo, si bien adoptan técnicas matemáticas y estadísticas (sin duda más sofisticadas en la actualidad por la contribución de la informática), involucran inevitablemente, en mayor o menor medida, elementos de juicio subjetivos, dado que en el proceso intervienen personas evaluadoras. Sin embargo los llamados métodos cuantitativos, por lo que se explicará, disminuyen significativamente tales apreciaciones.

Los métodos cualitativos tienen dos modalidades: *Job ranking* y *Job classification*. Estos métodos establecen, respectivamente, una jerarquización y una clasificación o gradación globales de los puestos de trabajo, o sea, definen un escalafón de puestos, según su mayor o menor importancia, pero sin entrar a especificar sus distintos componentes, es decir, sin dividir las tareas en diversos factores¹⁷⁶. El problema principal de estos métodos es que no muestran

¹⁷⁶ Por ejemplo, los métodos de gradación clasifican, en orden ascendente, los puestos de trabajo en generales o rutinarios, que no requieren formación o instrucción particulares (aseador, mensajero, etc.); no calificados, que son los repetitivos que requieren mínima instrucción y mucha supervisión; calificados, que requieren poca dirección y supervisión y toman decisiones sencillas; especializados, que requieren amplia formación o experiencia, manejan integralmente ciertos procesos y personas, etc.

las diferencias de valor entre los empleos y por tanto encubren más fácilmente los estereotipos y sesgos sexistas (OIT, 2008b, p. 26).

En cambio, los métodos cuantitativos o analíticos, contrario a los cualitativos, desglosan los trabajos en sus diversos componentes, factores o subfactores comunes, a los cuales se asignan puntos. La sumatoria de esos puntos representa el valor del respectivo trabajo y la importancia de cada puesto en la jerarquía. Al asignar valores numéricos a los puestos de trabajo, los métodos cuantitativos o analíticos muestran si dos trabajos diferentes tienen el mismo valor y por tanto si deben ser remunerados igual (OIT, 2013, pp. 43, 44).

Esencialmente existen dos métodos cuantitativos o analíticos: el de asignación de puntos (*The Point System*) y el de comparación de factores (*The Factor Comparison Method*), si bien se han desarrollado métodos que combinan ambos. Los métodos cuantitativos incluyen distintos factores, que a su vez se descomponen en subfactores (los cuales también pueden dividirse en otros subfactores). El método de comparación de factores es en general el más acogido. En este método se toman en cuenta los cuatro factores de análisis que se indicaron *supra*: i) las calificaciones y capacidades, adquiridas mediante la educación formal e informal o la experiencia remunerada o no; ii) los esfuerzos (físicos, mentales o sicológicos); iii) las responsabilidades por el equipamiento, el dinero y las personas, y iv) las condiciones en que se realiza el trabajo, como los aspectos físicos (ruido, polvo, temperatura y en general riesgos para la salud), y sicológicos (estrés, aislamiento, interrupciones frecuentes, requerimientos simultáneos, agresiones de los clientes, etc.) (OIT, 2008b, pp. 27 y 28). No obstante, algunos métodos híbridos adoptan otros factores, en función del ámbito preferente en que se evaluarán los cargos¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Por ejemplo, para niveles directivos, los conocimientos prácticos (*know how*), la solución de problemas (*problem solving*) y las responsabilidades (*accountability*).

Una vez se le asigna un puntaje a cada puesto de trabajo, se establece una correspondencia con unos valores salariales básicos (a los cuales pueden agregarse otros factores, como por ejemplo puntajes por la antigüedad, el logro de metas, etc.). De esta manera los trabajos de igual valor reciben igual pago, independientemente de las características personales de quienes los desempeñan.

Los métodos analíticos están sujetos a menor margen de subjetividad, por lo que se consideran los más adecuados para evitar la discriminación retributiva. Pero ello sólo se logra en la medida en que se puedan erradicar los sesgos segregacionistas en la definición de los factores y subfactores. Por ejemplo, sería una conducta discriminatoria tener en cuenta factores que, además de no ser esenciales, probablemente no podrán ser reunidos por ciertos tipos de personas (pertenecientes a determinados colectivos), a las que se termina marginando consciente o inconscientemente. También lo sería, explica Eyraud (1993a), el asignar sin fundamento sólido y objetivo mayores puntajes al esfuerzo físico por encima del esfuerzo mental, a la fuerza más que a la destreza, al impacto económico más que a la probidad, etc. (pp. 6-7). Se trata, pues, de que el método sea neutral, o sea que no encubra motivos discriminatorios (sesgos, prejuicios o prevenciones que van indirectamente en detrimento de ciertos colectivos).

Con todo y que continúan siendo funcionales, la aplicación de estas metodologías se torna complicada en la actualidad ante las nuevas formas de organización del trabajo, en la medida en que las tradicionales y de cierta forma rígidas descripciones de los trabajos han cedido el paso a esquemas de trabajo muy flexibles, o incluso colectivas (trabajo en equipo), que dificultan las comparaciones (Eyraud, 1993b, p. 243).

En el capítulo siguiente, dedicado a examinar la aplicación del principio *TIV* específicamente al trabajo femenino, se describirán ejemplos de métodos analíticos concretos para ese efecto.

2. Los procedimientos para hacer efectivo el principio de pago equitativo.

En la práctica de los distintos países donde se ha instaurado, la aplicación del principio *TIV* tiene complejidades, en parte porque –como antes se afirmó–, es una noción que no siempre se acompasa con el talante de las sociedades de mercado, fundadas en la lógica del intercambio; pero también porque no siempre son claros los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de establecer cuándo dos trabajos tienen igual valor (dificultad que aumenta a veces al entrar en contradicción los tres criterios de valoración del trabajo descritos al inicio del presente capítulo) y, por último, porque las legislaciones adoptan definiciones muy amplias de los elementos retributivos que deben ser cubiertos por él (salario base, complementos salariales, pensiones, etc.).

Lo anterior ha llevado a la adopción de distintos procedimientos administrativos y judiciales, con el fin de monitorear o decidir la aplicación del principio *TIV*, en casos en los cuales pueda existir discriminación salarial.

2.1. Las acciones jurisdiccionales.

Un primer procedimiento consiste en adjudicar a los jueces la competencia para dilucidar conflictos de naturaleza individual o colectiva atinentes a la discriminación retributiva, mecanismo que constituye el más tradicional y principal en varios países. El procedimiento judicial cuenta con ventajas, como por ejemplo flexibilizar el *onus probandi*, al adjudicar al empleador la carga de probar la no discriminación salarial –con lo que se cambia el tradicional apotegma que la atribuye al demandante–, un tema que se desarrollará más adelante en este

capítulo. Cuando la sentencia es favorable al demandante, el tribunal ordena no solamente cesar los actos discriminatorios, sino reconocer retroactivamente las diferencias salariales dejadas de pagar. Igualmente se prohíben todas las formas de represalia, incluyendo el despido.

2.2. Los organismos especializados y la inspección de trabajo.

Un segundo procedimiento, usualmente paralelo al anterior, consiste en la conformación de organismos especializados, adicionales a los organismos jurisdiccionales antes descritos, que poseen la ventaja de su capacidad especializada en el campo de la discriminación en general y de los salarios en particular¹⁷⁸. La Recomendación 111 de la OIT, complementaria del Convenio 111, sugiere a los estados miembros (punto 4) la conveniencia de crear estos mecanismos.

El espectro de las funciones de estos organismos varía de un país a otro donde se han instaurado y va desde la promoción y asesoramiento, hasta la investigación y la adopción de decisiones. (OIT, 2012b, p. 388, párr. 877). También pueden tener facultades de conciliación entre las partes. Aunque muchas veces las decisiones de estos organismos no tienen poder vinculante –lo que hace inevitable recurrir a los tribunales en casos de serio conflicto–, ellos poseen la ventaja de poder actuar reduciendo las tensiones propias de los procedimientos judiciales y aminorando la congestión de éstos.

¹⁷⁸ Ejemplos de este tipo de organismos son la Comisión para la Igualdad de Oportunidades para el Empleo (*Equal Employment Opportunity Commission, EEOC*) de EEUU de América, integrada por cinco miembros y una asesoría legal general, encargada de investigar situaciones de discriminación y procurar su ajuste a la ley, así como de instaurar acciones judiciales; la Comisión Canadiense de Derechos Humanos (*Canadian Human Rights Commission, CHRC*), creada por el Canadian Human Rights Act, en 1997; la Comisión de Igualdad de Oportunidades (*Equal opportunities Commission*) del Reino Unido, sustituida hoy por la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos (*Equality and Human Rights Commission*) y la Comisión para Conciliación, Mediación y Arbitraje (*Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration-CCMA*) de Suráfrica. En Suecia y Finlandia existe el Ombudsman, órgano que puede intentar conciliar, aunque su opinión no tiene fuerza vinculante.

Dentro de esta categoría de organismos especializados, es importante mencionar aquellos encargados por la legislación de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad retributiva, es decir, aquellos cuyas competencias van más allá de realizar investigaciones, o formular proposiciones de política en materia de empleo no discriminatorio, o presentar propuestas sobre legislación especializada, o difundir las medidas encaminadas a la igualdad retributiva. Estos organismos están facultados, tanto para recibir quejas como para presentarlas antes los jueces, o para realizar investigaciones relativas a discriminación. Frecuentemente, una vez se detecta la discriminación, el organismo intenta resolver el conflicto mediante la conciliación entre las partes. Si esta fuera infructuosa, el respectivo organismo o el trabajador o trabajadora que se considere afectado podrán poner el asunto en conocimiento de los tribunales (OIT, 1986b, pp. 91 y 92).

En algunos lugares esta función es desempeñada por la inspección de trabajo¹⁷⁹, aunque debe anotarse que, por razón de la amplia cobertura de asuntos que usualmente atienden los inspectores de trabajo, ellos a menudo se ocupan más de problemas relacionados con la seguridad y salud en los puestos de trabajo, que con velar por la aplicación de un principio que, como lo es el TIV, “*es abstracto y de difícil aplicación*” (OIT, 1986b, p. 85). Además, cumplir esta misión requiere adoptar planes de formación de los inspectores, con el fin de habilitarlos para prevenir, detectar e incluso resolver casos de discriminación retributiva, que entrañen vulneración al principio TIV. (OIT, 2012b, p. 387, párr. 875). En otros casos, particularmente en países que siguen el modelo británico de inspección de trabajo, hay inspectores especialistas, dedicados con exclusividad a velar por la aplicación de las normas referidas a los salarios (OIT, 1986b, p. 84).

¹⁷⁹ Por ejemplo en Bélgica, Italia y Japón.

Usualmente, las pruebas que hayan sido decretadas durante un procedimiento administrativo de conciliación como el descrito, no son admitidas posteriormente en el procedimiento judicial. Se estima que ello facilita la conciliación, pues es poco probable que las partes en conflicto puedan emprender una conciliación constructiva, a sabiendas de que existe la posibilidad de que esos elementos probatorios puedan ser presentados ulteriormente en un juicio (OIT, 1986b, pp. 93 y 94).

2.3. Los mecanismos de concertación entre empleadores y trabajadores.

Una tercera modalidad es la imposición por vía legislativa de mecanismos o procedimientos, para que los empleadores y las organizaciones de trabajadores realicen un análisis colectivo y sistemático de los puestos de trabajo, con miras al combate de las discriminaciones retributivas. En algunos países los avances obtenidos por esta senda se han extendido ulteriormente por la legislación para aplicación general. Esta modalidad puede revestir dos formas, ambas previstas por la respectiva ley nacional: la negociación colectiva y el análisis de casos individuales, en forma conjunta por el sindicato (o por los representantes o delegados de los trabajadores) y el empleador.

La negociación colectiva ha sido en varios países el principal mecanismo para combatir la discriminación salarial, sobre todo cuando se trata de discriminaciones retributivas directas¹⁸⁰, ya que la legislación pareciera ser más eficiente para combatir las indirectas (Eyraud, 1993a,

¹⁸⁰ Según recientes investigaciones, en los países con mayor proporción de trabajadores cubiertos por convenios colectivos suele haber menos desigualdad salarial. Esto se debe a que los convenios colectivos elevan el nivel mínimo y comprimen la distribución de los salarios. Sin embargo, la mayor o menor influencia de este factor dependerá de si el sistema de negociación colectiva es limitado al ámbito de la empresa o es más amplio, es decir, negociación nacional o por sector (OIT, 2015, p. 68).

p. 19) y en algunos de ellos se le confiere expresamente, entre otras, esa específica misión¹⁸¹. No obstante, este camino parece menos efectivo cuando se trata de enfrentar las formas indirectas de segregación (que exigen, por ejemplo, la comparación de trabajos de valor equivalente, o la adopción de las llamadas acciones afirmativas al interior de la organización del empleador), mientras que es más práctico para combatir las formas directas o flagrantes de segregación (trabajo igual, por ejemplo). La legislación –como se dijo *supra*–, pareciera más eficiente para contender aquellas formas más sutiles de discriminación salarial (Eyraud, 1993a, p. 18 y 19). El carácter centralizado o descentralizado de la fijación de los salarios, influye en que sea la negociación colectiva o la legislación las que tengan mayor o menor efecto en esta materia (OECD, 1991, p. 33).

Con respecto al análisis conjunto de casos individuales entre empleadores y trabajadores, en algunos países se han establecido comités o consejos de trabajo dentro de las organizaciones o empresas, para examinar asuntos relativos a la discriminación¹⁸². Estos organismos deben recibir la información suficiente para actuar en este terreno y su eficacia dependerá tanto de la

¹⁸¹ Por ejemplo, el artículo 172 de la Ley argentina del contrato de trabajo, texto ordenado por el Decreto 390 de 1976, dispone que “[E]n las convenciones colectivas o tarifas de salarios que se elaboren se garantizará la plena observancia del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor”. En España, la Ley Orgánica 3 de 2007 (art. 43), señala que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas dirigidas a la aplicación del principio de igualdad, y además impone la obligación de pactar planes de igualdad, como resultado de la negociación colectiva.

¹⁸² En algunas provincias canadienses (por ejemplo, Manitoba, Ontario o Nova Scotia), la legislación exige a los empleadores establecer ejercicios de evaluación no discriminatoria de los trabajos, en asocio con los sindicatos, que cubran cierto número de años; o también establecer un fondo, conformado por un cierto porcentaje de los salarios anuales, destinado a corregir inequidades salariales. En la provincia de Quebec, todas las empresas con un mínimo de cien empleados deben crear una comisión para la igualdad de remuneración, que deberá estar conformada en un 66% por representantes de los trabajadores y de ellos al menos la mitad deben ser mujeres (OIT, 2007, p. 85).

capacidad de acción del sindicato o de los representantes de los trabajadores, como de su grado de compromiso con los temas de discriminación. (Eyraud, 1993a, p. 18).

Los principales obstáculos con los que se enfrenta cualquier sistema que pretenda instaurar un pago equitativo por el trabajo, son, de una parte, el temor del empleado individual a involucrarse en una disputa con el empleador, por las represalias de que puede ser objeto, y, de otro, la dificultad para identificar la discriminación. Estas dificultades pueden atenuarse o eliminarse con los mecanismos antes descritos, a causa de su naturaleza institucional o por su carácter colectivo, ya que superan la debilidad de las posturas individuales y obligan a los empleadores –por medios judiciales o en todo caso por el expediente de mecanismos independientes-, a adoptar medidas antidiscriminatorias (Eyraud, 1993a, pp. 12 y ss.).

En el transcurso de este trabajo se describirá la actuación de la legislación en esta materia y, basada en ella, la de las instancias judiciales. En el siguiente acápite se examinará, en particular, el procedimiento de la negociación colectiva.

2.4. De la negociación colectiva en particular, como mecanismo para buscar la equidad retributiva.

La negociación colectiva es una de las principales formas de determinar términos y condiciones de empleo y por eso es crucial para promover la aplicación del principio de equidad retributiva y para reducir las brechas salariales originadas en segregación. (Oelz, *et al*, p. 60; ETUC, 2014, p. 6). Sin embargo, ella no está exenta de la influencia de sesgos y prejuicios (particularmente con respecto a las mujeres, al pactarse escalas salariales diferentes para los hombres y para ellas, prohibiciones paternalistas a las mujeres para desempeñar ciertos oficios, etc.). Hay que decir, no obstante, que desde la segunda mitad del siglo pasado este panorama ha venido cambiando, para dar lugar a la inclusión en la negociación colectiva de las materias

relacionadas con la igualdad retributiva, en aquellos países que tienen instaurado el principio *TIV*.

En esa tesitura, hay cuatro grandes grupos de acciones que podrían desarrollarse en la negociación colectiva: identificar las causas de la discriminación en los lugares de trabajo; definir y reglamentar medidas especiales de protección y asistencia que no se consideren discriminatorias; incluir, excluir o reformular reglas para evitar mecanismos indirectos o encubiertos de discriminación; y diseñar acciones para promover la igualdad de oportunidades (Ackerman, 1998, pp- 3-7).

Debe recordarse que los principios de eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y de libertad sindical y negociación colectiva, constituyen dos de los cuatro principios fundamentales en el trabajo, proclamados por la Declaración de 1998 de la OIT. Ese carácter de fundamentales hace que exista un vínculo no sólo necesario sino muy estrecho entre ambos, lo que permite, además, que tales principios puedan reforzarse mutuamente.

De esta manera, la negociación colectiva puede ser una eficaz herramienta para llevar a la práctica el principio de pago equitativo. Así, las partes podrán, por ejemplo, acordar métodos de evaluación de los puestos de trabajo, tipos de factores y subfactores que han de tenerse en cuenta en la valoración, formas de ponderación, etc. (OIT, 2012b, p. 315). O también acordar acciones para la promoción de la igualdad de oportunidades en el trabajo, en temas como cláusulas conceptuales sobre discriminación, acciones afirmativas, eliminación del lenguaje sexista, establecimiento de comisiones mixtas de igualdad con diferentes competencias, cláusulas protectoras de la maternidad, etc. (Lousada, coord., s.f., pp. 69 y ss.).

La conexidad entre el pago equitativo y la negociación colectiva se evidencia al hilo de diferentes normas internacionales de la OIT, como pasa a explicarse:

El Convenio 154 de la OIT –sobre el fomento de la negociación colectiva-, señala que la expresión “negociación colectiva” comprende:

[t]odas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*
- (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*
- (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.*

O sea, la retribución, como elemento integrante de las condiciones de trabajo, es objeto importante de la negociación colectiva.

Otro convenio internacional importante en este campo, el 111 de la OIT –relativo a la discriminación en empleo y ocupación-, no hace una mención directa o expresa a la negociación colectiva como instrumento para llevar a la práctica el principio de igualdad de trato –aunque puede interpretarse que lo hace indirectamente¹⁸³. En cambio su recomendación complementaria (Nro. 111) es expresa, cuando alienta a los estados miembros a que formulen una política encaminada a impedir la discriminación en el empleo y la ocupación, mediante “(...) *contratos colectivos entre las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores (...)*”.

La misma Recomendación 111 exhorta luego a empleadores y trabajadores a la observancia del principio de igualdad de trato, cuando dice:

¹⁸³ En su art. 3o, el Convenio señala que “*Todo Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a: (a) tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política; (...)*”

(e) en las negociaciones colectivas y en las relaciones de trabajo, las partes deberían respetar el principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, y cerciorarse de que los contratos colectivos no contengan cláusulas de carácter discriminatorio en relación con el acceso a los medios de formación, ascenso o conservación del empleo o condiciones de trabajo.

Es clara, pues, en esta Recomendación, la orientación a cumplir con el principio de equidad al momento de pactarse las condiciones de empleo entre empleadores y trabajadores, término éste dentro del cual, como es sabido, se abrigan las condiciones retributivas.

Pero es en el Convenio 100 de la OIT, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, donde se señala expresamente a la contratación colectiva como una de las vías para buscar la igualdad de trato, en particular la retributiva por un trabajo de igual valor. El instrumento (art. 2-2), indica que el principio *TIV* será aplicable mediante cuatro vías, en las que se incluyen los “*contratos colectivos*” (las otras tres vías son: la legislación de cada estado; cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación -por ejemplo, sistemas arbitrales o de conciliación-; y la acción conjunta de todos los cuatro medios).

El mencionado convenio internacional va aún más allá, al reconocer que la definición de los métodos para realizar la evaluación neutra de los puestos de trabajo debe corresponder no solamente a los estados, sino que también pueden acordarla los trabajadores y los empleadores mediante el mecanismo de la negociación colectiva (art. 3-2).

En las directivas europeas comunitarias de armonización relativas al principio de igualdad de trato, y particularmente en las que tienen que ver con la retribución (sobre todo en la 2006/54/CE, que es la última), no se reconoce formalmente una consideración descolante a la negociación colectiva como vía para concretar tal principio, pues o bien se le enlista con el mismo grado de importancia a la de ciertos recursos de *soft law*, es decir, como una modalidad

más, dentro de las posibles, para poner en práctica el principio¹⁸⁴, o bien se alude a ella como un medio a cuya utilización los estados miembros pueden invitar a los interlocutores sociales¹⁸⁵. Esto contrasta con otras normativas comunitarias que reconocen a la negociación colectiva un papel más relevante y casi exclusivo para cumplir sus cometidos¹⁸⁶.

Yendo más allá de lo dispuesto por la mencionada Directiva, países de la comunidad europea, como España, tienen legislación interna que confiere a la negociación colectiva un importante papel protagónico para llevar a la práctica la igualdad efectiva, particularmente entre hombres y mujeres. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en la Ley Orgánica 3 de 2007, que en su art. 43 afirma que *“mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación en las condiciones de trabajo”*. La misma ley ordena la elaboración de planes

¹⁸⁴ La Directiva 2006/54/CE dice que los Estados miembros fomentarán el diálogo social, con el fin de promover la igualdad de trato, con medidas como por ejemplo *“el seguimiento de los convenios colectivos”*, al lado de otras, tales como los códigos de conducta empresariales, *“la investigación o el intercambio de experiencias y buenas practicas”* (art. 21-1). También indica que los Estados miembros *“alentarán a los interlocutores sociales, sin perjuicio de su autonomía, a promover la igualdad entre hombres y mujeres (...) y a celebrar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 1 que entren en el marco de la negociación colectiva”* (art. 21-2). Para un análisis de este tema ver Valdés Dal-Re, 2010, pp. 38 y ss.

¹⁸⁵ La Directiva también indica que los Estados miembros *“alentarán a los interlocutores sociales, sin perjuicio de su autonomía, a promover la igualdad entre hombres y mujeres (...) y a celebrar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 1 que entren en el marco de la negociación colectiva”* (art. 21-2). Sobre el particular, Valdés Dal-Re, 2010, pp. 38 y ss.

¹⁸⁶ Vale la pena mencionar la Directiva 96/34/CE, sobre el permiso parental. Esta Directiva fue el resultado de un acuerdo que sobre esta material lograron las asociaciones interprofesionales UNICE (Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe), CEEP (European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services) y CES (Confederación Europea de Sindicatos). Quizás por ese origen concertado, la Directiva reconoce a la negociación colectiva un papel definitorio en cada Estado miembro, donde *“los interlocutores sociales establezcan las disposiciones necesarias mediante acuerdo”* y *“Las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental se definirán por ley y/o convenios colectivos (...)”*.

de igualdad en las empresas, que habrán de negociarse entre el empleador y los sindicatos o representantes electos de los trabajadores, en su caso, dirigidos a evitar la discriminación laboral entre mujeres y hombres (artículos 45 a 49). En dichos planes deberán fijarse objetivos en diferentes materias, una de las cuales es la retribución. Además, en la disposición adicional décima primera, que modifica el art. 85 del Estatuto de los trabajadores, se establece (# 17) el deber de negociar colectivamente “*medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral*”. De otro lado, Francia ha expedido la ley 2001-397, que creó la obligación de negociar colectivamente en materias de igualdad -reforzada luego por la ley 2006-340-, lo que incluye la remuneración, al lado del acceso al empleo, la formación profesional, la promoción, etc. Y Bélgica, por ley del 22 de abril de 2012, establece la obligación de negociar colectivamente, en el nivel sectorial, medidas para la eliminación de la brecha salarial entre hombres y mujeres mediante sistemas o métodos de clasificación profesional.

En la búsqueda de una equidad retributiva, y particularmente de lograr la vigencia del principio *TIV*, en algunos países usualmente se emplean los llamados “sistemas de clasificación profesional”, que se basan en métodos de valoración no sexista de los trabajos (a menudo de tipo analítico), acordados en algunos países mediante la negociación colectiva¹⁸⁷. Las clasificaciones profesionales son sistemas que ordenan de manera sistemática las categorías o grupos profesionales¹⁸⁸, en cuya estructuración deberán observarse reglas comunes para

¹⁸⁷ La Comisión de la UE produjo en 1996 el “Código práctico sobre la igualdad de retribuciones entre mujeres y hombres para un trabajo de igual valor”, con el fin de ofrecer consejos prácticos al empresariado y a los interlocutores de la negociación colectiva a nivel empresarial, sectorial e intersectorial, que permitan garantizar la aplicación del principio de igualdad, en todos los elementos de la retribución, entre las mujeres y los hombres que realizan trabajos de igual valor (Emakunde, 1997).

¹⁸⁸ Las clasificaciones profesionales pueden ser impuestas por el Estado o ser fruto de la negociación colectiva. En España, por ejemplo, el art. 22 del Estatuto de los Trabajadores, señala que “1. Mediante la negociación

trabajadores de uno u otro sexo. Se entiende que una categoría profesional es equivalente a otra cuando las aptitudes profesionales necesarias para el desempeño de las funciones de una permitan desarrollar las prestaciones básicas de la otra, previo un proceso simple de capacitación y adaptación (Elósegui, 2006, p. 141). Es decir, todos los empleos que existan en una empresa pública o privada se ubican jerárquicamente dentro del sistema de clasificación profesional, que ha de estar libre de sesgos discriminatorios que puedan condicionar la retribución.

Por medio de la clasificación profesional se determina cuáles deben ser los perfiles profesionales requeridos por los puestos de trabajo y las posibilidades de desarrollo dentro de la respectiva empresa (Cuenca, 2008, p.112 y 113). En un sentido amplio, la clasificación profesional conecta al trabajador con el conjunto normativo que regula sus deberes contractuales, encuadra la prestación exigible, incide en el tiempo de prestación del trabajo y establece el tratamiento retributivo que le corresponde, entre otros (López-Romero, 2011, p. 66). Una clasificación profesional neutral puede contrarrestar una serie de factores propios del sistema retributivo tradicional que segrega por motivo de género, como la subestimación de las labores realizadas por las mujeres, el menosprecio de sus habilidades, las segregaciones vertical y horizontal, la mayor contratación temporal y a tiempo parcial, etc. (Bonino & Aragón, 2003, pp. 106 y ss.).

En los tiempos que corren, los sistemas de clasificación profesional deben enfrentar retos que se derivan de los que hoy son propios del Derecho del Trabajo, y en particular aquellos que inducen a la flexibilidad laboral, que, por las vías de la polivalencia y la movilidad funcional, buscan lograr mayor competitividad.

colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales”.

La normativa internacional de la OIT, así como la comunitaria europea o la estadounidense, dan reconocimiento a estos sistemas o métodos de clasificación o valoración profesionales, con ciertas diferenciaciones (Pérez, 2015, p. 2 y ss.). Por ejemplo el art. 1-2 del Convenio 111 de la OIT señala que “[L]as distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. La Recomendación 90 de la OIT (complementaria del Convenio 100) también indica (punto 5), que los países deberían establecer métodos para evaluar objetivamente los empleos, para clasificarlos independientemente del sexo. En el derecho derivado europeo¹⁸⁹, la Directiva 2006/75/CE (art. 4-2) (cuyo antecedente es la Directiva 75/117/CE, art. 1º, inciso), indica que cuando se utilicen tales sistemas, ellos deberán basarse en “*criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos*”.

El convenio o convención colectiva no es solamente un instrumento de igualdad sino también de diferenciación. Pero –por estar inscrita en el sistema de fuentes- la negociación colectiva ha de estar sometida a las normas de mayor rango, por lo que sus resultados están sujetos no solamente a la ley sino sobre todo a los principios fundamentales, entre ellos singularmente el de igualdad y no discriminación. Es decir, la circunstancia de que una determinada medida de igualdad retributiva sea el resultado de la autonomía colectiva, no exonera al producto de esa autonomía –el contrato o convenio colectivos-, de observar en la medida diversificadora o igualadora que adopten la justificación objetiva y la proporcionalidad exigidas por tal principio. Es decir, la diferencia, por el solo hecho de estar pactada en un convenio o convención colectiva, no está automáticamente justificada (García Ortega, J., 1994, p. 45). Por tal razón, cuando un contrato, acuerdo o convención colectivos, o incluso un laudo

¹⁸⁹ Una completa descripción de la utilización de los sistemas de clasificación profesional en la Comunidad Europea se encuentra, entre otros, en Saldaña, E. M. (2013, pp. 91-118)

arbitral, señalen una determinada clasificación profesional, ella podrá impugnarse por las vías legales pertinentes, si vulnera ese principio.

En el anterior sentido, la normativa derivada europea, en concreto la Directiva 2006/54/CE (que en ello es legataria de la perentoriedad que con el mismo alcance traía el art. 4º de la Directiva 75/117/CE, art. 4º), ordena de forma contundente a los estados miembros la adopción de medidas necesarias para que *“se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato en contratos o convenios individuales o colectivos”*, así como en reglamentos internos de empresas, estatutos profesionales independientes y de organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier otro acuerdo. La jurisprudencia comunitaria europea ha hecho eco en ese mismo sentido¹⁹⁰. Con ello las mencionadas normativas y jurisprudencias reconocen y ordenan implementar en los estados miembros la eficacia horizontal del derecho fundamental a la igualdad, al que se aludió en el Capítulo II. O sea, se repite, la posibilidad de impugnar una clasificación de puestos de trabajo, cuando el método de valoración de éstos esté sesgado por criterios segregacionistas que entronquen un trato retributivo inequitativo.

¹⁹⁰ Entre otros muchos casos, en los asuntos 109/88 (17 de octubre de 1989, caso Danfoss, CVRIA, 1989), 127/92 (27 de octubre de 1993, caso Enderby, CVRIA, 1993) y 15/96 (15 de enero de 1998). En esta línea cabe destacar el asunto 381/1999 (26 de junio de 2001, caso Brunnhofer), en el cual el TJCE puntualiza que la sola circunstancia de que los trabajos ejercidos por un hombre y una mujer estén clasificados en la misma categoría profesional, no significa necesariamente que ambos realicen el mismo trabajo o uno de igual valor. Señala que *“debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable”* (párr. 43). *“De ello se deduce que la clasificación de los trabajadores de que se trata en la misma categoría profesional prevista en el convenio colectivo aplicable a su empleo no basta por sí sola para concluir que realizan el mismo trabajo o un trabajo de valor igual”* (párr. 44). *“Por lo tanto, procede comprobar si habida cuenta de un conjunto de elementos fácticos, como la naturaleza de las actividades efectivamente encomendadas a cada uno de los trabajadores de que se trata en el litigio principal, las condiciones de formación exigidas para su ejercicio y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad, los trabajadores desempeñan de hecho un mismo trabajo o un trabajo comparable”* (párr. 48) (CVRIA, 2001).

En esa tónica, legislaciones nacionales particulares, como la española (Estatuto de los trabajadores, arts. 17 y 90-6), o la portuguesa (art. 12-1, Decreto-ley 392/1979), disponen que se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que contengan disposiciones segregacionistas. Incluso en algunas, como en la lusitana mencionada (art. 12, inc. 2 y 3), cuando en las categorías profesionales pactadas en el contrato colectivo se establezcan para las mujeres tasas salariales inferiores a las de los hombres, aquellas serán “*sustituidas, de pleno derecho, por las remuneraciones atribuidas a los hombres*”, siempre que la descripción de las funciones corresponda a trabajos iguales o de igual valor.

Con todo, en materias salariales, a partir de los años 90 del siglo pasado, por efecto de las crisis económicas y también por razones de competitividad en el comercio internacional, se han aceptado sistemas de “doble escala salarial” (en países anglosajones denominada *two-tier remuneration system* o *two-tier wage structures*), que hacen diferenciaciones retributivas en función principalmente de la fecha de ingreso o contratación en la negociación colectiva, de forma que –en general–, los trabajadores vinculados con posterioridad al acuerdo colectivo, devengan salarios inferiores a aquellos que estaban contratados antes de éste. Evidentemente, ello constituye una situación de excepción al principio de igualdad retributiva –ya sea en la acepción *TI* o en la acepción *TIV*–, ya que se remunera de manera diferente a trabajadores que pueden desempeñar el mismo trabajo o uno de igual valor. El motivo que se aduce para ese trato disímil es el fomento del empleo en una situación de crisis económica, que de otra forma no sería posible. En el caso de España –donde la “doble escala salarial” se ha pactado en muchas ocasiones en los últimos años, el Tribunal Constitucional ha dicho que no basta con demostrar la razonabilidad de esa medida, sino que también es menester demostrar que ella es proporcionada, con lo cual exige que los juzgadores empleen el test de igualdad completo, aunque en la práctica muchos jueces realizan un juicio ligero de razonabilidad y en raras

ocasiones efectúan el de proporcionalidad (Vivero, 2005, pp. 5-8, 46 y ss.; CCNCC, 2016, Palomeque, 2011, pp. 23 y 24).

Como se dijo en el capítulo anterior, el principio *TIV* hizo su primera aparición normativa en la Constitución primigenia de la OIT en 1919 y luego fue reiterado en la Declaración de Filadelfia de 1944 e incorporado como principio fundamental en la enmienda de 1946 a dicha Constitución. En estas primeras figuraciones, el principio era aplicable a cualquier trabajador retributivamente discriminado y no tenía a las mujeres como sus destinatarias específicas, ya que esta última acotación sólo se expresó años más tarde, en el Convenio 100 de 1951, de la misma OIT, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Fue a partir de ahí, y luego con acentuado vigor desde la séptima década del siglo pasado, cuando dicho principio se focalizó específicamente como precepto de equidad retributiva entre mujeres y hombres.

Y es que si se examina filosóficamente el precepto, nada indica que deba entenderse para regir exclusivamente la equidad retributiva entre hombres y mujeres, dejando al margen otros colectivos de trabajadores que han sido tradicionalmente discriminados en igual materia, de forma indirecta o encubierta, por motivo de su calidad de migrantes, por su edad, o por cualquier otra causa irrelevante.

En esta línea, M. Gunderson (1994) asevera que:

“Mientras que la dominación de género es el criterio convencional, no hay nada inherente al procedimiento que impida que [el principio de valor comparable] se aplique a otras formas de discriminación, como la discriminación sobre la base de raza o edad” (p. 24).

Y es que con el enfoque que restringe el principio *TIV* a las diferencias retributivas entre hombres y mujeres se llega a la conclusión inconsecuente, como afirma Flanagan (1987b), de

que no habría discriminación si los trabajadores involucrados en la diferencia salarial fueran del mismo sexo (p. 437).

La preferencia que se ha dado, de hecho, a la aplicación del principio *TIV* para enfrentar las discriminaciones salariales por razón de sexo, se explica por la evidente y generalizada segregación de distintos tipos, pero particularmente retributiva, de que han sido objeto las mujeres –que representan nada menos que la mitad de la Humanidad-, a través de la historia, prácticamente en todas las culturas. Esa circunstancia justifica, sin duda, que se otorgue prioridad política y jurídica a combatir semejante segregación. También lo explica el hecho de que haya sido en los países de la Comunidad Europea –que han registrado el mayor desarrollo político y jurídico en los derechos humanos- donde se ha reconocido esa prioridad y se han tomado acciones concretas¹⁹¹.

Sin embargo, esa aplicación prevalente al trabajo femenino no significa que el principio señalado tenga que ser de aplicación exclusiva en ese ámbito. Está demostrado hasta la saciedad que existen otros colectivos de carácter minoritario –distinto al caso de las mujeres-, que históricamente han sido y son objeto de discriminaciones retributivas directa e indirecta por parte de los grupos hegemónicos en las distintas sociedades. Tal es el caso de los trabajadores

¹⁹¹ En la séptima década del siglo XX, la Unión Europea comenzó a fortalecer su sentido social –yendo más allá del rigurosamente económico que traía desde su fundación. La Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, emitida el 21 de enero de 1974, estableció un programa de Acción Social dentro del cual se incluyó el objetivo de “[e]mprender acciones con el fin de garantizar la igualdad de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las retribuciones (...)”. Al año siguiente, en desarrollo del mencionado programa, se expide la Directiva 75/11/CE, que interpreta en forma amplia el artículo 119 del Tratado de Roma, al expresar en su art. 1º que “El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará «principio de igualdad de retribución», implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo”.

migrantes –particularmente provenientes de ciertas regiones del mundo y que constituyen mano de obra no calificada-, las minorías étnicas, las personas de edad, etc.¹⁹².

No solamente la ya mencionada Constitución original de la OIT, así como su enmienda de 1946 –que adopta las proclamaciones de la Declaración de Filadelfia de 1944-, consagran el principio *TIV*, sin ninguna distinción de sexo. También lo hace el Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (núm. 117), que en su artículo 14 señala que uno de los objetivos de tal política debe ser la supresión de toda discriminación entre los trabajadores, lo que ha de incluir tasas de salarios fijadas “*de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor*”. La Recomendación 111, complementaria del convenio del mismo número de la OIT, indica como una regla general (punto 2), que los estados miembros deberán formular y aplicar políticas para que “*todas las personas sin discriminación*”, puedan “*gozar de igualdad de oportunidades y de trato*”, con relación a “*(...) (v) remuneración por un trabajo de igual valor*”. A su vez, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, observando que esos pueblos “*no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los estados en que viven*” (art. 20-b), establece que los gobiernos deberán evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a esos pueblos y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a “*remuneración igual por un trabajo de igual valor*”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prescribe en su art. 7 “*el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a)-i) Un salario equitativo e igual por trabajo de*

¹⁹² La Constitución brasileña, por ejemplo, consagra de manera amplia la igualdad retributiva en su artículo 7o “*La prohibición de diferencias salariales (...) por motivos de sexo, edad, color o estado civil*” (# 30) y “*la prohibición de cualquier discriminación en lo referente al salario*” (# 31).

igual valor, sin distinciones de ninguna especie". Es decir, aquí también el principio *TIV* se prescribe sin distinción de sexo.

En el ámbito europeo, la Directiva 2000/78/CE, que traza el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, indica –también por vía general-, que el principio de igualdad ha de aplicarse (artículo 3-1-c) a *“las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración”*.

En este mismo sentido amplio, ha sido la jurisprudencia de algunos países la que ha planteado la posible aplicación del principio *TIV* en pro de otros colectivos diferentes a las mujeres, o lo ha hecho efectivo. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha señalado que el principio puede aplicarse a otras situaciones discriminatorias retributivas distintas al trabajo de mujeres y hombres y concretamente ha indicado la edad como una de ellas¹⁹³.

Así mismo, el Tribunal de Casación francés –Sala de lo social-, ha extendido la aplicación del principio *TIV* –consagrado expresamente en el artículo L 3221-2 del *Code du Travail*¹⁹⁴,

¹⁹³ Dijo en la sentencia STC 31/1984: *“Puede decirse que el principio de igualdad implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivos, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye igual valor, de cualquier discriminación basada en las circunstancias personales o sociales, que mencionadas concretamente unas (como es por razón del sexo en el art. 35, y con ella otras en el art. 14) y aludidas otras en la genérica fórmula con la que se cierra el art. 14, son susceptibles de generar situaciones de discriminación. Tendremos que considerar si la edad es una de las circunstancias subsumibles en la fórmula genérica, a lo que, por lo demás, el legislador ha dado una respuesta positiva en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores y de inmediato si la utilización del factor de la edad como criterio diferenciador de tratamiento del contenido retributivo de la relación laboral es de los proscriptos desde los postulados constitucionales”*.

¹⁹⁴ *“Todo empleador debe proporcionar, por el mismo trabajo o por trabajo de igual valor, igual remuneración entre hombres y mujeres”*.

para regir los tratos retributivos diferenciados injustificadas entre hombres y mujeres-, a otros trabajadores, sin distinción de sexo¹⁹⁵.

3. Los ámbitos de comparación para aplicar el principio TIV.

¿Hasta qué punto puede acotarse el margen de autonomía de los empleadores, en aras de la defensa del principio TIV? El valor concreto de un trabajo es un valor relativo, *id est*, circunscrito a cierto ámbito (la empresa, el específico sector industrial, el ámbito cubierto por la respectiva fuente normativa, etc.), con relación a los demás oficios existentes en el mismo. Esto es notorio cuando –como se verá más adelante–, se realizan valoraciones de puestos de trabajo siguiendo métodos cuantitativos. Si, como consecuencia de tal valoración de dos trabajos situados en el mismo entorno, se encuentra que ellos tienen el mismo valor, debe operar el principio de igualdad retributiva. Con respecto al ámbito de comparación de los puestos de trabajo, hay dos aspectos cruciales en la aplicación del principio TIV: i) ¿Para aplicar tal principio se requiere que la persona o colectivo con los cuales se efectúa la comparación estén trabajando para el mismo empleador, o la comparación de trabajos podría efectuarse entre trabajadores o colectivos vinculados a distintos empleadores? Y ii) ¿Se deben estar desempeñando simultáneamente los trabajos que se reclaman como iguales o de igual valor (sincronía), o podría reclamarse igualdad de trabajos o igualdad de valor, y por ende igual salario, por la comparación de un trabajo que actualmente se desempeña con un trabajo que el comparador desempeñó en época anterior (diacronía)?

3.1. ¿Comparar trabajos al servicio del mismo empleador o de distintos empleadores?

¹⁹⁵ Caso *Ponsolle* (29 de octubre de 1996, No. 92-43980).

Los instrumentos internacionales de la OIT pertinentes –concretamente los convenios 100 y 111 y sus correspondientes recomendaciones-, no señalan pautas expresas en cuanto a los ámbitos en los cuales han de efectuarse las comparaciones, pero los organismos de control de esa organización han trazado algunas directrices al respecto. De esta manera, con referencia a si la comparación debe realizarse dentro del establecimiento del empleador o involucrando además establecimientos pertenecientes a distintos empleadores, esos organismos se han inclinado por la segunda opción.

En efecto, en el Estudio General de las memorias relativas al Convenio 100 y la Recomendación 90 de 1986, la CEACR sostiene que el principio *TIV* “*trasciende los casos en que el trabajo se realiza en el mismo establecimiento*”. En la concreta aplicación del principio *TIV* al trabajo de igual valor entre mujeres y hombres, esa comisión basa su doctrina en el simple hecho de que la mayor concentración de las mujeres en algunas tareas o en ciertos sectores de actividad económica, hace disminuir las posibilidades de encontrar puestos comparables desempeñados preponderantemente por varones a escala del establecimiento respectivo. Ello conduce a que el ámbito de cotejo entre esos empleos y los desempeñados por hombres sea lo más amplio permitido por el nivel en que se definan las políticas, los sistemas y las estructuras salariales (OIT, 1986b, p. 14; OIT, 2012b, p. 312).

En opinión de Gunderson (1994), no hay nada ilógico en esta postura, ya que si se trata de hallar trabajos de igual valor, no interesa donde se encuentren éstos, aunque admite que restringir las comparaciones entre trabajos de igual valor al establecimiento del empleador, tiene la virtud de ser más práctico y además permitir que la evaluación se hará con base en los mismos parámetros. Por lo tanto, los empleadores serán evaluados con respecto a la consistencia interna de sus propias políticas de compensación (p. 24).

Eyraud (1993b), desde una óptica contraria, sostiene que los sistemas que admiten esta especie de comparación amplia, suponen un considerable cuestionamiento y condicionamiento a la autonomía de las empresas en materia de políticas de remuneración, por lo que los ámbitos amplios de comparación no son los más utilizados en muchas legislaciones nacionales (p. 247). Debe agregarse a ello que, al pretender la aplicación amplia del principio *TIV*, surja el escollo de la falta de homologación (compatibilidad) en los sistemas de evaluación de los puestos de trabajo practicados por las distintas empresas o sectores dentro de los cuales se realizan las comparaciones. Por ello, un ámbito amplio de comparación exige sistemas de regulación de amplia cobertura, que cobijen a los distintos empleadores.

Por razones como estas últimas, en algunos países el parangón para hallar iguales valores en los trabajos se efectúa exclusivamente dentro del establecimiento o establecimientos del empleador, o, allende éstos -incluyendo establecimientos o vinculaciones con diferentes empleadores-, pero siempre y cuando en este último caso, tanto quien pretende la nivelación salarial, como aquel con quien se compara, estén sometidos al mismo parámetro o estatuto.

En pro de este enfoque, el Convenio 117 de la OIT, 1962, relativo a las normas y objetivos básicos de la política social¹⁹⁶, se distancia de la doctrina general antes expuesta (aplicación amplia), y afirma de manera clara (art. 14) que uno de tales objetivos deberá ser la eliminación de la discriminación entre los trabajadores, lo que debe incluir *“tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa”*. Evidentemente este criterio es opuesto al sostenido por los organismos de control de la propia OIT, pues limita el cotejo a *“la misma operación y en la misma empresa”*.

¹⁹⁶ Debe recordarse que este convenio se encuentra en “situación provisoria” por parte de la OIT.

En el ámbito comunitario europeo, ni la normativa originaria ni la normativa derivada manifiestan una posición expresa al respecto. Ha sido la jurisprudencia del TJCE la que ha señalado inicialmente que el principio de igualdad retributiva por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor opera cuando la comparación se efectúa en el ámbito de la misma empresa¹⁹⁷. Sin embargo, más tarde, el mismo tribunal amplió su criterio para admitir que en determinadas circunstancias el principio también se aplica cuando estén involucrados empleadores diferentes, en el mismo o en distinto establecimiento, pero siempre que las disimilitudes retributivas puedan ser atribuibles a una causa o fuente comunes –contrato colectivo, clasificación profesional, etc.¹⁹⁸. Es decir, en el caso de varios empleadores, si no existe esa fuente compartida, el principio de equidad retributiva no es aplicable.

En las legislaciones nacionales no hay un criterio homologado al respecto. En la UE, por efecto sobre todo de la implementación de la jurisprudencia comunitaria, la comparación de los trabajos, para hallar el mismo valor, se puede realizar dentro del establecimiento o establecimientos del mismo empleador, o fuera de ellos, incluso bajo dependencia de otro empleador, en ciertas circunstancias¹⁹⁹. En los Estados Unidos de América el comparativo

¹⁹⁷ Sentencia TJCE del 8 de abril de 1976, asunto 43/75 (caso Defrenne II). (CVRIA, 1976).

¹⁹⁸ Sentencia TJCE del 17 de septiembre de 2002, asunto C-320/00, caso Lawrens, párr. 17 (CVRIA, 2002). Esta postura se ha reiterado por el TJCE en otras oportunidades, como por ejemplo en la sentencia del 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, caso Allonby, párr. 46 (CVRIA, 2004).

¹⁹⁹ Por ejemplo en el Reino Unido, según el *Equal Pay Statutory Code of Practice*, que desarrolla el *Equality Act 2010*, una mujer se puede comparar con un hombre que esté empleado: i) por el mismo empleador o un empleador asociado, en el mismo establecimiento o lugar de trabajo, o ii) por el mismo empleador o un empleador asociado, en un diferente establecimiento o lugar de trabajo, siempre que haya términos y condiciones comunes que se apliquen generalmente entre empleados o entre la mujer y el hombre con quien se compare (cláusula 51). Un “empleador asociado” (*associated employer*) es una empresa sobre la cual otra tiene control (cláusula 52). El término “mismo establecimiento” no se restringe a una determinada ubicación geográfica y física, pues la reclamante puede estar ubicada en una localización geográfica diferente (cláusula 53). Si quien reclama o el empleado con quien se compara están situados en diferentes establecimientos, la primera debe demostrar que

solamente se admite dentro de la misma empresa y no entre empresas diferentes, como lo estipula claramente el *Equal Pay Act (EPA)* de 1963, que reproduce en esencia la misma prescripción del *FLSA* de 1938. Una situación similar se encuentra en Canadá, donde el *Canadian Human Rights Act*, (artículos 11-1 y 11-2), no dejan duda acerca de que la comparación entre trabajos de igual valor ha de realizarse “*dentro del mismo establecimiento*”.

Es evidente que la óptima comparación de puestos de trabajo para la aplicación del principio *TIV*, exige la utilización del mismo parámetro, formalmente preexistente o construido *ex post facto*. De ahí que la comparación dentro del ámbito sujeto directa o indirectamente al mismo empleador, sea el más conveniente y que, en algunos casos, la comparación pueda efectuarse entre puestos de trabajo cobijados por la subordinación a diferentes empleadores, pero siempre y cuando el parámetro de cotejo sea el mismo. Los contratos colectivos de espectro amplio, es decir, aquellos que cubren todo un sector o una industria, que además establezcan cláusulas operativas con respecto a la igualdad retributiva, serían propicios para esa comparación. Lo que significa que allí donde la negociación colectiva no tenga tal alcance amplificado, ese cotejo es difícilmente practicable.

3.2. ¿Comparar trabajos simultáneos o diacrónicos?

Mario de la Cueva (1949), refiriéndose al principio de igual salario por trabajo igual, sostenía que “*no rige para trabajadores que prestan sus servicios en épocas distintas*”. Con ello hacía eco de pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de su país en defensa de la tesis de que el principio citado era solamente aplicable cuando “*la existencia de la disparidad*

ambos están cobijados por términos o normativas comunes, como un mismo contrato colectivo (cláusula 54) (UK, 2010, Code of Practice).

(...) *sea actual*”, pero no cuando el trabajador accionante venga a sustituir a otro ya desvinculado, quien devengaba un sueldo superior (p. 659 y 660).

Es este uno de los temas donde, en la práctica, se marca diferencia entre los principios *IT* y *TIV*, ya que en términos generales, con respecto al primero se ha sostenido la necesidad de la simultaneidad de los trabajos objeto de comparación, mientras que con respecto al segundo la coetaneidad no se ha encontrado necesaria. De nuevo es la jurisprudencia comunitaria europea la que ha marcado pautas. En efecto, el TJCE sostiene que la aplicación del principio *TIV* “*no se limita a las situaciones en las que hombres y mujeres efectúan simultáneamente un mismo trabajo para el mismo empleador*”²⁰⁰. Vale decir, el *TIV* es operativo no solo cuando los puestos de trabajo que se comparan son sincrónicamente desempeñados por sus titulares, sino también cuando son realizados diacrónicamente.

El TJCE puntualiza que tal afirmación es válida cuando se trata de discriminaciones retributivas directas, caso en el cual las comparaciones se limitan a las semejanzas o disparidades que se deriven de apreciaciones concretas sobre el trabajo efectivamente realizado por empleados de diferente sexo. Pero cuando se trate de discriminaciones indirectas o encubiertas, su identificación implica estudios comparativos entre sectores o ramas. Por eso – sostiene ese tribunal-, no es posible hacer una aplicación directa del principio *TIV* para reconocer el mayor salario que una mujer accionante, por ejemplo, reclamara que se le debería pagar si ella tuviese la condición de hombre; como tampoco es posible aplicarlo cuando ningún trabajador hombre haya desempeñado antes un trabajo comparable, o lo esté desempeñando coetáneamente con la mujer pretensora. El tribunal también reitera que, en los casos descritos,

²⁰⁰ TJCE, sentencia del 27 de marzo de 1980, asunto 129/79 (caso Macarthys). (CVRIA, 1980)

las diferencias salariales entre trabajos de igual valor, pueden obedecer a factores objetivos, que no tengan nada que ver concretamente con segregación por razón de sexo.

Dado que el fundamento de aplicación del principio *TIV* es la igual significación de los puestos de trabajo que se comparan, mientras éstos mantengan el mismo valor, no es relevante si la comparación entre ellos se hace cuando sus titulares los desempeñan coetáneamente o cuando los ejecutan en época distintas (diacronía). La razón de ello estriba en que, en principio, el transcurso del tiempo no obsta para que los dos cargos conserven el mismo valor, si el parámetro de comparación permanece en el tiempo y no han surgido elementos de diferenciación que ameriten objetivamente tratos retributivos disímiles. Obviamente la retribución que haya que reconocer –cuando proceda-, a quien pretenda la nivelación, deberá ser la que corresponda al puesto de trabajo con respecto al cual la pretendida nivelación prosperó, o en todo caso una actualización monetaria, teniendo en cuenta el diferencial de inflación que se haya presentado en el lapso en que se mantuvo el desajuste.

4. La carga de la prueba de la discriminación retributiva.

A menudo resulta difícil demostrar la discriminación en materia retributiva, sobre todo cuando la segregación es de tipo indirecto y obedece, por ejemplo, a sistemas de clasificación de puestos de trabajo que han incluido en su valuación criterios discriminatorios (OIT, 1986b, p. 140). Comprobar –por vías judicial o administrativa-, que dos trabajos son iguales o similares, o tienen el mismo valor, exige usualmente el aporte de datos, calificaciones y documentos que normalmente no están al alcance del trabajador interesado en la nivelación salarial, o son de difícil acceso para él, lo que se agrava cuando las pruebas que evidencian los hechos discriminatorios sucedieron tiempo atrás.

En muchos ordenamientos jurídicos, siguiendo un principio procesal tradicional de estirpe romana, incumbe al demandante y al demandado reconviniente la faena de probar los hechos de los que se derive el efecto jurídico pretendido por ellos (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). En algunos se ha morigerado tan estricto principio para aceptar que el juez pueda distribuir la carga probatoria, exigiendo acreditar determinado hecho a la parte que se encuentre en posición más favorable para aportar las evidencias (carga dinámica de la prueba). Los anteriores principios se han extendido a la prueba de la discriminación, y así, de aplicarse el primer principio, estará a cargo de quien se considere discriminado evidenciar la segregación, lo que lleva a que la parte acusada del trato dispar -dada la dificultad para la parte activa de probarla-, se exonere simplemente con oponerse a las pretensiones de la demandante. Y según el segundo principio, dependerá del criterio del juez en cada caso la adjudicación del gravamen probatorio.

En cualquier caso, adjudicar taxativa o eventualmente el *onus probandi* a quien alega la vulneración al principio de igualdad es, sin duda, un trasunto de las normas procesales de origen civil, en donde existe una mayor igualdad de las partes, lo que no se corresponde con la naturaleza de la relación de trabajo, caracterizada por su desigualdad material en varios aspectos. Uno de tales aspectos -que no es poco relevante-, es la posición subordinante que posee el empleador, que a su vez le permite contar con mucha mayor información relativa a dicha relación. De otro lado, comúnmente la segregación es encubierta, o sea enmascarada -deliberada o inconscientemente-, bajo una apariencia de legitimidad, lo que dificulta evidenciarla. De todo lo cual se concluye que una inadecuada distribución de la carga probatoria puede llevar con alta probabilidad a que la interdicción de la discriminación no sea efectiva.

Teniendo en cuenta esta frecuente dificultad que enfrenta el trabajador para desvelar y probar (*difficilioris probationis*) la discriminación y también la prohibición de *non liquet*, en varios países, las leyes trasladan, en gran parte, la carga de la prueba al empleador. No es, en estricto sentido técnico jurídico, una inversión total de la carga de la prueba en cabeza de éste, pues a la parte accionante le corresponde alguna actividad probatoria (Lousada, 2004, p. 328)²⁰¹. No se trata, al instaurar su acción, de proferir meras afirmaciones retóricas acerca de que ha sido retributivamente discriminada; se trata de que arrime al proceso al menos una prueba indiciaria o un principio de prueba (*“prueba prima facie”*)²⁰², que muestre unos hechos sobre los cuales pueda erigirse, o bien una presunción, o bien una sospecha de que probablemente existió un trato discriminatorio²⁰³. En contraste, a la parte demandada le incumbirá desvirtuar la apariencia lesiva del principio de equidad retributiva, comprobando categóricamente que el trato salarial diferenciado es equitativo, razonable y proporcional, bien porque ambos trabajos son desemejantes, o no son de igual sino de diferente valor, o porque

²⁰¹ En el caso de discriminaciones de *status* o estructurales, la demanda o requerimiento podría utilizar pruebas estadísticas sencillas que muestren el diferente trato que se reconoce a los grupos que se comparan.

²⁰² Hay diferencia entre la técnica de los indicios o presunciones judiciales y la técnica del principio de prueba. La primera obliga a la parte pretensora a acreditar el hecho base de la presunción y será el juez quien, con fundamento en ese hecho base, deducirá la discriminación como hecho consecuencial. La segunda no obliga a la parte a acreditar tal hecho base, sino solamente a producir en el juez la sospecha racional de la existencia de una discriminación con base en un juicio de verosimilitud (Lousada, 2014, p. 566).

²⁰³ El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, habla de *“la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (...), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (...)”* (TC España, 90/1997). Y en posterior pronunciamiento precisa más claramente que la parte accionante debe aportar al proceso *“un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia”* (TC España, 41/1999).

ese trato se fundamenta en motivos objetivos²⁰⁴. Con otras palabras, se adjudica al empleador o ex empleador la carga de destruir, probatoriamente y no con meras alegaciones, la presunción *iuris tantum* de trato discriminatorio retributivo, o la sospecha de este, de lo cual se derive que la igualdad salarial que persigue el trabajador o la trabajadora no tiene sustento²⁰⁵. Al juez corresponderá evaluar si las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad son reunidas por la respuesta de la parte demandada y para ello habrá de desplegar un test de proporcionalidad que, en el caso de las discriminaciones indirectas, evaluará la justificación de la medida que produjo el impacto adverso.

Quizás el primer antecedente de esta flexibilización de la carga probatoria en favor del accionante se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU, al señalar que quien se considere discriminado le bastará con demostrar un “*prima facie case of discrimination*”²⁰⁶.

²⁰⁴ Por ejemplo, en el ámbito comunitario europeo, en el caso de discriminaciones indirectas por razón de sexo, la Directiva 2006/54/CE (art. 2-b), preceptúa que el accionado debe demostrar que la disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, que han situado a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, está justificada objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad son “*adecuados y necesarios*”.

²⁰⁵ Utilizando los términos de la Directiva 2006/54/CE, artículo 2-1-b), al referirse a la discriminación indirecta, el empleador accionado deberá demostrar fehacientemente que la disposición, criterio o práctica que ha llevado, de hecho, al trato diferenciado, obedece “*objetivamente*” a una “*finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”. El Tribunal de Justicia de las CE (Asunto 170/84, caso Bilka), ha sostenido, a su vez, que al Juez corresponde “*determinar si y en qué medida los motivos expuestos por un empresario para explicar la adopción de una práctica salarial que se aplique con independencia del sexo del trabajador, pero que perjudique de hecho más a las mujeres que a los hombres, pueden ser considerados como razones económicas objetivamente justificadas*” (CVRIA, 1986b).

²⁰⁶ Caso Green vs McDonnell Douglas (1973). En el caso, la empresa se negó a contratar como empleado a un candidato profesionalmente calificado, perteneciente a una minoría. Una vez demostrado lo anterior, la Corte dijo que correspondía al empleador explicar las razones para no haberlo contratado y que si sus argumentos no eran convincentes quedaba demostrado que el motivo de rechazo era la discriminación. (Justia, 1973).

La dificultad probatoria para quien es objeto del trato diferente ilegítimo, ha llevado a la Comisión de Expertos de la OIT, a proponer que la Conferencia Internacional del Trabajo emita un protocolo al Convenio 111, que disponga que, cuando la denuncia de discriminación cuente con prueba que evidencie *prima facie* la existencia de un trato dispar, el demandado deberá tener la carga de probar que ese trato no está fundado en criterios prohibidos (OIT, 1986b, p. 135, párr. 298; pp. 97-99).

La jurisprudencia comunitaria europea –como ha sucedido con otros temas-, tempranamente abrió el camino para la flexibilización de la carga de la prueba en materia de discriminación, apartándose de los tradicionales principios antes descritos sobre el *onus probandi*²⁰⁷. Con ello señaló las pautas que tales normativas consagrarían más tarde.

Así, con este fundamento, la Directiva 2006/54/CE –que reprodujo lo ya indicado por las Directivas 97/80/, artículo 4º, y 2000/74/CE, artículo 10-, prescribe a los estados miembros (artículo 19-1) la adopción de las medidas legales, reglamentarias y administrativas necesarias para que:

(...) cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

²⁰⁷ Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas marcó la primera pauta en el caso Enderby (C-127/92, del 27 de octubre de 1993), cuando señaló que “(...) la carga de la prueba puede invertirse cuando ello resulte necesario para no privar a los trabajadores víctimas de una discriminación aparente de ningún medio eficaz para hacer respetar el principio de igualdad de retribución” (CVRIA, 1993). Esta sentencia fue una de las bases de la Directiva 97/80/CE (15 de diciembre de 1997), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

Esta norma del derecho derivado comunitario europeo, que, por estar incluida en una Directiva, traza para los estados miembros una obligación de resultado –dejando a éstos la determinación de los medios y la forma de lograrlo, según el artículo 249 del Tratado constitutivo de la UE-, señala un contenido mínimo que debe acogerse por las legislaciones nacionales, tal y como lo indica la Directiva en su preámbulo. Exige que el accionante aporte una prueba indiciaria, pero, como señala acertadamente Lousada (2004), no contempla literalmente la aplicación del principio de prueba (prueba *prima facie*) (p. 33), –aunque en una interpretación más amplia pudiera considerársele incluida (Lousada, 2012, p. 3)-, ni tampoco introduce presunciones legales de discriminación, si bien acoge la prueba estadística para efectos de demostrar la segregación indirecta²⁰⁸. Con todo, dado el mencionado carácter de norma mínima y necesaria, los estados miembros podrán conservar o adoptar en sus respectivas jurisdicciones normas internas más favorables al accionante²⁰⁹.

En conclusión, el mal llamado traslado del *onus probandi* al empleador o ex empleador, es un logro importante del derecho antidiscriminatorio y una solución justa ante las dificultades

²⁰⁸ La Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, señala en su considerando 15 que “[l]a apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas”.

²⁰⁹ Así se señala en el #2 del artículo 19 de la Directiva: el precepto contenido en el # 1 “se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante”. Y se complementa en el # 3: “Los Estados miembros podrán abstenerse de aplicar el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o al órgano competente”. Es decir, si se diera esta última circunstancia –iniciativa al juez para emprender una investigación oficiosa-, a la parte accionante no se le impondría una carga probatoria determinada. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (artículo 13), de España, indica que “(...) el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”.

probatorias que usualmente enfrentan los trabajadores o trabajadoras pretenses de que se aplique a sus casos el principio de igualdad retributiva. Sin que sea deleznable en el evento de discriminaciones directas, es particularmente valioso en el caso de las discriminaciones salariales de carácter indirecto.

5. La expansión del concepto *TIV* en las legislaciones nacionales.

Se señaló antes que el movimiento hacia la implantación legislativa del principio *TIV* se evidencia a partir de la séptima década del siglo pasado. Sin embargo, es en el siguiente decenio cuando se logra una mayor precisión del concepto de igual valor y el desarrollo de procedimientos o métodos para valuarlo. Los mayores avances hacia la implantación del principio *TIV* se han logrado en países industrializados (Eyraud, 1993a; Fredman, 2013, entre otros).

Los Estados Unidos de América constituyen una excepción significativa a lo anterior. En efecto, allí la jurisprudencia sigue otorgando prevalencia al principio *TI*, aunque hubo algunos antecedentes proclives al *TIV*, e incluso puede decirse que durante la Segunda Guerra mundial este último principio fue aplicado de hecho, cuando la fuerza de trabajo fue predominantemente femenina (Moore *et al*, 1994, pp. 263 y ss). Más tarde, la Enmienda Bennett al título VII del *Civil Rights Act* de 1964, estableció que las diferencias retributivas entre hombres y mujeres sólo son admisibles cuando se basen en los mismos factores señalados por el *Equal Pay Act* de 1963, o sea, sistemas de pago basados en antigüedad, en mérito o en aportes cuantitativos o cualitativos a la producción, así como aquellos fundamentados en otros factores distintos al sexo. Es decir, la mencionada enmienda reforzaba la inclusión de las diferencias retributivas entre mujeres y hombres bajo el principio *TI*. Ha habido intensas campañas promocionales, adelantadas por algunos grupos sociales desde los años 80 del siglo pasado, en pro de la instauración oficial del principio de valor comparable o *TIV* (Spelfogel, 1981, pp. 31 y ss.;

Hurd, Murray & Shaw, 1984, p. 409). Pero, en resumen, en la actualidad, por lo menos para el sector privado, no se acepta tal principio en las esferas judiciales y sólo se admite la igualdad retributiva entre trabajos iguales o similares. Es decir, en EEUU, en general, para exigir el pago equitativo comparado, la demandante ha de demostrar ante los tribunales que su trabajo es el mismo o sustancialmente igual al del trabajador masculino con quien se compara, que es realizado con habilidad, esfuerzo y responsabilidad también iguales o similares a los de éste, y bajo iguales o similares condiciones de trabajo. Por su parte, el empleador demandado deberá demostrar que si el trato salarial reconocido a la demandante es diferente, no lo es por motivos segregacionistas, sino porque el pago reconocido a aquel con quien ella se compara, se encuadra en alguna de las cuatro hipótesis contempladas por el *Equal Pay Act* de 1963 (un sistema de pago por antigüedad, un sistema de pago por mérito, un sistema que tasa las ganancias en función de la cantidad o calidad de los resultados, o un trato salarial diferenciado que se cimenta en un factor diferente al sexo del trabajador). La otra opción es recurrir al Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 (prohibición a los empleadores de ejecutar actos discriminatorios en contra de miembros de ciertos grupos protegidos). Dentro de esta alternativa, la variante más utilizada en cuanto a trato salarial ilegítimo es el llamado “trato dispar” (*disparate treatment*)²¹⁰. En esta opción, la demandante debe comprobar que, por

²¹⁰ Otros tipos de discriminación contemplados por el Título VII son la “falta en la razonable ubicación” (*failure to reasonably accommodate*), que se refiere al deber del empleador de ubicar convenientemente a los trabajadores discapacitados y al deber de ubicar razonablemente a los trabajadores que profesen creencias y prácticas religiosas que entren en conflicto con los requerimientos de la empresa; el “*impacto dispar*” o “*adverso*” (*disparate impact* o *adverse impact*), que consiste en la exigencia desproporcionada de requisitos (*standards*) para dar oportunidades en el trabajo, o la negación práctica de éstas, hacia grupos protegidos, bajo la apariencia de requerimientos neutros (es decir, la discriminación indirecta); finalmente, la “*represalia*” (*retaliation*), que consiste en la vindicación del empleador contra el empleado que ha exigido sus derechos o asistido a otros para exigirlos. (Walsh, 2013, p. 66 y 67). Este último caso, entonces, constituye una garantía de indemnidad.

motivo de su sexo, el empleador le paga un salario inferior (Lorber & Kirk, 1983, pp. 333 y 334).

La Corte Suprema de los EEUU, en el emblemático caso *County of Washington v. Gunther* 452 US 161 (junio de 1981), estableció claramente, en decisión mayoritaria, que bajo el Título VII del *Civil Rights Act* y bajo la Enmienda *Bennett*, sólo se cobijan reclamos por vulneración del principio de salario igual por un trabajo igual o similar, y no de otras reglas (Justia/U.S. Supreme Court, 1981), con lo cual se descarta la aplicación del principio *TIV*.

Del estudio de las distintas legislaciones laborales latinoamericanas, se concluye que, en materia de igualdad retributiva, es predominante el principio *TI*. Ello, a pesar de que prácticamente todos los países de la región han ratificado y mantienen en vigor el Convenio 100, que, como se ha visto, es el instrumento internacional que regula globalmente el tema de la igualdad retributiva por un trabajo de igual valor: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y República Bolivariana de Venezuela (OIT, 2016, Normlex). La explicación de esta discordancia –que ha resaltado la OIT en sus comentarios a los distintos países–, es posiblemente la mayor complejidad que entraña la aplicación del principio *TIV*, pues sin duda requiere para el respectivo país, no solamente su consagración en su legislación internas, sino la puesta en marcha de consistentes políticas públicas, el establecimiento de mecanismos especializados de promoción e inspección y la formación de los trabajadores, los sindicatos, los empleadores y los jueces.

6. Las críticas al principio *TIV*.

La aceptación del principio *TIV*, sobre todo como una política pública, no es pacífica. La discusión se origina en las distintas visiones del mercado laboral y en la incidencia de éste en la determinación del valor del trabajo.

Según el concepto que inspira el principio de equidad en la remuneración sin sesgos discriminatorios (*TIV*), el valor del trabajo no debería ser determinado por el mercado -ya que de por sí éste puede estar contaminado por prejuicios segregacionistas-, sino por la naturaleza misma del trabajo²¹¹.

Para los críticos del principio *TIV*²¹², éste sólo sería factible en un mercado laboral perfecto. En este tipo de mercado (que se caracteriza por una oferta y demanda libres y significativas, tanto de trabajo como de trabajadores -oferta homogénea-, y donde, además, los trabajadores están en capacidad y disposición de desempeñar cualquier oficio), los individuos en el largo plazo podrían desempeñar libremente cualquier ocupación, por lo que eventualmente los salarios se igualarían. O sea, la igualdad en la retribución por trabajos de igual valor se obtendría naturalmente a través del mecanismo del mercado (oferta y demanda). Sin embargo, los mercados perfectos difícilmente se dan en la realidad, pues ellos son sobre todo construcciones teóricas. De ahí que el logro de una generalizada igualdad de salarios por

²¹¹ Según la CEACR, “En el contexto del Convenio [100], el término «valor» implica que se debería utilizar otro medio, además de las fuerzas del mercado, para garantizar la aplicación del principio, dado que las fuerzas del mercado pueden estar intrínsecamente condicionadas por los prejuicios de género” (OIT, 2012b, p. 300). Este planteamiento lo compendió muy bien la doctrina sostenida por la *Canadian Human Rights Commission* (CHRC, 2016): valor del trabajo es el valor que representa el trabajo realizado por un empleado en un establecimiento determinado, en relación con el valor del trabajo de otro empleado, o un grupo de empleados, tasado conforme a criterios determinados, y sin tener en cuenta el valor que se haya pactado o negociado.

²¹² La descripción que aquí se hace de la postura opositora al principio *TIV*, se basa en Marcotte (1987, pp. 27 y ss.), salvo las menciones que se hagan específicamente a otras fuentes.

trabajos de igual valor, en el sentido objeto de análisis, no pasa de ser una especulación que queda en el nivel retórico. Los contradictores agregan que, incluso en mercados perfectamente competitivos, la escasez de habilidades y destrezas y las distintas preferencias de trabajo se reflejarían en diferencias salariales a corto y largo plazo en algunas ocupaciones. Esto último lleva a esos opositores a cuestionar que se rotulen como discriminatorios -mediante la aplicación del principio *TIV*-, unos factores que en muchas ocasiones no lo son.

La definición del valor del trabajo, tal y como la formula el principio *TIV*, está sin duda inspirada en un sentido de justicia, pero no es el que, de hecho, se encuentra en el mercado laboral, dicen los objetores del principio. De esta manera –agregan-, las legislaciones que lo entronizan desafían el principio económico de la oferta y la demanda, pues en la realidad el mercado salarial actúa, no con fundamento en el equilibrio, sino con base en factores desequilibrados.

Críticos del trabajo de igual valor o de valor comparable mantienen que la equidad salarial se logra al permitir que las fuerzas del mercado actúen libremente, o sea, dejando que ellas determinen el valor de los puestos de trabajo. Argumentan que las disparidades salariales son en gran parte la resultante de fuerzas o vectores “inocentes”, no necesariamente segregacionistas, como las diferencias en la experiencia y la educación, la tendencia de las mujeres a vincularse a actividades que no interfieran con la procreación y la crianza de los niños y la preferencia de ellas por salir y entrar al mercado del trabajo con más frecuencia que los hombres. La mejor manera para que las mujeres ganen igualdad salarial consiste en que ellas se integren plenamente a todos los sectores de la economía.

El mercado –continúan diciendo los contradictores-, incentiva las diferencias de remuneración con un propósito: satisfacer las demandas de la sociedad para diferentes tipos de trabajo que son necesarios (por ejemplo, los ingenieros y científicos en determinados

momentos). Para ello, el mercado responde mediante la creación de incentivos, en forma de salarios más altos, para puestos donde la demanda supera a la oferta. El principio *TIV*, como política pública, introduce una distorsión a la realidad del mercado, al imponer medidas que nivelan las compensaciones salariales entre ocupaciones con predominio masculino (donde la demanda podría ser urgente) y aquellos con prevalencia femenina (que podrían ser comparables o de igual valor con respecto a los masculinos, pero con menor demanda). En lugar de eso, sería más eficiente lograr que las mujeres arriben a empleos altamente demandados (como los de ciencias e ingenierías) (Bares, 2016).

En su réplica, los defensores del principio de equidad retributiva (*TIV*), insisten en que la justicia reclama un tratamiento igualitario para todas las personas en materias salariales y que para lograrlo es necesario hallar el valor neutro de los trabajos –es decir, aquel libre de sesgos o condicionamientos extraños a la naturaleza misma del trabajo-, tal y como lo pretende el principio *TIV*. De ahí que éste aplique métodos o criterios de valoración de puestos de trabajo que consisten en comparar las exigencias normales de los distintos trabajos, para luego determinar su posición relativa dentro de una estructura jerárquica. Pero dichos métodos se basan en el contenido natural de los trabajos y en las exigencias propias de esos contenidos, sin ser condicionados por contextos que a menudo están impregnados de prejuicios, como lo está muchas veces el mercado. Esos métodos –sostienen-, disminuye sustancialmente la posibilidad de que la valoración sea influida por factores subjetivos, si bien no puede garantizar una inmunidad absoluta frente a ellos. Otro elemento que refuerza la objetividad del método –aducen-, es la participación, en el proceso de aplicación de éste, de todas las partes interesadas (representantes del empleador, trabajadores y trabajadoras).

Los opositores a la aplicación del principio *TIV* no encuentran que el mencionado método tenga la potencia suficiente para valorar incuestionablemente los puestos de trabajo. Además,

sostienen que tampoco es acertado ajustar los salarios de los grupos que se consideren discriminados retributivamente, con base en el salario medio del grupo ocupacional con el cual se les comparan (en el caso de las mujeres, por ejemplo, el salario medio del grupo masculino). Aquí el referente del mercado es imprescindible –sostienen.

Desde un ángulo filosófico, Flanagan (1987b) endilga al principio *TIV* el incurrir al menos en tres errores: animismo, reificación y voluntarismo (pp. 438 y ss.).

Es animista, porque parte de la base de creer que el mercado actúa bajo designios humanos deliberados, algunos encausados con sentido segregacionista.

El principio *TIV* también cae en la falacia de la reificación, según el autor canadiense, porque pretende convertir la valoración de los puestos de trabajo en una operación lógica, ajustada a un esquema teórico -los métodos de valoración ocupacional-, por su convicción de que el mercado distorsiona y segrega y por tanto debe ser ajustado a ese esquema. Ello se expresa en la posición de los defensores del *TIV*, quienes sostienen que si el mercado y el sistema de evaluación de cargos dictaminan remuneraciones diferentes a los puestos de trabajo, y si esos trabajos son predominantemente ocupados por sexos diferentes, la remuneración dictada por el sistema de evaluación debe prevalecer sobre la que señala el mercado.

Finalmente, Flanagan también acusa al principio de equidad retributiva de incurrir en voluntarismo, porque aspira, en contra de realidades sociales objetivas, a remodelar las relaciones salariales, de manera que se acomoden o ajusten al postulado que él representa.

Animismo, reificación y voluntarismo se conjugan y refuerzan mutuamente –concluye Flanagan.

Las críticas al principio *TIV* pueden compendiarse en lo siguiente: en las actuales economías de mercado, caracterizadas por la diversidad, inestabilidad y variabilidad de la

demanda y por la continua innovación de productos y servicios, exigir una igualdad retributiva en los términos de dicho principio atenta contra la flexibilidad que debiera caracterizar las relaciones de trabajo en los tiempos que corren.

Sin embargo –y a modo de conclusión–, la flexibilidad que tanto se reclama para la relación de trabajo, como estrategia para enfrentar la incertidumbre característica de los mercados, no puede identificarse con la obtención para uno solo de los actores de las relaciones laborales de todos *“los frutos de la coordinación social y económica, sin ninguna contrapartida”*. Las consecuencias sociales de la flexibilidad laboral no pueden cargarse exclusivamente en hombros del Estado o de quienes ofrecen su trabajo, pues es necesario un reparto equitativo y eficiente de responsabilidades frente a la flexibilidad, entre los diferentes actores (Casas, 1999, pp. 271, 272). Con otras palabras, la flexibilidad laboral debe enfrentarse con equilibrio y justicia, haciendo eco de los postulados consignados en la Declaración de Filadelfia de 1944.

El principio *TIV* se inspira en un profundo sentido de justicia no solamente conmutativa sino sobre todo distributiva. De ahí que situaciones en la que exista discordancia entre las valoraciones del trabajo basadas en el principio *TIV* y las señaladas por el mercado laboral, exigen dilucidarse con sensatez, moderación y equilibrio. Cuando se trate de segregaciones que contradicen palmariamente el principio de equidad retributiva, la solución tendría que tomar prevalentemente como fundamento ese principio. Pero en los casos menos nítidos ningún método podrá considerarse apodíctico: no puede concederse absoluta predominancia, en toda circunstancia, a la aplicación del principio de equidad retributiva sobre otras circunstancias laborales, sociales o económicas objetivas, o situaciones específicas del empleador, así como tampoco consulta la prudencia asignar prevalencia concluyente a aquellas y a éstas sobre el primero en cualquier circunstancia. Sobre todo en los casos más complejos (por ejemplo, en situaciones de escasez de cierto tipo de talento), la salida puede estar en una ponderación entre

los criterios mercantiles, productivos y de valor intrínseco, que lleven a soluciones al mismo tiempo prácticas y justas. Es el tipo de discernimiento que, frente a estas situaciones, han adoptado algunos tribunales²¹³.

²¹³ Tribunal de Justicia de las CE, sentencia C-127/92, fundamento jurídico 26, Caso Enderby. (CVRIA, 1993).

CAPÍTULO 5. EL TRABAJO DE IGUAL VALOR ENTRE HOMBRES Y MUJERES

1. La tradicional discriminación contra las mujeres.

Como se dijo antes, el principio *TIV* se consagró positivamente por primera vez en la Constitución original de la OIT, en 1919, y posteriormente en su Enmienda de 1946, entrada en vigencia en 1948, pero “*sin distinción de sexo*”. Es decir, tal principio se consideró aplicable para cotejar las asignaciones salariales entre cargos, sin tener en cuenta el sexo de quienes los desempeñaran. Sin embargo, a partir del Convenio 100 de la misma OIT (de 1951, entrado en vigor en 1953), el principio *TIV* se postuló para ser aplicado específicamente a las asignaciones retributivas de mujeres y hombres (“*tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo*”). En esta misma línea se orientaron, desde entonces, tanto las legislaciones de varios países, como la normativa comunitaria europea, a partir de la Directiva 75/117/CEE (10 de febrero de 1975), cuyo alcance fue acogido por el Tratado de Ámsterdam de 1999 (art. 141) y desarrollada, entre otras, por la Directiva 2006/54/CE. Por eso podría afirmarse que en la actualidad el principio de “salario igual por un trabajo de igual valor” se entiende casi exclusivamente referido a la equidad retributiva entre hombres y mujeres: no es tolerable la consideración del sexo como criterio único de diferenciación en el trato salarial.

Esa aplicación preferente del principio *TIV* en beneficio de las mujeres -a partir sobre todo del séptimo decenio del siglo XX-, está justificada como una herramienta necesaria para combatir la discriminación retributiva de que ellas han sido objeto, desde épocas que se pierden

en la noche de los tiempos. En efecto, siendo que las mujeres constituyen un poco más de la mitad de los seres humanos, no es justificable que ellas sufran discriminación social, laboral y –en concreto-, retributiva, sobre un derecho que debe amparar a todos los seres humanos en el trabajo.

Según Padavic & Reskin (2002), la devaluación de lo femenino está profundamente enraizada en las más grandes culturas y religiones del mundo (p. 10)²¹⁴, por lo que “*la mujer*” –como afirma de Beauvoir (2005)-, “*se convirtió concretamente en Alteridad*”, y por ello “*se define exclusivamente en su relación con el hombre*” (pp. 225 y 229). La discriminación retributiva hacia las mujeres, como se explicará aquí, se inscribe en esa segregación.

Para entender ese tratamiento salarial peyorativo, y sin necesidad de remontarse a las épocas griega y romana, al Medioevo y al renacimiento –épocas en las cuales la segregación hacia las mujeres, con matices, fue también una constante²¹⁵-, es menester describir brevemente

214 Por ejemplo, en el Antiguo Testamento, Dios dice a Moisés (Levítico, 27:2-8, Straubinger, 1958): “2 *Habla a los hijos de Israel y diles: si uno hiciere un voto a Yahvé tocante a personas, éstas serán valoradas según tu tasación. 3 Si el objeto de tu tasación es un varón de veinte a sesenta años, tu valuación será de cincuenta siclos de plata, según el siclo del Santuario. 4 Mas si se trata de una mujer, tu valuación será de treinta siclos. 5 De los cinco a los veinte años, tu valuación será, para varón, veinte siclos, para mujer, diez siclos. 6 De un mes hasta la edad de cinco años, será tu valuación para niño cinco siclos de plata; para niña será tu valuación tres siclos de plata. 7 De sesenta años para arriba, será tu valuación, para varón, quince siclos; para mujer, diez siclos. 8 Si uno es tan pobre que no puede pagar tu valuación, será presentado al sacerdote, el cual le tasará a razón de los recursos que tenga el oferente*”.

215 En la antigüedad griega, por ejemplo, Platón es uno de los pocos que propugna por una igualdad de trato –al menos en algunos aspectos-, entre mujeres y hombres. Así se evidencia en el Libro V de “La República” (-389/1963), cuando, al referirse al gobierno de la ciudad, afirma –en boca de Sócrates-, que “(...) *no hay (...) oficio alguno que corresponda a la mujer como tal mujer, o al hombre como tal hombre sino que, diseminadas en unos y en otras las condiciones naturales de manera semejante, a la mujer, lo mismo que al hombre, competen por naturaleza todos los oficios*”, aunque reconoce que “*naturalmente, también, la mujer es en todo más débil que el hombre*”. (pp. 327 y 328, párr. 455-d). A su vez, en el Libro VII de “Las Leyes” (-389/2002), hace similares consideraciones con respecto a la hípica y la gimnástica (pp. 366 y 367, párr. 804 d y e), al manejo de las armas (p. 367, párr. 805 a), o a la educación (p. 368, párr. 805 d).

el trato de que ellas han sido objeto a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, y particularmente de la francesa.

En los siguientes acápite se hará ese recuento, que muestra los orígenes históricos del trato retributivo dispar que ha afectado a las mujeres. Pero, antes de hacer esa narración y como conclusión anticipada de ella, puede decirse que la discriminación retributiva hacia las mujeres se origina en varios factores que se fueron consolidando a lo largo de la historia humana: i) la consideración de que el sitio propio de la mujer es el ámbito privado (el hogar) y no el público; ii) la convicción de que, cuando ella trabaje en el sector llamado productivo (asalariado), lo que ella reciba como estipendio es complementario del salario del varón, quien es el principal responsable del sostenimiento de la familia; iii) la convicción de que existen ciertos trabajos cuyo desempeño corresponde “por naturaleza” a la mujer y no al hombre y, por el contrario, que hay oficios y actividades vedadas para ellas y que son coto exclusivo de los varones²¹⁶; y iv) la creencia de que el trabajo femenino –sobre todo, mientras la mujer forma su hogar y tiene hijos-, es por naturaleza transitorio.

Varios de esos elementos también son notorios cuando se hace un recuento de la situación de las mujeres en Colombia, desde el ángulo de su desigualdad salarial. Con ese recuento se cerrará el presente acápite.

1.1. La situación de las mujeres bajo el Iluminismo y el liberalismo clásico.

²¹⁶ En la literatura y en las artes esta exclusión era frecuente hasta el siglo XIX. Por ejemplo, les era prohibido a las mujeres fungir como actrices de teatro, por lo que en el *kabuki* japonés surgieron los *onnagata*, actores varones que actuaban como mujeres. En Europa también les estaba vedado a las mujeres ser actrices (famoso es el caso de Lope de Rueda, quien desempeñaba roles femeninos en el teatro español del siglo XVI). En la literatura, era frecuente el “travestismo identitario” en las mujeres escritoras, consistente en que ellas adoptaban seudónimos masculinos, como por ejemplo, en el siglo XIX, la francesa Aurore Dupin, Baronesa de Dudevant, quien adoptó el alias de George Sand, o el caso de la española Carolina Coronado, quien tomó el de Conde de Magacela.

La Ilustración celebra el poder de la Razón sobre la tradición y los dogmas, ya que mediante ella se descubren y formulan los derechos fundamentales –y por tanto, inalienables– de los seres humanos, que llevarán a su definitiva liberación. Dentro de esos derechos, la igualdad ocupa lugar preponderante, al lado de la libertad. No obstante, el Iluminismo excluye a la mujer de este planteamiento, con base en sus supuestas inferioridad e incapacidad frente al varón, en varios aspectos. Rousseau y Kant, dos de los más grandes artífices del pensamiento ilustrado, argumentaron en varias de sus obras la posición subalterna de la mujer. Así, el primero sentó las bases de lo que se ha denominado “naturaleza femenina”, que lleva a que la mujer esté subordinada al varón, por lo que sostuvo que la mujer alcanza su máxima realización siendo esposa y madre, lejos del ámbito de lo público. En el Libro V de su obra *Emilio o de la educación* (s.f.), Rousseau rechaza la igualdad entre hombres y mujeres y acude a la naturaleza para basar su idea de que las mujeres están hechas para complacer al hombre y deben estar toda su vida bajo la égida masculina. La desigualdad entre varones y mujeres “*no es obra del prejuicio sino de la razón*”, afirma. Por eso relega a éstas a un ámbito anterior a lo social y aunque les reconoce la facultad de razonar, duda de que sean capaces de efectuar juicios sólidos (pp. 400 y ss).

Kant, otro de los más connotados filósofos de la Ilustración y del liberalismo, también sostiene la diferente naturaleza de hombres y mujeres y defiende la marginación de éstas de la ciudadanía. En su obra *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime* (2004), argumenta la complementariedad de los sexos, fundada en que lo bello es una característica femenina, en tanto que lo sublime o profundo es un distintivo masculino. Las mujeres –según el pensador prusiano–, tienen tanta inteligencia como los hombres, pero es “*una inteligencia bella*”, en tanto que la masculina es “*una inteligencia profunda, expresión equivalente a sublime*” (pp. 29 y ss).

Con todo, hubo por la época algunas voces aisladas en pro de la igualdad femenina. Una de ellas fue masculina, la del Marqués de Condorcet (Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat), quien sostuvo que las mujeres, como individuos poseedores de razón -lo mismo que los hombres-, debían gozar de iguales derechos civiles y políticos. En efecto, en sus *“Cartas de un burgués de Nuevo Hampshire a un ciudadano de Virginia sobre la inutilidad de dividir el poder legislativo entre varios cuerpos”*, de 1787, el Marqués de Condorcet (1945), señala que, con respecto a los derechos de los hombres, *“las mujeres deben tener absolutamente los mismos”*. Y agrega:

(...) las leyes civiles que establecen una desigualdad entre hombres y mujeres, lo suficientemente grande como para que se las pueda suponer faltas de voluntad, no son sino una injusticia más (...) no se puede señalar entre ellas y los hombres otras diferencias que no sean obra de la educación. (pp. 139, 140 y 142)

Incluso desde antes también se alzaron voces que defendieron la igualdad femenina y masculina, como la de Olympe de Gouges, en la Francia revolucionaria -quien pagó sus proclamas igualitarias con la muerte en la guillotina en 1793-, o la de la inglesa Mary Wollstonecraft, a quienes se ha referido esta obra en capítulo anterior²¹⁷.

Según los postulados de la Ilustración, los seres humanos son iguales en derechos por el solo hecho de su nacimiento, lo cual implica subyugar a la naturaleza. Lo “natural” en el pensamiento iluminista es el reino de la “necesidad”, es decir, de todo aquello que no se somete a la libertad ni al discurso racional. Socialmente, lo natural se confina en la órbita de “lo privado”, que cobija el entorno del hogar, el ámbito de lo doméstico, donde se realizan los trabajos de mantenimiento de la vida, la sobrevivencia y la reproducción de los individuos. El sitio de la mujer está en ese ámbito privado, donde ella despliega las actividades que se

²¹⁷ Una completa reseña sobre las ideas defendidas por Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft se encuentra en Celina de J. Trimiño (2013, pp. 143 y ss).

considera le corresponden naturalmente, como la gestación y crianza de los hijos y las labores de alimentación y mantenimiento del hogar (Molina, 1994, pp. 36-39)²¹⁸.

Al lado de “lo privado”, afirma Amorós (1994), existe la esfera de “lo público”²¹⁹, que es el reino de la libertad, de la autonomía; el espacio de los pares o iguales, de la legalidad, de la ciudadanía, de la democracia, de los consensos y del reconocimiento de los grados de competencia (p. 21, 24). Es decir, el ámbito de todo aquello que se realiza por la Razón, en desarrollo del contrato social, por lo que es eminentemente el campo de la política²²⁰. Este terreno de “lo público” es por excelencia del varón, quien, para actuar virtuosamente en él requiere tener resueltos los problemas de “lo privado”. O sea, como aduce Molina (1994), lo privado-doméstico es una instancia prepolítica; una condición previa requerida para que el varón actúe en la esfera pública (p. 106).

²¹⁸ En las antiguas Roma y Grecia, cuando la religión era exclusivamente doméstica, si bien el varón-padre es el jefe supremo de ésta, uno de los papeles fundamentales de la esposa era el de velar por que el hogar no se apagara, invocarlo y ofrecerle sacrificios. Por eso, donde la esposa no está el culto doméstico resulta incompleto e insuficiente, de lo cual derivó la veneración que se tributaba a la madre de familia (Fustel de Coulanges, 1965, pp. 106, 114 y 115). Este es, sin duda, el origen de la asignación de la mujer al ámbito de lo privado, que se reflejará en épocas posteriores de la sociedad occidental.

²¹⁹ La concepción iluminista de los espacios privado y público tiene un antecedente claro en Aristóteles (1986), quien distinguió entre la administración doméstica y la crematística o economía política, y señaló que la mujer, como los hijos y los esclavos, son parte de la primera, bajo la autoridad superior del varón (p. 70). En la antigua Roma, según Plutarco, este confinamiento a lo privado era estricto, pues las mujeres no podían comparecer ante la justicia, como demandantes, o defensoras, acusadoras o acusadas, y ni siquiera como testigos. La administración de justicia para ellas –igual que para los hijos–, no correspondía al estado, sino al esposo y padre de familia, quien ejercía ese derecho sin apelación, ya que ninguna autoridad de la ciudad podía modificar sus decisiones, que podían llegar, incluso, a dar muerte a su mujer y a sus hijos. (Fustel de Coulanges, 1965, pp. 109 y 110; también Engels, 1969, p. 526).

²²⁰ Fue la antropóloga norteamericana Michelle Z. Rosaldo (1979), quien describió el modelo estructural público/privado, para explicar, en clave iluminista, los diferentes sitios socialmente adjudicados a las mujeres y a los hombres (pp. 153 y ss).

Estas concepciones de la Ilustración –sigue arguyendo Molina-, fueron en esencia heredadas por el liberalismo clásico, con una adición importante: la introducción de la propiedad como “lo privado” por antonomasia. Lo privado es “lo propio”, en tanto que “lo público” es lo que todos los miembros de la sociedad poseen en común, con lo cual este último ámbito se define también en función de la propiedad. Según el liberalismo, el estado nunca debe inmiscuirse en lo privado, es decir, no debe intervenir sobre el sagrado derecho de propiedad (*laissez faire, laissez passer*) (p. 111).

Bajo la ideología liberal clásica también la mujer se sitúa en el campo de “lo privado”, en el ámbito de la necesidad, y no en el campo de “lo público”. Este confinamiento de la mujer a la esfera de lo privado es consecuencia de un antiguo paradigma patriarcal acerca de la “naturaleza femenina”²²¹, que aún hoy se manifiesta en la sociedad con distintas intensidades. Según esta ideología –al decir de Ana de Miguel en el prólogo a la edición castellana de *The subjection of women* (*El sometimiento de las mujeres*), escrita por John Stuart Mill en 1869 (2005)-, las mujeres tienen una índole diferente pero complementaria a la de los hombres, lo que justifica los distintos roles y funciones sociales de aquellas y de estos. Esa complementariedad de lo femenino a lo masculino se ha enfocado de dos maneras diferentes: de un lado, la que considera a las mujeres como inferiores a los varones, en lo físico, lo intelectual y lo moral y que justifica su tutela por parte de éstos por poseer cualidades que las mujeres no tienen; de otro lado, un discurso de excelencia, según el cual la mujer ostenta

²²¹ En su novela “Las bostonianas”, publicada en 1886, Henry James (2007), retrata fielmente esta postura en las expresiones de Basil Ransom en sus diálogos con Verena Tarrant, una joven exponente del primer movimiento feminista estadounidense, de quien se ha enamorado. Ransom le dice: “Mi querida señorita Tarrant, ¡lo más agradable que tienen las mujeres es resultar agradables a los hombres! Esa es una verdad tan vieja como la raza humana (...)”. Luego Verena Tarrant pregunta a Ransom: “¿Debo entender entonces que nos considera usted como absolutamente inferiores?”, a lo que éste contesta: “Para los fines públicos y cívicos las encuentro absolutamente inferiores; débiles y de segunda categoría (...) Pero en privado, personalmente, ese es otro asunto. Es en el reino de la vida familiar y de los afectos domésticos...” (pp. 396 y 399).

cualidades propias, como la entrega, la abnegación y la intuición, que la hacen, si no superior al hombre, más valiosa que él en tales aspectos. Sin embargo, esta última consideración no se traduce en una valoración significativa de la mujer en términos de poder y participación, sino precisamente en su enclaustramiento en la esfera privada, donde se le protege como patrimonio y reserva moral (pp, 20, 27-28).

Y dado que el ámbito del trabajo asalariado es en la modernidad parte importante de lo público y que el terreno de la mujer está fuera de este último, ella es inadecuada para aquel. Su actividad en el hogar no es ni siquiera considerada como trabajo, pues no recibe salario, ya que, en la concepción liberal, la retribución es el que determina la existencia del trabajo como factor económico.

La desarticulación de este ideario fue quizás el mayor desafío del feminismo del siglo XIX, pues significaba no solamente rebelarse contra la autoridad de grandes filósofos iluministas -como Hume, Rousseau y Kant- y modernos -como Hegel-, sino también sublevarse contra la convicción de la existencia de grandes diferencias entre las capacidades y aspiraciones de mujeres y hombres, profundamente arraigada en la sociedad, pero incluso aceptada sin mayor discusión por muchas mujeres. La subordinación práctica de un sexo al otro, entrañada en esta ideología, fue calificada por Stuart Mill (2005), no sólo como injusta hacia las mujeres, sino como uno de los principales escollos al desarrollo humano. Su origen, según el connotado filósofo utilitarista, se halla en el prejuicio y no en una deliberación racional o en una disposición de la naturaleza (pp. 71, 78, 92, 107).

La percepción de la mujer como un ser extraño y provisional dentro del ámbito del trabajo “productivo” –que en la modernidad hace parte de lo público-, es una de las razones remotas detrás del trato retributivo *in pejus* en contra de las mujeres.

1.2. El trabajo de las mujeres en la Revolución Industrial.

Como anota Martín (2004), a partir de la Revolución Industrial -que es el hito del contemporáneo contraste en el trato entre hombres y mujeres en el terreno laboral-, las mujeres, aparte de sus trabajos domésticos tradicionales, fueron obreras en las fábricas y trabajadoras del sector terciario como oficinistas o vendedoras, o como maestras o enfermeras, oficios que se estimaban particularmente adecuados para ellas, por considerarlos una extensión pública de las funciones tradicionalmente hogareñas y privadas confiadas a ellas. El ingreso de la mujer al trabajo fabril asalariado supuso, entonces, su irrupción en un terreno hasta entonces vedado para ella -lo público, representado en el sistema productivo-, pues como ya se anotó, las sociedades liberales clásicas la confinaban preferencialmente a la esfera de lo privado, o sea al trabajo de reproducción y cuidado, y la excluían de la economía de mercado (pp. 129 y ss).

Esta ubicación de la mujer en determinados oficios, obedeció, según Scott (1993), al menos en parte, más allá de planteamientos axiológicos acerca del trabajo femenino, provenientes de los siglos XVIII y XIX, a cálculos relativos al coste de la fuerza de trabajo (p. 6). La Revolución Industrial instauró la división tajante entre el trabajo doméstico o de reproducción²²² y el de producción, desarrollado este último en fábricas y talleres. Adicionalmente, resaltan Dalla Costa & James (1975), con el advenimiento del capitalismo se socializa la producción -en lo cual la fábrica juega papel preponderante-, en contraste con la sociedad anterior, donde la casa y la familia eran centrales para la producción agrícola y artesanal (pp. 25 y ss.), y además porque era en tales ámbitos -complementa Hobsbawm

²²² Se entiende por trabajo de reproducción el que atiende a la familia, tanto en la subsistencia directa como en los cuidados asistenciales, etc. Es decir, es un trabajo de reproducción o renovación de las fuerzas “productivas”. Para la época, esta función se radicaba exclusivamente en las mujeres, aunque en la actualidad en las sociedades capitalistas ese trabajo rebasa las instancias familiares y se extiende al conjunto de la sociedad, tomando formas empresariales, de trabajo autónomo, de servicio social, etc. De esta época data la valoración del trabajo fabril o de producción, esencialmente masculino, como el “verdadero” trabajo, es decir, el trabajo con significado para la sociedad liberal-capitalista, en tanto que el trabajo del hogar no se aprecia como trabajo productivo.

(1987)-, donde la mujer no solamente realizaba las labores domésticas, sino que también participaba activamente en las demás labores (p. 131). El trabajo de reproducción siguió recayendo en la mujer, como era tradicional, mientras que en el de producción, si bien se absorbió mano de obra femenina, se hizo distinción de género, ya que ciertos oficios y determinadas secciones estaban a cargo específicamente de las mujeres (Galcerán, 2006, p. 13). El trabajo –y por ende el salario- preferentemente valorado, era el de los varones, pues se les consideraba las cabezas responsables del sostenimiento de las familias. Se suponía que la mujer tenía el respaldo económico de al menos un varón, por lo que el salario de aquella se consideraba complementario del salario de éste²²³. Por ello las mujeres aceptaban trabajar por salarios muy bajos, ya que, si eran solteras, se aducía que sólo les correspondía sostenerse a sí mismas o, si eran casadas, su salario se consideraba un mero complemento de lo aportado por su marido, a quien, por ser tal, le correspondía sostenerla²²⁴.

Otra característica del trabajo femenino de tipo fabril en tal época, derivado de lo dicho anteriormente, era su intermitencia. En efecto, narra Galcerán (2006) que, dado que el papel “natural” de las mujeres era el de ser madres, las jóvenes podían trabajar en las fábricas y

²²³ Refiriéndose al nivel que deben alcanzar los salarios, Adam Smith (1958/1776), señalaba que hay un cierto nivel por debajo del cual es imposible que descendan los salarios: el hombre ha de vivir de su trabajo y la remuneración al menos ha de ser suficiente para mantenerlo. Además- agregaba-, en la mayor parte de las ocasiones es indispensable que el trabajador gane algo más que el sustento, *“porque de otro modo sería imposible mantener una familia y la raza de esos trabajadores no pasaría de la primera generación (...) parece evidente que para sustentar una familia de trabajadores de la clase más baja, el trabajo del marido y de la mujer debe de sobrepasar en algo lo que es precisamente necesario para su propio sustento”* (pp. 66 y 67).

²²⁴ Este último aspecto –la menor remuneración para las mujeres en comparación con la de los hombres- fue causado, en sentir de Scott (1993, p. 2), más que por razones estructurales y funcionales, simplemente porque la mano de obra femenina se ofrecía en el mercado de trabajo a un precio menor, precisamente por considerarse su salario como complementario de la retribución del varón responsable de la manutención de la familia. Scott ilustra, además, que la Revolución Industrial no fue propiamente la causante del desarraigo de la mujer de sus labores hogareñas, pues desde antes del industrialismo muchas de ellas realizaban trabajos fuera del hogar.

talleres hasta que contrajeran matrimonio, pero luego de casadas debían concentrarse preferentemente en las labores hogareñas y de crianza de los hijos. Si quedaban viudas, podía abrirse la posibilidad de regresar al trabajo en las fábricas. Esta intermitencia del trabajo femenino contrastaba con la estabilidad del varón en el mismo oficio, durante toda su vida o gran parte de ella (p. 15). Dicha característica del trabajo femenino permanece aún hoy en el imaginario social y de muchos empleadores, y es una de las causas para considerar que el trabajo femenino es de menor valor frente al del hombre, por lo cual debe remunerarse con un salario inferior.

De ahí que, incluso desempeñándose en trabajos iguales a los de los varones, las mujeres ganaban entre la mitad y los dos tercios de lo que devengaban éstos, o, si llegaban a devengar un salario igual al de los hombres, algunos empresarios añadían a este último un complemento, que tenía como único motivo el sexo del trabajador (Hobsbawm, 1987, p. 135). Por lo primeramente descrito, los trabajadores varones veían como una competencia adversa la contratación de mujeres en las fábricas, ya que no solo podía desplazarlos²²⁵ sino que los bajos salarios que ellas devengaban repercutían en la disminución de las remuneraciones de los trabajadores masculinos. Marx y Engels, en el Manifiesto Comunista de 1872 (1969), se refirieron a este fenómeno: *“cuanto menos habilidad y fuerza requiere el trabajo manual, es decir, cuanto mayor es el desarrollo de la industria moderna, mayor es la proporción en que el trabajo de los hombres es suplantado por el de las mujeres y de los niños”* (p. 41). Ante esto, el propio movimiento obrero socialista europeo, por ejemplo, se opuso a la inclusión del

²²⁵ Sidney y Beatrice Webb en 1898 (2004), escribían: *“Ningún empleador soñaría con sustituir hombres por mujeres, a menos que ello diese como resultado conseguir que el trabajo se hiciese debajo de la tasa salarial masculina”* (p. 381).

trabajo de la mujer en la industria, y sólo fue gracias a las ideas de Bebel²²⁶ y de Engels, expuestas luego de la muerte de Marx, que, señala Goldman (2010), fue aceptado (pp. 55, 59).

Esa situación de inequidad retributiva impulsó, sobre todo en Inglaterra a partir de 1832, una serie de movimientos que propendían por la igualdad salarial entre mujeres y hombres. El primero de ellos fue impulsado por mujeres que trabajaron para Robert Owen en Grays Inn, en Londres; dos años después, la organización sindical Grand National Consolidated Trades Union (GNCTU) apoyó las demandas por igualdad de remuneración entre mujeres y hombres en las páginas de su periódico *Pioneer*, proclamando que los bajos salarios devengados por las mujeres no eran tanto el precio que voluntariamente se fijaba por su trabajo, “*cuanto el precio determinado por la tiránica influencia de la supremacía masculina*” (Davis, 2016).

A finales del siglo XIX, las mujeres acceden a trabajos diferentes a los de sectores agrícola o industrial, particularmente a aquellos relacionados con el comercio y los servicios, pero siempre en oficios bajos dentro de la organización -secretarias, telefonistas, auxiliares-, por considerárselos más apropiados para ellas. Paralelamente se consideraba que ciertos trabajos eran exclusivos de los varones y no apropiados para las mujeres (en minería, construcción, industria naval, etc.). Surge así lo que algunos llaman la “división sexual del trabajo”: las tareas que exigían delicadeza, paciencia, aguante, así como las repetitivas, se consideraban femeninas, mientras que si requerían fuerza física, velocidad y habilidad, eran reservadas para

²²⁶ La obra más conocida de August Bebel (publicada en 1883) es, precisamente, “La mujer y el socialismo” (1977). Bebel la inicia diciendo que “*la mujer y el obrero tienen en común que ambos son oprimidos*”. Y más adelante dice, luego de examinar la situación de la mujer en la industria capitalista, que ésta termina enfrentando “*sexo contra sexo y edad contra edad*”, de manera que “*la mujer desplaza al hombre, y la mujer es desplazada a su vez por la gente joven y los niños*”, por lo que finalmente “*este estado sería insoportable si no lo contrarrestase con todas sus fuerzas el poder de la organización de los obreros en sus sindicatos*”. (pp. 48, 314 y 315).

los varones²²⁷. Esta situación se reflejaba en las escasas o nulas posibilidades de que las mujeres accedieran a formación profesional calificada para el desempeño de los trabajos caracterizadamente masculinos, cuya duración académica, además, era mayor que aquella que preparaba a las mujeres para desempeñar sus oficios (Martín, 2004, pp. 133, 134). Todo ello repercutía en diferencias salariales, ya que los trabajos reservados para los hombres se consideraban merecedores de una mayor remuneración que los de las mujeres. Es decir, la expresión “oficio calificado” era propia de los trabajos masculinizados, en tanto que no eran valorados como tales aquellos caracterizadamente femeniles.

Surgió para entonces la opción del trabajo en casa (o a domicilio), reservado para las mujeres, que estaba incluso peor pagado que aquel desempeñado por ellas en la fábrica, y que despertaba menos recelo entre los trabajadores varones, no sólo porque se conservaba el papel de la mujer en el trabajo doméstico, asignado a ella “por la naturaleza”, sino también porque constituía una menor amenaza para la estabilidad del sistema socio-económico establecido.

1.3. La visión marxista y los intentos revolucionarios por liberar a la mujer del trabajo de reproducción e incorporarla plenamente al trabajo de producción asalariado.

En el denominado socialismo científico pueden destacarse dos consideraciones con respecto al trabajo femenino: su carácter de “ejército de reserva” y la necesidad de abolir el trabajo hogareño (o de reproducción), como paso fundamental para lograr la liberación de la mujer de las ataduras impuestas por la familia patriarcal. El primer concepto tiene que ver con el papel del trabajo femenino, en comparación con el de otros grupos, a lo largo de las fluctuaciones del ciclo económico que se producen en las economías industriales. Este ejército

²²⁷ Por ejemplo, en Inglaterra, a finales del siglo XIX, según los esposos Webb (2004), “*incluso en las industrias que emplean tanto hombres como mujeres, casi siempre encontramos a los sexos netamente divididos en diferentes departamentos, trabajando en procesos diferentes y desarrollando distintas operaciones*” (p. 381).

es una mano de obra excedente o flotante, que, dependiendo de tales ciclos, es atraída o repelida por la industria, lo que fue evidente con la contribución de la mano de obra femenina durante las dos guerras mundiales, según algunos analistas (Dex, 1991, pp. 221 y ss.).

Con respecto al trabajo de hogar, fundamentalmente adjudicado a las mujeres, y que implica su retrainimiento del sistema productivo, Marx y Engels (s.f.) sostuvieron que en la familia se había engendrado la forma primigenia de propiedad privada, representada de forma rudimentaria en la esclavitud a la que eran sometidos la mujer y los hijos por parte del esposo, ya que en la familia éste disponía del trabajo de aquellos (pp. 33 y 34). Los autores del Manifiesto Comunista señalaron que la familia, lejos de constituir una forma natural, era un producto social, que podía mutar en función del modo de producción dominante en la sociedad. Consideraron, por tal razón, que la economía doméstica debería convertirse en un asunto público, comunal, una industria social, como medida indispensable para emancipar a la mujer del trabajo hogareño, propio de la sociedad burguesa. Dar este paso –consideraban–, llevaría a la sustitución de la familia patriarcal por otra forma familiar, que se consolidaría, no alrededor de la propiedad privada como aquella, sino de genuinos lazos de afecto²²⁸. Engels, por su parte, en *“El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”* (1969), sustentado en investigaciones de Bachofen, mantuvo la tesis de que la familia monógama –que sustituyó a aquella cuya descendencia sólo se contaba por línea femenina, fundamento del llamado “derecho materno”–, representaba la esclavitud del sexo femenino por el masculino. Agregaba

²²⁸ Para Marx, el verdadero trabajo es aquel que genera la plusvalía con base en la cual se forma el capital, o sea, aquel que produce mercancías con valor de cambio, por una contraprestación salarial. Por eso se considera que el pensador alemán excluye de su teoría el trabajo que se realiza en el hogar –trabajo de reproducción–, en la medida que no es retribuido con salario. No obstante, en *“La ideología alemana”*, Marx y Engels (s.f.) parecieran conceder el carácter de fuerza productiva también al trabajo de reproducción, al reconocer el carácter de “fuerza productiva” a la producción de la vida, *“tanto de la propia en el trabajo, como de la ajena en la procreación”*. De donde se desprende que cada modo de producción implica siempre *“un determinado modo de cooperación, o una determinada fase social”* (p. 29).

que el primer antagonismo de clases que apareció en la historia se manifestó precisamente en la monogamia, con la opresión del varón sobre la mujer, por lo que “*el derrocamiento del derecho materno fue la gran derrota histórica del sexo femenino en todo el mundo*” (pp. 525, 532 y 533).

Clara Zetkin, socialista alemana de gran influencia a fines del siglo XIX y principios del XX, con base en los análisis previos de Engels y Bebel, proclamó que la expansión de la producción industrial de artículos de consumo, antes elaborados en el hogar, había menguado o vuelto superflua la actividad femenina en el hogar, al ofrecer esos productos de forma más rápida y barata²²⁹. Pero ello produjo una nueva contradicción, pues mientras tal fenómeno impulsaba a la mujer a participar en el trabajo industrial fuera de su hogar, al mismo tiempo en el ámbito fabril se le discriminaba, con lo cual sus posibilidades eran reducidas y mal retribuidas en ese campo. Zetkin (1972) propuso en 1918 que la manera de combatir esa discriminación, al dispensárseles salarios más bajos que a los varones, era la implantación de “*la paridad del salario y la paridad de prestaciones para ambos sexos*” (p. 140), con lo cual probablemente se erige como pionera en la formulación del principio de igualdad retributiva entre sexos.

La Revolución bolchevique sostuvo que sólo el socialismo podía resolver la contradicción entre el trabajo y la familia, tesis que, dicho sea de paso, marca la diferencia fundamental entre el feminismo de cuño capitalista occidental y el socialismo marxista-leninista, pues para éste, el conflicto esencial de la sociedad no está en la contradicción hombre/mujer –como sostiene en general el primero-, sino en el conflicto de clases, o sea, el que existe entre explotadores y

²²⁹ La producción industrial de artículos que antes eran producidos en el seno del hogar, fue un fenómeno que comenzó a presentarse desde fines del siglo XIX y principios del XX, como por ejemplo la ropa y cierta clase de alimentos. Al respecto, Miranda (2006, p. 54).

explotados, que no hace diferencias de sexo. De ahí que poco tiempo después de la revolución de octubre de 1917 el nuevo régimen adoptara medidas en tal dirección. La primera y más importante de ellas, fue la creación, en 1920, del Zhenotdel (departamento o sección del Partido Comunista ruso, dedicado a los asuntos de la mujer), que tuvo gran influencia en la posterior adopción de políticas en pro de la emancipación femenina, si bien la perdió luego paulatinamente hacia los años 30, por acción del régimen stalinista (Corigliano, *et al*, 2001, pp. 183 y 189). Otra de tales medidas consistió en que, con el fin de incorporar las mujeres al trabajo asalariado –considerado, según lo dicho, como el único camino para hacerlas libres-, el Código de Familia soviético de 1918 abolió el *status* legal inferior de las mujeres, creó la igualdad de éstas bajo la ley e introdujo la igualdad salarial entre hombres y mujeres (Goldman, 2010, p. 29). Esto último pudo probablemente tener influencia significativa en la consagración en 1919 del principio de igualdad retributiva en el capítulo XIII del Tratado de Versalles (erigido como la primera Constitución de la Organización Internacional del Trabajo), al que se aludió en el capítulo cuarto.

Otra medida tomada por el régimen bolchevique fue que, para cortar con los lazos que en la llamada sociedad burguesa, ataban a las mujeres al trabajo del hogar, se instauró, no sin contradicciones, una socialización del trabajo doméstico (Branciforte, 2010, p. 28; Goldman, 2010, pp. 31 y ss.). No se planteaba que el varón asumiera y compartiera con la mujer dicho trabajo, sino que éste se excluyera de la familia y se colectivizara, es decir, que las tareas inherentes al hogar –que en la sociedad capitalista recaían preferencialmente en la mujer-, fueran un trabajo social, comunal (mediante comedores, lavanderías y centros de cuidado infantil comunitarios). Esta no fue propiamente una idea original de los revolucionarios rusos, ya que, según Goldman (2010), Robert Owen y sus partidarios la habían propuesto cien años antes en Inglaterra (p. 47). De esta manera –continúa Goldman-, las mujeres vinculadas al trabajo fabril no tendrían que responder, simultáneamente, por el trabajo de producción,

asalariado, y el de reproducción propio del hogar; además, por esta vía, la unión entre hombre y mujer sería libre de ataduras y sujeta solamente al mutuo afecto (pp. 27-30).

Con todo –narra Goldman (2010)-, E. O. Kabo, una economista y socióloga rusa de los años 20 del siglo pasado, sostuvo que, a pesar de que la familia ya no jugaba el papel productivo que antes exhibía, conservaba un importante papel reproductivo y de consumo, que constituía un mecanismo de redistribución del ingreso proveniente de los integrantes asalariados, para asegurar un nivel de vida básico para éstos y los miembros que no recibían salario. Por esta vía, contradijo de cierta manera la aseveración de Marx, Engels y otros doctrinantes marxistas, que sostenían la necesaria extinción de la familia, como paso ineludible para abolir la sociedad de clases capitalista, pues sostuvo que tal extinción solo sería posible mediante la adopción de planes y políticas que contrarrestaran los bajos salarios, las disparidades entre trabajadores, los bajos niveles de seguridad social, etc. Para ello, entre otras medidas, propuso la exigencia de la igualdad salarial (p. 60, 64, 65)²³⁰.

1.4. La legislación protectora del trabajo femenino en los países industrializados, desde mediados del siglo XIX hasta principios del XX.

Apunta Scott (1993), que es sobre todo a partir de mediados del siglo XIX cuando se identifica con mayor intensidad la fuerza de trabajo femenina con determinados tipos de empleo, a tal punto que ello terminó convirtiéndose en un “axioma” o en parte del sentido común, basado en “hechos observables”. Estos últimos fundados, sin embargo, más que en evidencias objetivas, en sesgos culturales reforzados por hechos anecdóticos producidos por la separación del hogar y el trabajo, por ciertas teorías economicistas o simplemente por preferencias de los empleadores. De ahí surge la afirmación política de la supuesta inferioridad

²³⁰ Para una muy completa descripción de los diferentes enfoques que desde el feminismo marxista se han dado sobre la situación de la mujer con relación al trabajo, ver Haraway (1995, pp. 213 y ss.)

de las mujeres trabajadoras, en tanto que productoras (p. 5)²³¹. Lo anterior, a su vez, dio pábulo para afirmar la existencia de un “problema” en la inserción de las mujeres en el trabajo llamado productivo, aunque era claro que los trabajadores varones también lo tenían, dado que ellos de igual manera debían enfrentar rudas condiciones. (Martín, 2004, p. 139). Es decir, como anota Scott, el “problema de la mujer trabajadora” hizo visibles a las trabajadoras no ya como agentes maltratados de producción, sino como patología social, es decir, no se lo presentaba en términos de las satisfacciones o dificultades que el trabajo producía en las mujeres, ni de la precariedad de sus salarios –por debajo del nivel de subsistencia–, sino más bien en términos de los efectos del esfuerzo físico sobre sus capacidades reproductoras orgánicas y el impacto de su ausencia en la administración del hogar (p. 15).

Basadas en lo anterior, aparecieron sobre todo a finales del siglo XIX y principios del XX normas protectoras para las mujeres trabajadoras y para los niños, que buscaron atenuar sus condiciones de trabajo. Estas medidas protectoras rompieron con una de las reglas básicas del estado liberal primigenio –la libertad contractual basada en la autonomía de las partes del contrato–, pues significaron una intervención del estado en las relaciones contractuales.

Sin embargo, tales medidas tuitivas ampararon inicialmente solo a las mujeres asalariadas de las fábricas, pero no a las numerosas trabajadoras del servicio doméstico, de la agricultura, o de quienes desempeñaban oficios “de cuello blanco” (como los administrativos, de enseñanza o de ventas), o a domicilio, cuyas condiciones salariales y de trabajo en general eran inferiores a las de los hombres. Es decir, tales medidas se concentraron en aquellos oficios desempeñados por mujeres donde existía predominio masculino, mas descuidaron los sectores que, si bien exhibían mayor participación de ellas, no representaban una amenaza al trabajo masculino. El

²³¹ En España, a las mujeres y a los niños se les llamaba “medias fuerzas” (Palomeque, 1987, p. 69), para resaltar la inferioridad productiva de unas y otros, frente a la de los varones adultos.

trabajo de las mujeres a domicilio, en particular, se justificó, precisamente, por su supuesta compatibilidad con las labores domésticas a su cargo. Este tipo de trabajo, dada su exclusión de la referida tutela protectora, y que a su vez era caracterizado por los exiguos salarios, fue crecientemente preferido por los empleadores, particularmente en la actividad textil y de ropa (Martín, 2004, pp. 137 a 139).

Los preceptos protectores de las mujeres trabajadoras del sector fabril se basaron en características objetivas de la condición femenina, pero también en el imaginario de su supuesta debilidad frente al varón. Consistieron, la mayoría de las veces, en restricciones al ejercicio de su trabajo, como por ejemplo, la limitación de la jornada diaria por debajo de la masculina²³², la prohibición de la ejecución de trabajos considerados peligrosos, fatigosos o insalubres para ellas y los niños (como los trabajos subterráneos y de minería, que hasta ese momento los empleaban en gran número), la proscripción del trabajo nocturno²³³, horas-tope más allá de las cuales se prohibía el trabajo en ciertos días²³⁴, la concesión de licencias por maternidad, la prohibición de contratar mujeres para ciertos oficios, etc. En otros casos, hubo propuestas para francamente impedir el acceso de la mujer al trabajo fabril²³⁵

²³² En Inglaterra, por ejemplo, en 1844, se limitó a doce horas la jornada diaria de las mujeres y a seis horas y media la de los niños menores de trece años. Posteriormente, en 1847, ambas jornadas se limitaron a diez horas diarias. (Martín, 2004, pp. 140 y 141).

²³³ Por ejemplo, en Alemania, en 1891, se prohibió a las mujeres el trabajo entre las 8 p.m. y las 5:30 a.m.; en Francia (1892), entre las 9 p.m. y las 5 a.m. (Martín, 2004, p. 141).

²³⁴ En Alemania, en 1891, se dispuso que las mujeres no podían trabajar después de las 5:30 p.m. los días sábados o vísperas de festivos, con el fin de que ellas pudieran atender las tareas domésticas. (Martín, 2004, p. 141).

²³⁵ En el llamado “Dictamen”, presentado a la asamblea del Partido Republicano Federal español (1871), se proponen varias reformas sociales, que afectan decididamente las relaciones de trabajo, entre las cuales debe destacarse la de “[a]lejar de la fábrica a la mujer, sobre todo desde el momento en que entra a ejercer las augustas funciones de madre de familia”. (Palomeque, 1987, p. 49).

La puesta en marcha de la legislación protectora de las mujeres no fue tan beneficiosa para la mayoría de ellas, como pudiera juzgarse *a priori*, opina Martín (2004). En muchas ocasiones, incluso, terminó reforzando la llamada “división sexual del trabajo”, fundada en la concepción de la inferioridad femenina, lo que limitó sus posibilidades para ser contratadas en una más amplia gama de oficios y propició su salida del mercado de trabajo. Todo ello, a su vez, favorecía el interés de ciertos colectivos de trabajadores varones –ya descrito atrás-, que percibían el ingreso de las mujeres al trabajo fabril como una competencia que redundaba a la postre en la baja de sus salarios (p. 143).

No obstante, debe decirse que, en muchas ocasiones, la legislación protectora del trabajo femenino, suavizó sus duras condiciones laborales (así como las de los niños). Sin embargo, no existían en general controles suficientes para asegurar su cumplimiento en los lugares de trabajo, ni las sanciones por su incumplimiento eran lo suficientemente severas. (Martín, 2004, pp. 138 y 139).

En resumen, las medidas protectoras del trabajo femenino en buena medida terminaron reforzando, adicionalmente a la división sexual del trabajo, el carácter meramente provisional del trabajo asalariado femenino y la atribución preferente a las mujeres del trabajo doméstico y de las labores inherentes a la reproducción de la prole (crianza y educación de los hijos, cuidado del hogar, etc.) (Martín, 2004, p. 143).

1.5. El trabajo femenino en las dos guerras mundiales y en el intervalo entre ambas.

El reclutamiento de millones de hombres para luchar en los campos de batalla de la Primera Guerra Mundial llevó al ingreso masivo de las mujeres a la industria en general, a las actividades comerciales y bancarias, y particularmente a la industria bélica. Esto condujo a la necesidad de que las mujeres desempeñaran trabajos que antes no se consideraban idóneos para ellas, lo que, de paso, obligó a varios gobiernos a suspender la legislación protectora de las

mujeres, por ejemplo en lo relativo a la limitación de la jornada de trabajo, o a su exclusión de determinados oficios fabriles, considerados como masculinos. No obstante, si bien la remuneración de las mujeres mejoró ligeramente, ella continuaba siendo inferior a la de los hombres en trabajos iguales (Martin, 2004, p. 144). Ello se debió en parte a la generalizada idea de que estas nuevas ocupaciones de las mujeres tenían un carácter temporal, mientras concluía el conflicto.

Al finalizar la primera conflagración mundial quedó claro que las mujeres eran tan capaces como los varones para trabajar en oficios que habían sido tradicionalmente considerados por la sociedad como exclusivamente masculinos. Tal fue una de las principales razones para que en el Tratado de Versalles, en el capítulo relativo al trabajo, que sería posteriormente la primera Constitución de la OIT, Anexo, Sección II, artículo 427, se consagrara el principio de igual salario por trabajo de igual valor *“sin distinción de sexo”*.

En la Segunda Guerra mundial la participación de las mujeres en el trabajo fue aún más amplia que en la primera conflagración y entraron a desempeñarse en campos profesionales antes vedados para ellas, tanto en unidades de combate como en la industria militar y en otras actividades productivas.

No obstante en muchos países, al concluir la guerra, se impulsó a las mujeres a abandonar los puestos de trabajo fabriles, bien mediante gratificaciones o –como en el caso de Alemania–, mediante decretos de desmovilización, de manera que los varones reasumían los puestos de trabajo que habían tenido que abandonar con ocasión de su alistamiento en las filas de combatientes. Situación que describió bien Simone de Beauvoir (2005) a mediados del siglo pasado, en su célebre obra *“El segundo sexo”*: *“en el momento en que las mujeres empiezan a participar en la elaboración del mundo, sigue siendo un mundo que pertenece a los hombres”* (p. 61).

1.6. El trabajo femenino en Colombia.

El trabajo femenino y su remuneración, ha seguido en Colombia un trazo muy similar al de muchos otros países occidentales, incluyendo los europeos. En general, su consideración en el siglo XIX y en buena parte de la pasada centuria, ha sido influida por condicionamientos filosóficos propios de la colonia y últimamente, desde finales del siglo XX, por valores y tendencias globales.

Durante la Colonia, el siglo XIX y hasta muy entrado el siglo pasado, la esencia de la mujer en Colombia radicó generalmente en la familia y en la dependencia social y civil con respecto al varón, lo que se vió reflejado en la legislación civil²³⁶.

En cuanto al trabajo femenino a fines del siglo XIX y principios del XX, habría que hacer distinción entre las mujeres pertenecientes a las capas sociales privilegiadas y aquellas procedentes de las capas inferiores. Las primeras obedecían, en general, al ideal femenino plasmado en el discurso de la domesticidad (prevalencia de lo privado sobre lo público, descrito antes), en tanto que las segundas aparecían desempeñando papeles más visibles en la vida cotidiana en general y en la laboral en particular, impuestos por su condición de mujeres pobres, así como por su etnia y procedencia, según los valores sociales imperantes en la época. En la división sexual del trabajo, a los varones se asignaban aquellas labores que implicaban, no sólo alto rendimiento físico, sino que exigían conocimiento de métodos y técnicas científicas. Las

²³⁶ El Código Civil colombiano (art. 176) ordenaba que “[E]l marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido”. Además, se consagraba la “potestad marital”, como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer” (art. 177). Estas disposiciones fueron reformadas por el Decreto 2820 de 1974. El Código también señalaba que si la mujer ejercía públicamente “una profesión o industria cualquiera (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetrix, posadera, nodriza)”, se presumía la autorización general del marido para todos los actos o contratos concernientes a ello, “mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratarse con la mujer”. (CCC, 1969).

mujeres, a su turno, eran destinadas a tareas que no requirieran pericia o ciencia, como trabajos manuales asociados al trabajo doméstico, cuyo desempeño demandaba, a lo sumo, un ejercicio de imitación. (David, 2007, p. 47 y 57). No obstante, según Martínez (1995), en el censo de 1870, aparecen mujeres desempeñando múltiples oficios (incluso médicos, aunque es probable que bajo ese rótulo se comprendieran parteras y comadronas), con excepción de aquellos que les eran legalmente prohibidos, como marineros, militares, ministros de culto, legistas o ingenieros (p. 320).

Anota Arango (1995), que desde los inicios mismos de la actividad industrial en Colombia, a principios del siglo XX, el trabajo femenino fabril remunerado se hizo presente en forma intensa y tuvo una participación elevada en el empleo industrial, aunque experimentó un decrecimiento durante la segunda mitad de dicho siglo (p. 502). El censo industrial de 1945, registró un 36% de mujeres empleadas en el sector industrial, similar a los años sucesivos (la participación femenina en 1980, por ejemplo, bajó al 30%), lo que reflejó una preferencia por la mano de obra masculina. Ello –que se evidenció en la industria textil, pero también en otros sectores-, se debió en buena parte, según Arango, a la introducción de métodos de ingeniería industrial, que prefieren en el obrero las características supuestamente masculinas sobre las femeninas. La mano de obra femenina, hacia los años cincuenta del siglo pasado, se desplaza hacia las ramas del vestuario y la confección. En general las mujeres se sitúan en las categorías más bajas de salarios y en las condiciones de producción más atrasadas, en tanto que las que pueden ubicarse en sectores más modernos también experimentan tratos salariales desventajosos frente a trabajadores varones por igual trabajo, o son ubicadas en categorías inferiores de oficios y salarios. (Arango, 1995, p. 504, 506, 507 y 512).

Ejemplo de la secuencia antes descrita se encuentra en el Departamento de Antioquia. Allí, las mujeres fueron numerosas en la industria textil, que comenzó hacia 1907 y algo similar

sucedió con otras industrias en esa región (Jaramillo, 1995, pp. 393-395). Entre 1916 y 1928 – precisa Mayor (1964)-, se incrementó el empleo de la mano de obra femenina en la industria (pasó del 50 al 71,9%), conformada en buena medida por jóvenes campesinas procedentes de los alrededores de Medellín, quienes no tenían mucha asiduidad, pues alternaban por temporadas el trabajo de fábrica con las labores agrícolas (p. 255, 256 y 285). Para 1929, las mujeres trabajadoras son mayoritarias en industrias como la trilla del café (95%), textil (72%), cigarrillos (71%), fósforos, alimentos y bebidas. (Archila, 1991, p. 99; Jaramillo, 1995, p. 397). De esta manera, para esa época, en promedio, las mujeres representaban el 68% de la fuerza laboral manufacturera de Antioquia.

Simultáneamente, señala Archila (1991), en el ámbito nacional, el trabajo femenino también predominaba en sectores como industrias de fibras (86%), tabaco (79%), molinos y trilladoras (79%), modistería (63%) y textiles (61%), mientras que en otras actividades era cercano al 30% (p. 99).

Al igual que en muchas otras partes, indica Jaramillo (1995), los empresarios preferían contratar mujeres por ser una mano de obra barata y supuestamente dócil. En la región antioqueña, además de que la jornada de trabajo para el 62,7% de las trabajadoras era entre nueve y diez horas diarias, su remuneración era inferior a la de los varones en el mismo trabajo, pues éstos ganaban en promedio más del doble (p. 399). En la industria textil de esa región, por ejemplo, los hombres ganaban en promedio \$1,43 diarios en 1926, mientras las mujeres devengaban \$0,67; en 1927, \$1,69 *versus* \$0,73; en 1928, \$1,72 frente a 0,81. (Archila, 1991, pp. 141 y 142).

En Cali, la mujer también tiene una participación importante en la primera fase de la industrialización. Al finalizar la tercera década del siglo XX, alrededor de la tercera parte de la población económicamente activa era femenina.

Para los años 30 y 40 del siglo pasado, la industria comienza a modernizarse (por ejemplo en el sector textil se pasa del telar mecánico al automático), y el predominio numérico de las obreras en la industria antioqueña comienza a declinar (Mayor, 1964, p. 282 y 284), pues los industriales comienzan a dar preferencia a la mano de obra masculina, por considerarla más calificada al tener una mejor formación. Un fenómeno similar se experimenta en Cali donde, según el censo de población de 1951, la participación de las mujeres en el sector productivo de la ciudad disminuye al 27,7% (Bermúdez, 2007, pp. 25 y ss.). Situación parecida se vivió en otras ciudades.

Este desplazamiento de la mano de obra femenina por la masculina tuvo también otras causas, aparte de la ya nombrada. Una de ellas fue la implantación legal de la licencia de maternidad remunerada a cargo del empleador, que había sido instaurada en 1938²³⁷ (Archila, 1991, p. 100). Esta licencia impuso costos adicionales a la mano de obra femenina, ya que, además de exigir a los empleadores la remuneración durante la licencia, prohibió el despido de la trabajadora durante ella y la lactancia –salvo autorización previa del inspector de trabajo–, so pena de incurrir en el pago de prestaciones indemnizatorias. A esta circunstancia se unió la nueva política –muy posiblemente alentada por la Iglesia Católica, sobre todo en la región

²³⁷ La Ley 53 de 1938 –que transpuso al ordenamiento jurídico colombiano el Convenio 3 de la OIT, que había sido ratificado por el gobierno en 1933–, estableció en Colombia la licencia de maternidad de ocho semanas, para trabajadoras de los sectores público y particular, a cargo de los respectivos empleadores. Fue reglamentada por los decretos 1632 de 1938 y 2350 del mismo año (que instauró la presunción legal de despido por causa del embarazo, cuando no se obtuviera previamente al despido una autorización del inspector de trabajo). Si la presunción no se desvirtuaba, el empleador se sometía al pago de una indemnización especial de sesenta días de salario, más la remuneración de las ocho semanas de licencia –si la trabajadora no las hubiere tomado–, y adicionalmente la indemnización que correspondiera a la duración del vínculo laboral. La Ley 90 de 1946 fundó el Instituto de los Seguros Sociales, que comenzó reconociendo las prestaciones de maternidad y enfermedad general.

antioqueña-, que propugnaba por la consolidación de la familia obrera, con el hombre trabajador como cabeza del hogar (Jaramillo, 1995, pp. 401 a 403).

Así, para 1945, a nivel nacional, la mano de obra femenina en la industria descendió al 36%. (Archila, 1991, p. 100), concentrada en un 47% dentro del sector textil, confección, cuero y calzado y un 42% en el sector de alimentos, bebidas y tabaco (Arango, 1995, p. 506). De ahí hasta 1966 el empleo fabril crece a un promedio anual del 44%, mientras el empleo femenino sólo lo hace al 2%, de forma que para ese año únicamente el 27% de los obreros fabriles es femenino. Para 1966, la región Bogotá desplaza a Antioquia y proporciona el 30% del empleo industrial para las mujeres, frente al 25% de la segunda. Los dos grandes sectores antes mencionados, que en 1945 reunían el 89% de las mujeres vinculadas al sector fabril, ahora sólo ocupan el 70%.

Entre 1966 y 1970, anota Arango (1995), el crecimiento promedio anual del empleo industrial es similar al del período anterior (del orden del 4,5%), aunque el empleo femenino se incrementa a una tasa promedio anual del 6,1%. Entre 1970 y 1974 el empleo femenino se incrementa en un 8%, superando al masculino (5%), aunque la estructura del empleo fabril femenino sufre algunas variaciones. Entre 1974 y 1980 el ritmo de creación de empleos industriales baja notoriamente, afectando tanto a mujeres como a hombres, como consecuencia de la recesión mundial y problemas estructurales de la industria nacional (pp. 506 y 507).

A finales de los años 70 del siglo pasado aumenta la participación de las mujeres en el trabajo remunerado, tanto asalariado como independiente (Pineda, 2009, p. 18).

Según en DANE (2016), la tasa global de participación (TGP)²³⁸ en 1991 fue de 74,5 para los hombres y de 46,7 para las mujeres. En 1999 fue de 72,9 y 53,3, respectivamente. En el 2002, la TGP femenina alcanzó el 57%, seguida de un descenso en los siguientes años. Luego comienza un incremento en la tasa y así, para marzo de 2015, la TGP fue de 74,7 (hombres) y de 53,3 (mujeres) y para marzo de 2016 de 74,6 y de 54,0, en su orden. Las anteriores cifras muestran un incremento notable de la participación femenina en el mercado laboral, de casi el 20% en los últimos veinticinco años. La posición ocupacional mayormente desempeñada por las mujeres en este último período es el trabajo por cuenta propia (40,3), igual que la de los hombres que la ocuparon en un 44,8.

Galvis (2010) precisa que en el mercado laboral urbano los hombres ganan en promedio un 10% más que las mujeres, a pesar de que éstas exhiben un capital humano mejor (particularmente en el componente de educación) que los varones²³⁹. Sin embargo, existen grandes fluctuaciones en las trece áreas metropolitanas del país, que van desde 3,29 al 44,87% (pp. 22, 23, 27, 42 y 43). Se halló también que si se eliminaran los factores discriminatorios y la retribución se basara exclusivamente en el capital humano, la remuneración de las mujeres en la mayoría de las ciudades estudiadas debería estar incluso por encima de la de los varones. Las menores brechas salariales entre hombres y mujeres se observaron en las ciudades que conforman el centro de la actividad económica del país. Sin embargo las mayores diferencias se encuentran en el grupo de ingresos más bajos. Las mayores concentraciones de trabajo

²³⁸ La Tasa global de participación (TGP) es la relación porcentual entre la población económicamente activa y la población en edad de trabajar. Este indicador refleja la presión de la población en edad de trabajar sobre el mercado laboral.

²³⁹ Según la Encuesta Nacional de Hogares del DANE, en el 2014 las mujeres y los hombres cursaron distintos niveles educativos (porcentajes sobre la población económicamente activa), así: posgrados (mujeres 3,8, hombres 2,7); universitarios (mujeres 9,1, hombres 6,2); técnicos o tecnológicos (mujeres 14,3, hombres 8,6), bachillerato (mujeres 31,4, hombres 29,4), ninguno (mujeres 41,4, hombres 53). (DANE, 2015).

femenino se encuentran en general en el comercio, mientras los varones hacen mayor presencia en la industria, aunque dentro de cada sector hay “nichos” con predominancia de las mujeres (por ejemplo, en el industrial, las mujeres son mayoría en confecciones y producción de alimentos) (Pineda, 2009, p. 28).

2. Los avances en la situación laboral de las mujeres después de la Segunda Guerra mundial en los estados sociales de derecho.

2.1. El principio de igualdad retributiva en el estado social de derecho.

El concepto de igualdad propio del estado liberal de derecho, como noción formal en beneficio de un ser humano abstracto, fue un avance importante en la evolución de las sociedades occidentales. No obstante, como ya se ha dicho aquí, tal noción es incompleta, ya que partiendo de ella es imposible enfrentar las desigualdades materiales o reales, o sea las de los seres humanos concretos. Para combatirlas era necesario que el estado se dotara de atribuciones inadmisibles para el estado liberal clásico, por transgredir su dogmática. La más importante de ellas fue, sin duda, la de abandonar su postura de abstenerse de toda intervención en las relaciones entre los particulares, para, por el contrario, actuar activamente sobre ellas con el ánimo de combatir las desigualdades materiales. Ello lo logra, entre otros recursos, mediante la emisión de normativas que muchas veces no se caracterizarán por ser generales y abstractas, sino específicas y concretas, conforme a la singularidad del caso que es objeto de regulación. O sea, el estado deberá emitir normas jurídicas destinadas, no ya a una sociedad que se supone homogénea, sino para una donde existen ciertos colectivos de personas que, por diversas circunstancias históricas, sociológicas, etc., se encuentran en situación de desigualdad. Con otras palabras, el estado aplicará el postulado aristotélico de la igualdad de trato: dispensar trato igual cuando las circunstancias sean iguales, pero trato desigual cuando ellas no lo sean,

con el fin, en este último caso, de corregir o atenuar las situaciones de desigualdad material existentes en la realidad social.

Pero también, como consecuencia de ello –y como se señaló en el capítulo primero-, se va a producir una transformación en la interpretación del principio de igualdad, que llevará a trazar límites materiales a la actividad del propio legislador en esta materia, que antes, bajo los postulados del estado liberal, no tenía en ello cortapisas: podía dar relevancia jurídica o no, a cualesquier diferencia existente en la realidad social, pues su decisión se presumía sabia y, por ende, no controlable desde ningún principio. Ahora, en cambio, tales diferencias deberán estar dotadas de justificación, en términos de razonabilidad y proporcionalidad.

Es la transformación del estado liberal de derecho al estado social y constitucional de derecho. Es el paso de la justicia conmutativa a la justicia distributiva, y de la igualdad formal a la material, que distinguen, respectivamente, el primero y el segundo.

En esta dirección, fue la Constitución alemana de Weimar de 1919, la que dio el primer salto cualitativo más importante, al declarar en su artículo 109.1 la igualdad de todos los alemanes ante la ley y el postulado de la igualdad entre hombres y mujeres, quienes, por eso, tendrán los mismos derechos y deberes políticos. La jurisprudencia se encargó de conferirle a este postulado antidiscriminatorio un alcance que iba más allá de la paridad en la aplicación de las normas, al exigirle al propio legislador abstenerse de conculcarlo. Más tarde, a partir del fin de la Segunda Guerra mundial, las constituciones de varios países europeos consagraron también preceptos de igualdad y prohibiciones de discriminación con base en una serie de rasgos. Entre los motivos discriminatorios expresamente entronizados figura el sexo.

Como desarrollo del principio general de igualdad y no discriminación, en la segunda mitad del siglo XX, con fundamento en la necesidad de una mayor justicia distributiva en los salarios de las mujeres, cobra fuerza la aplicación del principio de igualdad retributiva por un

trabajo de igual valor realizado por ellas. El principio de igual salario por un trabajo igual había demostrado su ineficacia para enfrentar las discriminaciones retributivas encubiertas, pues, como se ha dicho antes, exige para ser aplicado que los trabajadores objeto de comparación (en este caso mujeres y hombres) desempeñen las mismas o muy similares tareas. Es decir que si el trabajo desempeñado por una mujer es distinto al desempeñado por un hombre, las remuneraciones serán también diferentes, a pesar de que el peso o importancia relativos de ambos trabajos fuesen iguales.

El principio *TIV*, en efecto, tiene aplicación no sólo para los casos en que un hombre y una mujer desempeñan el mismo trabajo, sino –como fue explicado en el Capítulo anterior-, para aquellos en que desempeñan trabajos diferentes pero que son comparables, por ostentar el mismo valor. Esta última aplicación del principio de equidad retributiva ha tenido particular utilidad a la hora de reconocer igual salario a los oficios tradicionalmente feminizados (es decir –como ya se vio en la reseña histórica precedente-, aquellos considerados apropiados de manera casi exclusiva para las mujeres, por su supuesta condición de inferioridad física e intelectual, o por la suposición del carácter provisional, transitorio o de reserva de su trabajo), con respecto a trabajos comparables de los varones.

2.2. El principio *TIV* en la normativa internacional, para enfrentar específicamente las discriminaciones salariales por razón de sexo.

En el capítulo anterior se reseñaron distintos instrumentos jurídicos que tanto en el nivel internacional como en el nacional de varios países, se concretaron sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, para enfrentar en general la discriminación contra las mujeres, y en particular la segregación retributiva de que ellas han sido objeto. Sin embargo, vale la pena reiterar y resaltar que fue el Convenio 100 de la OIT, de 1953, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de

igual valor, el primer instrumento internacional que consagró el principio *TIV* específicamente para los comparativos salariales entre hombres y mujeres²⁴⁰. Esta evocación se justifica aquí porque el mencionado instrumento internacional tuvo un indubitable efecto impulsor de acciones antidiscriminatorias a favor de las mujeres, en el terreno retributivo, tanto en las normativas internacionales y supranacionales posteriores, como en las legislaciones internas de muchos países. El efecto motriz de este convenio a favor del principio de *TIV*, fue más vigoroso y efectivo que el producido por el Tratado de Versalles en 1919, que, como se ha dicho aquí, en su capítulo XIII, fue el primer instrumento jurídico que lo consagró.

El proceso que llevó a la expedición y entrada en vigor del Convenio 100 (1953) de la OIT, para la implantación del principio de *TIV* en beneficio de las mujeres, experimentó un arduo debate previo y su aprobación sólo pudo verificarse cuando, para fines de la primera mitad del siglo XX, la reflexión crítica sobre los paradigmas relativos al sitio de la mujer en la sociedad y en particular sobre el trabajo femenino, había alcanzado un grado suficiente de sazón²⁴¹. Tal reflexión crítica se adobó con la confluencia, para mediados del siglo XX, de

²⁴⁰ Debe recordarse que el Consejo Económico y Social de la ONU remitió a la OIT una Resolución adoptada por él en marzo de 1948, en la que invitaba a ésta última organización a ocuparse del principio de igual salario para trabajo de igual valor entre mujeres y hombres. El Consejo había producido tal resolución en respuesta a un memorando que le había cursado la Federación Sindical Mundial (OIT, 1948). El Consejo, en su resolución, afirmaba que las *“restricciones a la igualdad de derechos de hombres y mujeres, constituye una infracción a los derechos fundamentales de la persona humana y son incompatibles con las obligaciones asumidas por los estados miembros”* (Berkovitch, 1999, pp. 110 y 111).

²⁴¹ En la 31ª Conferencia Internacional del Trabajo (San Francisco, 1948), la delegación de Polonia propuso que se incluyera en el orden del día de la siguiente Conferencia la discusión de un instrumento internacional sobre la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por un trabajo de igual valor. El Consejo de Administración incluyó este tema en la 33ª Conferencia (1950), siguiendo el procedimiento de doble discusión. (OIT, 1950, pp. 1). En la encuesta que realizó la Oficina Internacional del Trabajo con los distintos estados miembros, en la fase preparatoria del instrumento, algunos plantearon la inconveniencia de que este asunto se tratara por medio de una reglamentación jurídica; otros aceptaron que se emitiera tal reglamentación, pero con la salvedad de que ésta no debería revestir la forma de un convenio sino de una recomendación, considerando que, a su juicio, el tema no había adquirido la suficiente madurez. Sin embargo la mayoría de los países propusieron expedir una preceptiva

distintos factores, que para los albores de ese siglo (1919), cuando el principio *TIV* fue originalmente promulgado en la Constitución de la OIT, no se habían presentado, o no habían logrado un adecuado nivel de consolidación. Esos factores fueron los siguientes: i) El ya explicado papel de las mujeres en el mundo del trabajo productivo durante las dos guerras mundiales, cuando mostraron que podían desempeñar con igual o superior solvencia oficios que se consideraban coto reservado para los varones; ii) Las ya descritas acciones tomadas por el recién fundado estado soviético, a finales de la segunda década del siglo pasado, para incorporar a las mujeres al aparato productivo, en iguales términos que los hombres – incluyendo los retributivos-, lo que evidentemente, en un mundo bipolar como el de entonces, alertó a las economías de mercado sobre la necesidad de tomar acciones en materia de igualdad entre hombres y mujeres; iii) La expedición de la Declaración Universal de los DDHH en 1948, que a su vez dio origen al Derecho Internacional de los DDHH, dentro del cual el derecho a la igualdad y a la no discriminación ocupa papel relevante (artículos 2 y 7); iv) La consolidación, para mediados del siglo pasado, del accionar de la Organización Internacional del Trabajo, como organismo especializado de las Naciones Unidas en los campos del trabajo y la seguridad social y la renovación de las metas de esa organización para la segunda posguerra, señalada en la Declaración de Filadelfia de 1944, que relanzó el principio de *TIV*; v) Los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales alcanzados por el principio de igualdad y no discriminación, en el ámbito de los estados sociales de derecho, basados en la superación de la igualdad formal, propia del estado liberal, y en el acercamiento a la igualdad material; vi) La reflexión y los

al respecto, que revistiera la modalidad de convenio, acompañado de una recomendación complementaria. Con base en las dos últimas tendencias descritas, la Oficina Internacional del Trabajo sometió a consideración de los estados miembros dos opciones: un proyecto de convenio y de recomendación complementaria, y un proyecto de recomendación autónoma (OIT, 1950, pp. 59 y ss.; OIT, 1951, pp. 55 y ss.). Finalmente la Conferencia se decidió por la primera opción, y así se discutieron en las conferencias de 1950 y 1951 los que serían el Convenio 100 y la recomendación 90, que fueron finalmente aprobados el 29 de junio de este último año. El Convenio 100 cobró vigor objetivo el 23 de mayo de 1953.

aportes sobre todo de los movimientos feministas norteamericano y europeo, que, desde distintos enfoques, refinaron la evidencia de los sesgos y prejuicios que yacen tras las posturas ideológicas y culturales que demeritan el sitio de la mujer en la sociedad y edificaron un importante *corpus* teórico en los campos sociológico, antropológico y jurídico.

El Convenio 100 señala claramente que la expresión “*igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo*”. Ello significa que hombres y mujeres deben ganar igual salario no solamente cuando ejecuten trabajos iguales o similares, sino cuando realicen trabajos completamente diferentes, siempre y cuando en este último caso, tales trabajos exhiban el mismo valor, de acuerdo con criterios objetivos. Este principio es aplicable, según el convenio, a “*todos los trabajadores*”²⁴², es decir, sin distinción del sector en el que se desempeñen, sea éste público o particular (OIT, 2012b, p. 293 y 294). La Recomendación 90, complementaria del convenio, dedica su punto 1 a la aplicación específica del principio en el sector estatal y los puntos 2 y 3 a su aplicación a otros sectores.

El sentido del Convenio 100 de la OIT, al instaurar el principio de *TIV*, es el de procurar la igualdad material de remuneración entre hombres y mujeres, evitando las discriminaciones retributivas basadas en el sexo. Este derecho a un trato retributivo igual entre hombres y mujeres, se ha erigido como un derecho fundamental, según lo establece el artículo 2-(d) de la Declaración OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, cuando señala que uno de ellos es “*la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*”, principio que inspira no solamente al mencionado convenio, sino también al

²⁴² Durante las discusiones del proyecto de convenio, algunos países sugirieron que éste se aplicara solamente dentro del sector estatal. (OIT, 1950, pp. 8 y ss.). La expresión “*todos los trabajadores*” incluye a los trabajadores informales, aunque ello entraña muchas dificultades para la aplicación del principio de equidad retributiva. (OIT, 2012b, p. 296).

Convenio 111 -de 1958, entrado en vigor el 15 de junio de 1960-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Ambos convenios constituyen las reglas que desarrollan el principio de igualdad de trato en empleo y ocupación. La *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2008), señala, además, que el señalado principio constituye una cuestión transversal en el marco de los cuatro objetivos que la misma Declaración establece (promoción del empleo, adopción y ampliación de medidas de protección social, promoción del diálogo social y el tripartismo y respeto, promoción y aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo).

Además, los convenios 100 y 111 se refuerzan mutuamente, ya que el primero se enfoca específicamente en la igualdad entre mujeres y hombres en materia remuneratoria, mientras el Convenio 111 aborda una gama más extensa de motivos discriminatorios. Adicionalmente, ambos convenios están interrelacionados: la aplicación a todos los trabajadores del principio de pago equitativo entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor (Convenio 100) y la eliminación de toda segregación con respecto a todos los aspectos del empleo y la ocupación²⁴³ (Convenio 111). Finalmente, la vinculación de ambos instrumentos es vital, ya que no podrá lograrse la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor, en un contexto general de desigualdad. (OIT, 2012b, pp. 290 y 291).

La Recomendación 111, que es complementaria del Convenio 111, insta a los estados miembros a formular una política nacional encaminada a combatir la discriminación en el empleo y la ocupación, y buscar que las personas, sin discriminación, gocen de igualdad de oportunidades y de trato con relación a diversas cuestiones, entre ellas la “*remuneración por un trabajo de igual valor*” (punto 2-b-5).

²⁴³ “[c]ualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de (...) sexo (...)” (art. 1.1 del Convenio).

La discriminación retributiva entre hombres y mujeres tiene carácter objetivo. Es decir, no se requiere intención de discriminar por parte del empleador. Tal conclusión fluye del citado convenio 111, que introduce la llamada “discriminación de resultado”. Al respecto señala en su artículo 1º:

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 por efecto 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 representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Es decir, el trato diferenciado de naturaleza ilegítima se tipifica con independencia de la intención de quien lo dispensa, pues basta con que dicho tratamiento “*tenga por efecto*” anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

No hay duda alguna de que el Convenio 100 y la Recomendación 90 de la OIT han ejercido poderosa influencia en las preceptivas internacionales y supranacionales posteriores sobre el tema, así como en las normativas internas de distintos países²⁴⁴, en lo referente a la implantación del principio de *TIV* para abolir las discriminaciones salariales por razón del sexo.

Entre los ejemplos más significativos de esta influencia debe mencionarse la preceptiva de la Comunidad Europea al respecto. En efecto, desde sus mismos orígenes –cuando se constituyó la Comunidad Económica Europea-, el principio de igualdad entre mujeres y

²⁴⁴ Más del 90% de los países miembros de la OIT (172) ha ratificado el Convenio 100, a septiembre de 2016. (OIT, 2016, Normlex).

hombres se considera regulador de uno de sus fines fundamentales (Tratado de Roma, 1957, artículos 2º y 3º, numeral 2), razón por la cual la igualdad retributiva entre ambos sexos es “*una parte esencial e indispensable*” de su marco normativo²⁴⁵.

Si bien –como se anotó en el capítulo anterior-, el Tratado de Roma no consagró expresamente (art. 119) el principio *TIV*, la Directiva 75/117/CEE (10 de febrero de 1975), confirió un alcance cualitativo mayor al principio de igualdad salarial, al instaurarlo de forma expresa para regular la parificación retributiva entre mujeres y hombres. Esta ampliación del sentido del principio de igualdad retributiva se basó en la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas, que interpretó el original artículo 119 del Tratado de Roma, en el sentido de que la igualdad retributiva entre hombres y mujeres debía regirse por el principio *TIV*. La anterior normativa fue ratificada en el Tratado de Ámsterdam (1999) en su artículo 141 y luego desarrollada por la Directiva 2006/54/CEE²⁴⁶. Las regulaciones europeas que entronizan el principio de *TIV* para remunerar el trabajo de mujeres y hombres se acompañan con lo dispuesto por el convenio y la recomendación de la OIT antes aludidos²⁴⁷.

²⁴⁵ Según la Directiva 2006/54/CE (artículo 1), el principio de igualdad entre hombres y mujeres cubre, además de “*las condiciones de trabajo, incluida la retribución*”, “*el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional*” y “*los regímenes profesionales de seguridad social*”.

²⁴⁶ La Directiva 2006/54/CEE, actualiza y ajusta a la jurisprudencia comunitaria y refunde en un solo texto preceptos contenidos en directivas anteriores sobre la materia, tales como la Directiva 76/207/CE (igualdad de trato en cuanto al acceso al empleo formación y promoción profesionales y condiciones de trabajo de hombres y mujeres), modificada por la Directiva 2002/73/CE; la Directiva 86/378/CE (igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social), modificada por la Directiva 96/97/CE; la Directiva 97/80/CE (carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo), modificada por la Directiva 98/52/CE.

²⁴⁷ Según Serrano García (2008), el motivo por el cual se supera en la UE el principio de igual retribución por un trabajo igual (consagrado en el Tratado de Roma) y se amplía al principio de igual retribución por trabajo de igual valor entre hombres y mujeres (Directiva 75/117/CE), se debió al hecho de que para la época varios países europeos habían ratificado el Convenio 100 de la OIT, que consagra este último principio, en tanto que otros no lo habían hecho. Esta circunstancia colocaba a los primeros en situación de desequilibrio frente a los segundos,

Otro instrumento internacional que adopta el principio de *TIV* señalado por el Convenio 100 de la OIT, es el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), de 1966 (entrado en vigor en 1976). Este instrumento, que, junto al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, desarrolla la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamó en su artículo 7º, en el marco de la dignidad inherente a los seres humanos, el derecho a una remuneración que asegure:

*(...) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual*²⁴⁸.

Finalmente, la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)²⁴⁹ –CEDAW, por su sigla en inglés-, es el más importante instrumento internacional sobre la condición jurídica y social de la mujer, que incorpora, entre otros muchos, su derecho a obtener equidad retributiva frente a los varones. Efectivamente, en su artículo primero establece:

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las

ya que estos últimos de hecho se beneficiaban de una ventaja comparativa en el comercio, por los mayores costos de la mano de obra femenina en que incurrieran los países que habían ratificado el mencionado convenio (p. 132).

²⁴⁸ Con todo, nótese que este artículo consagra por vía general el derecho a un salario igual por un trabajo de igual valor, pero al referirse a las mujeres limita el principio al de un salario igual por un trabajo igual. Este dislate podría atribuirse a la confusión que para la época reinaba entre las dos acepciones del principio de igualdad retributiva, que llevaba a equiparar el uno con el otro. Esta confusión se examinó en el capítulo 3. No obstante, una interpretación del texto, a la luz del principio *pro homine*, conduce a concluir que, a la hora conciliar los textos, ha de preferirse la aplicación del principio *TIV* más que la del principio *TI*.

²⁴⁹ Entrada en vigor objetivo el 3 de septiembre de 1981.

libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Y luego, en el artículo 11, obliga a los estados que la ratifiquen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, y en particular:

d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo.

En seguimiento de la CEDAW, y con el auspicio de la ONU, se han celebrado varias conferencias internacionales, como la de Nairobi de 1985 y la de Beijing de septiembre de 1995, precedidas por las conferencias de Ciudad de México de 1975 y Copenhagen de 1980. En la Declaración de Copenhagen, producto final de la Cumbre Mundial sobre el desarrollo social (marzo de 1995), los jefes de estado y de gobierno del mundo se comprometieron, entre otros asuntos, a promover la igualdad entre el hombre y la mujer y en particular a propugnar por la igualdad de remuneración entre ellos²⁵⁰.

Ha de resaltarse que la citada conferencia de Beijing marcó un importante punto de inflexión en la agenda mundial de igualdad de género, que se concreta en la llamada “*Declaración y plataforma de acción de Beijing*”, la cual estableció, en 12 puntos cruciales, una serie de objetivos estratégicos y medidas para el progreso de las mujeres y el logro de la igualdad de género²⁵¹. En el punto relativo a “*Las mujeres y la economía*”, se plantean seis

²⁵⁰ Tercer compromiso, plano nacional, lit. g). Además, en esta Declaración se incluyen múltiples menciones a la necesidad de alcanzar una mayor igualdad de hombres y mujeres, en distintos aspectos.

²⁵¹ La Plataforma incorpora un nuevo mecanismo de actuación denominado “*gender mainstreaming*” o transversalidad de la perspectiva de género, que consiste en la incorporación de la perspectiva de género como una herramienta común para el diseño, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas, cualquiera que sea

objetivos estratégicos, el primero de los cuales es “*promover los derechos económicos e independencia de las mujeres, incluyendo el acceso al empleo, condiciones apropiadas de trabajo y control sobre los recursos económicos*”. Dentro de este objetivo, se formulan varias acciones concretas a cargo de los estados, entre ellas “*promulgar y hacer cumplir la legislación para garantizar los derechos de mujeres y hombres a igual retribución por un trabajo igual o por un trabajo de igual valor*”²⁵² (UN-Women, 1995).

La abolición de la discriminación retributiva entre hombres y mujeres constituye hoy un elemento cardinal del programa que, impulsado por la OIT, busca el logro del llamado “trabajo decente”. Trabajo decente o digno es el “*trabajo productivo para los hombres y las mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad*”. El trabajo decente supone que tanto las mujeres como los hombres tengan oportunidades para realizar una actividad productiva que les aporte un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para ellos y sus familias, además de garantizarles igualdad de oportunidades y de trato. El trabajo decente para el desarrollo sostenible significa que, en términos sociales, los trabajos deben estar abiertos para todos por igual y sus compensaciones deben ser equitativas. La desigualdad y la discriminación provocan frustración y exasperación, que son ingredientes del trastorno social y la inestabilidad política. (OIT, 2008a, p. vii).

el ámbito de aplicación o su contenido. La incardinación de la perspectiva de género exige un examen de la sociedad en su totalidad y el examen de los fundamentos, causas y estructuras de la desigualdad. La noción de *Mainstreaming* se adopta también en el ámbito comunitario europeo por el Tratado de Ámsterdam (artículos 2 y 3.2.).

²⁵² Traducción libre del autor, del texto oficial en inglés.

3. Los tipos de discriminación retributiva por razón de sexo y la comprobación de la segregación indirecta.

En materia retributiva y de promoción, las mujeres han sido objeto de dos tipos de discriminación: i) la discriminación horizontal (metafóricamente, “muro de cristal”, o *glass walls*), consistente en el confinamiento de las mujeres a cierto tipo de labores o sectores – tradicionalmente clasificados como “femeninos”²⁵³. Estos oficios se han caracterizado por sus bajos salarios, pese a que su valor pudiera ser igual al de otras ocupaciones, desempeñadas por varones, quienes, no obstante, devengan una mejor remuneración. Una modalidad de la discriminación horizontal en contra de las mujeres, es la segregación de carácter funcional, que consiste en que, si bien ellas traspasan “el muro invisible” y pudieran ocupar cargos iguales, similares o comparables a los de sus colegas masculinos, reciben tratos desiguales a éstos, en distintos órdenes; y ii) la discriminación vertical, que consiste en la segregación que, en general, experimentan las mujeres para ascender y ocupar cargos más altos dentro de la organización. En esta última modalidad, las mujeres se enfrentan con una barrera invisible, que les frena dicho ascenso, sobre todo a cargos directivos, por lo que a esta clase de segregación también se llama alegóricamente “techo de cristal” (*glass ceiling*), o “techo profesional”, o “piso pegajoso” (*sticky floor*). Ello se manifiesta en la circunstancia, bastante visible, de que hay cada vez menos presencia de mujeres a medida que se asciende en la escala jerárquica de muchas organizaciones, a pesar de que las mujeres han logrado en los últimos años mayores niveles educativos que los hombres, como lo muestran las estadísticas (WEF, 2017; Wirth, 2002, pp. 53 y ss.)

²⁵³ Han existido, y aún existen, ciertos oficios que socialmente se consideran “femeninos”, como por ejemplo aseo, cocinera, puericultora, profesora de preescolar, secretaria, lavandera, azafata, camarera, costurera, etc. Si bien debe abonarse que las mujeres hoy en día, han colonizado ciertas ocupaciones que antaño eran exclusivas de los varones.

Ambos tratos diferenciados obedecen muchas veces, no a falta de méritos, formación o idoneidad para desempeñar u ocupar dichos cargos, sino simplemente a su condición de mujeres. (Serrano, 2008, pp. 123 y 124; OIT, 2007, p. 95; Menéndez, 2009, p. 21 y Maruani, 2002, p. 54). Según investigaciones de la OIT, la discriminación horizontal ha disminuido en muchos de los países, especialmente en aquellos donde anteriormente presentaba cifras elevadas. Sin embargo, también se ha hallado que conforme disminuye la segregación horizontal aumenta la vertical (2003, p. 50).

Tanto la discriminación horizontal como la vertical tienen efectos retributivos para las mujeres, ya que en ambos casos, al preterir o postergar a las mujeres en los ascensos o promociones (lo que sería también una vulneración al principio de igualdad de oportunidades), o al denegarles la posibilidad de ocupar cargos por considerárselos sin razón como “masculinos”, o al no aceptar la equiparación de su trabajo con otros cargos que tienen el mismo valor ocupados por hombres, se les priva, sin razones válidas, de asemejar su ingreso al que debería corresponderles.

3.1. Las formas directa e indirecta de discriminación retributiva por razón de sexo.

Bien sea en las modalidades horizontal o vertical descritas inmediatamente antes, por la forma en que se ejerce la discriminación hacia las mujeres, ésta se clasifica en directa e indirecta. En su caso, y en el nivel general, como ya se ha dicho, es directa la discriminación que se hace expresamente por razón de su sexo²⁵⁴, en tanto que se considera discriminación indirecta la consecuencia o efecto de una medida aparentemente neutra (es decir, que se aplica tanto a hombres como a mujeres), pero que perjudica injustificadamente en mayor medida a

²⁵⁴ Ejemplos: la remuneración de los varones es más alta que la de las mujeres, aunque desempeñen unos y otras trabajos iguales o similares; o se denominan de manera diferente puestos que corresponden a ocupaciones iguales o similares, con el fin de hacer diferencias retributivas entre hombres y mujeres. (OIT, 2007, p. 83).

las mujeres²⁵⁵. Según Quintanilla (1996), en la discriminación indirecta no se trata ya de establecer o mantener retribuciones inferiores para las mujeres por el hecho de serlo (que es lo específico de la discriminación directa), sino que la causa de la segregación es mantener ciertas prácticas y criterios de valoración del sistema de relaciones laborales, que sistemática y especialmente repercuten de manera negativa en los colectivos más feminizados de trabajadores (por ejemplo en las mujeres que ocupan puestos de trabajo de tiempo parcial o con contratos de duración fija o definido²⁵⁶). Esa medida, que en la *praxis* perjudica a un número mayor de trabajadores de un sexo que de otro, puede estar originada, por ejemplo, en una norma jurídica de carácter general, en un contrato o convención colectivos, o en una práctica, reglamento o política dispuestos por un empleador con respecto a sus empleados²⁵⁷. De hecho, en el campo retributivo la segregación no siempre es directamente detectable con la observación simple de las diferencias salariales, sino mediante el análisis de los métodos y

²⁵⁵ Ejemplos: Se deprecian las calificaciones, la competencia y las responsabilidades relacionadas con las ocupaciones “femeninas”; se aplica distinto rasero en los métodos de evaluación de los puestos de trabajo, o en los sistemas de clasificación de los puestos de trabajo, o en los sistemas de remuneración de los puestos de trabajo, según los ocupen mujeres o varones. (OIT, 2007, p. 83).

²⁵⁶ Las diferencias salariales motivadas en la duración del vínculo laboral (trabajos a tiempo parcial, o trabajos temporales), han sido frecuentes en desmedro de las mujeres, toda vez que ellas se emplean con mayor frecuencia bajo dichas modalidades. La normativa comunitaria europea, y, siguiéndola, la jurisprudencia y la legislación de países miembros, han considerado que esa sola circunstancia no es motivo válido para establecer tales diferencias, que por lo mismo se consideran discriminatorias, a menos que concurran otros motivos objetivos y proporcionales. Así, en la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el art. 141-2 expresa: “*La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo*”. Al respecto –pero específicamente referido a las condiciones salariales–, debe recordarse el Convenio 175 y la Recomendación 182 de la OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial (comentados en el capítulo 4 de esta investigación).

²⁵⁷ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las CE, por ejemplo en la sentencia del 28/02/2013 (asunto C-427/11), caso M. Kenny. (CVRIA, 2013).

clasificaciones que conducen a la evaluación o calificación de los puestos de trabajo de las que se basa el estipendio.

En la discriminación directa el trato diferente ilegítimo es causado específicamente por el sexo de la persona objeto de dicho trato, o sea, en esta clase de segregación es decisiva la causa de la decisión; en la indirecta, en cambio, el efecto o impacto es lo crucial, es decir, la consecuencia adversa que se presenta por el trato diferenciado, secuela que no requiere ser intencional o expresamente buscada por parte de quien depara dicho trato (Sáez, 1994, pp. 52 y 55). O sea, siguiendo las pautas de la Corte Suprema de los EEUU, la discriminación será directa si la medida se aplica a uno solo de los sexos, e indirecta si se aplica a ambos, pero en este último caso con efecto adverso (*adverse impact*) para las mujeres. Este último criterio es preferible y más objetivo que aquel que asocia la discriminación directa con la intencional y la indirecta con la no intencional, pues tal asimilación puede llevar a confusiones (Sáez, 1994, p. 55 y 1995, p. 70). De ello se deriva la irrelevancia que, en caso de discriminaciones, tiene la intencionalidad, en la apreciación contemporánea de los tratos diferenciados.

Si bien las discriminaciones salariales de carácter directo en perjuicio de las mujeres (es decir, los tratos retributivos diferentes peyorativos para ellas²⁵⁸, cuando desempeñan el mismo o similar trabajo que los varones, originadas en su condición de tales), han sido en gran parte

²⁵⁸ No obstante, la condición de mujer puede ser un motivo relevante (es decir, no discriminatorio) para un trato diferente hacia ella, que constituya excepción o derogación a la igualdad de trato con los hombres. Una primera excepción es la relativa a labores que exigen igual sexo que los destinatarios del servicio (ejemplo, la exclusión de las mujeres en ciertos trabajos dentro de centros penitenciarios masculinos; o de aquellos cuyas funciones esenciales implican una invasión de la esfera privada de los destinatarios). En cualquier caso, las excepciones al principio de igualdad de trato han de ser objeto de una interpretación restrictiva, que estén basadas en una estrecha conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo. En general, no se aceptan por la doctrina internacional excepciones a la igualdad basadas en la fuerza física o la resistencia, en las preferencias de los clientes, o en la protección de las mujeres, salvo en este último caso, el estado de embarazo para ciertos trabajos. (Sáez, 1995, pp. 78 y ss. y 75 y ss.)

abandonadas en muchas partes, siguen existiendo tratos salariales diferenciados entre hombres y mujeres que llevan a cabo trabajos diferentes pero de igual valor. Esto sigue siendo obvio en ciertas ocupaciones desempeñadas de forma predominante o exclusiva por las mujeres, situación en la cual no es posible comparar el trabajo de éstas con uno desempeñado por hombres y poder así deducir si hay trato desfavorable ilegítimo para aquellas. Según Oelz *et al* (2013, esta concentración de las mujeres en determinados puestos de trabajo se traduce en una presión a la baja sobre los sueldos medios de tales ocupaciones, lo que motiva que los hombres no quieran ocuparlos. Como resultado de ello, el salario medio para las mujeres sigue siendo inferior al de los varones en todos los países y en general para todos los niveles de educación, grupos de edad y ocupación (p. 4).

3.2. La comprobación de la discriminación indirecta en materia retributiva, por razón de sexo.

La comprobación de las discriminaciones retributivas directas y de las indirectas en contra de las mujeres, es diferente. En las primeras, del acervo probatorio debe evidenciarse un trato diferente, basado en reclamantes individuales, quienes aducen ser víctimas de un tratamiento discriminatorio (abierto o encubierto), por razón de su sexo. Para ello, deben compararse individuos que se hallen en igual o similar posición, por ejemplo una mujer que sufre una desventaja retributiva comparativa con relación a un hombre real o hipotético. En las indirectas, si bien el efecto adverso de la medida, práctica, política o norma retributiva formalmente neutras cuestionadas, puede ser alegado por demandantes o reclamantes singulares, lo que busca evidenciarse es que ese efecto desfavorable recae contra un grupo al cual pertenece el reclamante (mujeres, en este caso). (Sáez, 1994, p. 53 y 54)

Como acaba de decirse, la discriminación indirecta puede darse, de hecho, como efecto de utilizar incluso un criterio no prohibido o neutro, pero que repercute o se traduce en un impacto

o efecto adverso desproporcionado fundamentalmente sobre personas que pertenecen a un determinado grupo. O, como afirma Sáez (1995), el trato retributivo peyorativo indirecto para las mujeres, es muchas veces una modalidad de “*medida, práctica o criterio neutros con efecto adverso*” (pp. 72 y ss.). Conforme lo señala esta última autora, deben entonces distinguirse dos elementos en este tipo de discriminación: la medida neutra y el efecto adverso.

Como se ha dicho repetidamente, las medidas, prácticas o criterios formalmente neutros de diferenciación, son aquellos aplicables tanto a hombres como a mujeres. Sin embargo, cuando, como consecuencia de esa medida, práctica o criterio formalmente neutros, se produce en la práctica un trato desproporcionadamente desfavorable (adverso), que recae predominantemente sobre trabajadores representantes de uno de los sexos –a menudo el femenino-²⁵⁹, existiría un trato discriminatorio, a menos que el empleador justifique que la medida por él tomada obedece a motivos objetivos²⁶⁰.

²⁵⁹ Un ejemplo de medida neutral que –aun sin intención–, acarrea una discriminación indirecta, sería una política empresarial que estableciera bonificaciones por rendimiento, únicamente a favor de trabajadores con contrato a término indefinido y tiempo completo, cuando existe un grupo de trabajadores, predominantemente mujeres, que tienen contrato a término fijo, o a término indefinido pero con jornada parcial. La medida, *prima facie*, es neutral, pero en la práctica perjudica mayormente al grupo femenino, ya que no hay un motivo razonable u objetivo para que su rendimiento no sea reconocido.

²⁶⁰ El Tribunal de Justicia europeo, ha examinado en varias ocasiones el efecto adverso sobre las mujeres, de ciertas medidas empresariales de carácter neutro, y ha determinado que, cuando esas medidas entrañen un tratamiento retributivo diferente, que afecte mayoritariamente a las mujeres, la conducta del empleador puede señalarse como discriminatoria. En el caso Bilka (Asunto C-170/84, sentencia de 13 de mayo de 1986), por ejemplo, examinó el caso de una cadena de tiendas que había establecido un sistema extralegal de pensiones, del cual se excluía a los empleados de tiempo parcial. Comprobado que la gran mayoría de quienes se desempeñaban en trabajos de tiempo parcial eran mujeres, dictaminó que ese tipo de pensiones se encuadraba dentro del concepto de “retribución” consagrado por el artículo 119 del Tratado de Roma, y que por tanto debía darse un tratamiento homogéneo tanto a hombres como a mujeres, independientemente de si sus jornadas eran de tiempo parcial o completo. El Tribunal ha advertido, no obstante, que esta discriminación, como efecto adverso, se configurará siempre y cuando el empleador no demuestre que tuvo razones objetivas para tal diferencia de trato (CVRIA, 1986b). El mismo tribunal ha aplicado dicho criterio a otros casos y en diferentes materias, como por ejemplo

A menudo, cuando se trata de establecer la existencia de discriminaciones indirectas por razón de *estatus* (entre ellas particularmente en contra de grupos de mujeres que ocupan puestos de trabajo que pueden ser de igual valor que los desempeñados por varones), puede ser necesario inicialmente estructurar grupos de comparación.

Para ello, como regla general, en primer lugar es necesario señalar el universo o ámbito comparativo que va a tenerse en cuenta. Por ejemplo, si se trata de evaluar el efecto desfavorable para un determinado sexo de una medida de promoción interna en la empresa, o para evaluar si una diferencia retributiva impacta sobre todo a los trabajadores pertenecientes a un determinado sexo, se mirará la composición de la empresa por sexos *versus* la composición, también por sexo, de los promovidos o sujetos de la retribución. Pero si se tratara de evaluar el efecto de una política de selección para ingresar a una empresa, se observaría la composición de la población general de la región o del país (Sáez, 1995, pp. 75-76).

Una vez establecido el ámbito de comparación se pasa a definir el grupo o grupos con respecto a los que se va a realizar el cotejo, cuando ello sea necesario. En materia retributiva, para determinar la idoneidad comparativa se requiere, primeramente, verificar si el diseño del método de clasificación o evaluación de los cargos objeto de la confrontación ha sido neutro, es decir, si no han quedado incorporados uno o más criterios discriminatorios en las pautas con las cuales tales grupos se han definido (métodos de evaluación o clasificación de los puestos de trabajo). Esta situación podría presentarse no solamente cuando el empleador haya

para distinguir entre la flexibilidad y la adaptabilidad a horarios, y concluir que la primera puede ser un criterio neutral desde el punto de vista del sexo, a menos que el empresario lo haya implantado de manera abusiva, en tanto que la segunda puede encubrir una discriminación en contra de las trabajadoras, dadas sus menores posibilidades para organizar su tiempo de trabajo de manera flexible, por razón de la atención que frecuentemente deben dispensar a las tareas domésticas y familiares, en comparación con los trabajadores varones (caso Danfoss, Asunto 109/88, sentencia del 17 de octubre de 1989) (CVRIA, 1989).

clasificado directamente los puestos de trabajo, sino también cuando esa clasificación se ha efectuado por vías heterónomas o por las de la negociación colectiva.

Definido lo anterior, el siguiente paso es concluir si, como consecuencia de la medida diferenciadora, existe o no efecto o impacto adverso, que es la expresión de la discriminación indirecta. Y para ello se adoptan criterios numéricos (estadísticos) o bien cualitativos, de cuya aplicación pueda concluirse la existencia o no de una desproporción en el trato.

Entre los métodos cualitativos se encuentran los llamados test de igualdad –como los desarrollados por los tribunales europeos y los norteamericanos, descritos en el capítulo primero. En ese orden, y en términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratos diferenciados serán válidos y no discriminatorios cuando i) ellos estén objetivamente justificados, ii) los efectos de la medida diferenciadora sean compatibles con la naturaleza de las sociedades democráticas, y iii) exista proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida. En el inicio de esta obra se aludió a los test de proporcionalidad, como herramientas para determinar la validez o legitimidad de los tratos diferenciados. Estos test son particularmente útiles para dilucidar la existencia o no de las discriminaciones indirectas, en particular cuando se entra a la fase de analizar si la medida diferenciadora es o no necesaria y proporcionada, vale decir, si el *tertium comparationis* elegido por quien procura dicha medida es legítimo para sustentar la diferencia de trato.

Con respecto a la utilización de pruebas estadísticas, se plantean dos modelos, según la intensidad que se les reconozca: estricto y atenuado (Lousada, 2012, p. 141). El modelo estricto es característico de los Estados Unidos de América (y adoptado por tribunales y oficinas estatales de otros países), donde se le ha reconocido una relevancia crucial²⁶¹, aunque es objeto

²⁶¹ Por ejemplo, en material de selección de personal, las “*Directrices uniformes para los procedimientos de selección de empleados*”, expedidas por la U.S. Equal Employment Opportunity Commission (Comisión federal

de críticas, tanto dentro como fuera del país, particularmente en Europa, donde se ha relativizado el peso de la prueba estadística en la determinación del trato dispar (modelo atenuado²⁶²). Los jueces británicos, por ejemplo, han confiado más en el sentido común y en la experiencia, que en concienzudas estadísticas, según Sáez, citada por Lousada. (2004, p. 44).

para la igualdad de oportunidades en el empleo) -EEOC-, la Comisión de Servicio Civil y los Departamentos de Justicia y Trabajo de los EEUUAA, establecen que el impacto adverso de una medida de selección ocurre cuando no se contratan mujeres y minorías en una tasa de al menos un 80% del grupo con mejores logros, (esta directriz es conocida también con el nombre de la “Regla de los cuatro quintos”). Sería el caso de que se presentaran 1.500 candidatos para un empleo determinado, de los cuales 1.000 son varones y 500 mujeres. Se contratan 400 personas, de las cuales 300 son hombres y 100 mujeres. Es decir, del total de mujeres postuladas se contrata el 20% y del total de varones postulados, el 30%. Al dividir el primer porcentaje sobre el segundo, resulta una índice de 66.67, que es inferior al 80 establecido en las “*Directrices Uniformes*”, por lo que se considera que en este caso se presentó efecto adverso, o sea, discriminación. (Mondy & Noe, 2005, pp. 66-67).

²⁶² La Directiva 2000/78/CE del Consejo de la UE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece en su considerando 15 que “*la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas*”. Algo semejante plantea la Directiva 2002/73/CE (considerando # 10). Por su parte, el TJCE, en el caso Allonby (C-256/01) sostuvo que la aplicación del principio de a trabajo de igual valor igual retribución (artículo 141 CE, apartado 1), en una empresa y en el caso de un régimen de pensiones, no depende exclusivamente de que la demandante invoque una retribución inferior a la del trabajador con quien se compare, sino que también podría invocar estadísticas, para reclamar, basándose en dicha disposición, el derecho de afiliarse a un régimen de pensiones establecido por una reglamentación estatal (CVRIA, 2004). El mismo tribunal ha sostenido (Asunto C-167/97, caso Seymour-Pérez), que “*para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta el punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119 del Tratado, el Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúnen el requisito impuesto por dicha medida. Si concurre esta circunstancia, existe discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo*” (CVRIA, 1999). Y en el caso Danfoss (C- 109/88), sostuvo que cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre ella la carga de probar que su política de salarios no es discriminatoria, “*una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos*” (CVRIA, 1989).

Cuando se concluya que existe un efecto adverso, el empleador –como ya se ha dicho aquí–, tiene la oportunidad de demostrar que el trato diverso obedeció a razones objetivas o justificadas. Las decisiones empresariales o las medidas pactadas de trato diverso, con respecto a procedimientos o políticas de selección o promoción de personal, o a sistemas de remuneración, habrán de ser justificadas por el empleador. La jurisprudencia estadounidense ha elaborado doctrinas que se consideran referentes al respecto. Allí la justificación empresarial de las medidas diferenciadoras se plantea en dos dimensiones, de acuerdo con Sáez (1995): justificación en cuanto al motivo empresarial, que a su vez puede estar basada en la conveniencia o en la necesidad de la empresa, y justificación referida al ámbito, es decir, si se alude al trabajo mismo o a la actividad económica del empleador (pp. 77 y ss.).

En cuanto al motivo empresarial del impacto adverso generado por la medida, es obvio que la justificación fundada meramente en la conveniencia de la empresa, constituye un retroceso que termina perpetuando el fenómeno discriminatorio. Sin embargo, ha sido un criterio aceptado en algunas épocas por los jueces norteamericanos²⁶³. Más consistente con la noción de igualdad de trato es la justificación basada en la necesidad del propio empleador, que ha sido predominante²⁶⁴. En la jurisprudencia europea comunitaria se exigen dos condiciones para justificar el impacto adverso: i) que la medida responde a una necesidad real y objetiva del empresario, y ii) que tal medida es necesaria e idónea para satisfacer tal

²⁶³ La jurisprudencia estadounidense, por ejemplo, se inclinó por este criterio a finales de los años 80 del siglo pasado, hasta el caso Griggs, cuando introdujo la noción de *adverse impact* y la exigencia para el empleador de superar un juicio de necesidad y no de simple conveniencia para justificarlo.

²⁶⁴ El *Civil Rights Act* estadounidense de 1991 adicionó el Civil Rights Act de 1964, e impuso el criterio de necesidad de la empresa (*business necessity*) –y no el de mera conveniencia–, como única forma de que un empleador pudiera justificar el trato dispar, en materias retributivas o de otra índole, por motivos de raza, color, religión, sexo u origen nacional, cuando la medida o práctica por él adoptadas cause un efecto adverso en la igualdad de oportunidades. (EEOC, 1991). Un interesante análisis sobre las aplicaciones estrictas y atenuadas del criterio de *business necessity* se encuentra en Spiropoulos, 1995.

necesidad, o sea, ha de probarse la inexistencia de otros medios alternativos. (Sáez, 1994, pp. 128 y 129)

4. La brecha salarial entre mujeres y hombres y su componente discriminatorio.

La segregación por razón de sexo es uno de los hechos más recurrentes de los mercados laborales del mundo. Según el Foro Económico Mundial, en su *Global Gender Gap Report* (144 países), que mide la brecha entre hombres y mujeres en 4 dimensiones (participación y oportunidades económicas, logros educacionales, salud y supervivencia y empoderamiento político), el hiato general en esos cuatro ítems se ubica en 32% (WEF, 2017).

En materias salariales, en promedio, el trabajo de las mujeres sigue siendo peor remunerado que el de los hombres, a pesar de que las divergencias remunerativas entre unos y otras se han reducido en varios lugares. En Europa (27 países), por ejemplo (UE, 2016, pp. 18, 19, 51 y 54), la brecha salarial promedio/hora entre mujeres y hombres en el año 2013, a pesar de que aquellas están hoy formalmente más educadas que estos²⁶⁵, es del 16,3%, es decir, las mujeres ganan en promedio el 83,7% de lo que ganan los hombres (en 2014 fue de 16,2%²⁶⁶). Y en materia pensional, la brecha es en la misma región del 40,2% en 2014. En EEUU, la brecha salarial promedio en el año 2014 fue del 21% (79% de lo devengado por los varones), si bien en el año 1974 las mujeres ganaban allí en promedio el 59% de lo devengado por los

²⁶⁵ Según el Informe 2015-2016 del Foro Económico Mundial, el mayor avance registrado en los últimos años en el objetivo de reducir las diferencias entre hombres y mujeres, se registra en el terreno de la educación. En efecto, en cien de los países de la muestra, las mujeres conforman la mayoría de los estudiantes universitarios. (WEF, 2015). En el Reporte Global de Brecha por Género (144 países), la igualdad en temas educativos se ha logrado en un 95% (WEF, 2017).

²⁶⁶ Eurostat, 2016, *Gender pay gap*.

hombres, lo que significa que en cuarenta años el hiato salarial entre unas y otros se ha reducido solo en el 20% (AAUW, 2016).

También en EEUU, un estudio publicado en 2009²⁶⁷, muestra –con base en el análisis de los censos entre 1950 y 2000-, que las diferencias salariales no solamente se encuentran entre los trabajos de igual valor desempeñados por mujeres y por hombres, que ocupan bajas posiciones en la estructura organizacional, sino que también esas brechas se hallan entre trabajos de nivel ejecutivo. Por ejemplo, la ganancia promedio de las gerencias de tecnologías de la información (preponderantemente ocupadas por hombres), es de un 27% más que las gerencias de gestión humana (ocupadas predominantemente por mujeres). El estudio también encontró, que algunos tipos de trabajo, que tradicionalmente habían sido masculinos y durante esas cinco décadas fueron colonizados por las mujeres, experimentan reducciones reales en los salarios, con respecto a los asignados cuando eran mayoritariamente desempeñados por hombres.

Globalmente, la diferencia salarial promedio entre hombres y mujeres está en el 23%, o sea que las mujeres devengan un 77% del salario de los varones. Pero esta brecha salarial se inscribe en otro fenómeno, aún más persistente en el mundo, como lo es la brecha de género en las tasas de empleo y de participación en la fuerza de trabajo, que muestra apenas una ligerísima reducción en el mundo entre 1995 y 2015: en este último año, la diferencia en dicha tasa fue de 25,5% en desmedro de las mujeres, lo que representa 0,6 puntos porcentuales por debajo de la cifra registrada en el primer año de la medición²⁶⁸ (OIT, 2016a, p. 9). Las cifras

²⁶⁷ *Occupational Feminization and Pay: Assessing Causal Dynamics Using 1950–2000 U.S. Census Data* (Cain Miller, C., NYT, 2016)

²⁶⁸ América Latina registra una disminución de más del 10% de la diferencia en la tasa de participación entre hombres y mujeres, en el mismo período. Europa septentrional, meridional y occidental, América del Norte y

de la OIT no incluyen trabajadores a tiempo parcial, lo que significa que si la medición abarcara ese sector, la diferencia o brecha salarial sería aún mayor, dado que muchos de esos trabajos son desempeñados por mujeres (OIT, 2012b, p. 298). Todo ello parece indicar que, si bien en la era de la globalización las mujeres han ingresado al mercado de trabajo en volúmenes antes desconocidos, ese ingreso se ha dado en el marco de claras tendencias flexibilizadoras, en las que el empleo femenino es informal en buena proporción. (Munck, 2002, pp. 159 a 165; Standing, 1999, pp. 386 y ss.)

Según la OIT (2016a), sigue siendo difícil poner en práctica el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor en las legislaciones y en la práctica, al punto que, de seguirse el actual ritmo de progreso, harían falta más de 70 años para que desaparezca la disparidad salarial entre mujeres y hombres (p. 9). La mencionada organización (2012a) detecta la persistencia en la práctica de fijar salarios más bajos en las ocupaciones donde las mujeres son más numerosas, a pesar de que su grado de instrucción ha aumentado ostensiblemente y rebasado al de los varones en muchos países, así como se ha logrado superar la intermitencia en su trayectoria profesional en el mercado de trabajo (p. 32).

También se sigue observando, en el nivel global, una marcada segregación sectorial y ocupacional entre sexos. Las mujeres que trabajan están excesivamente concentradas en una serie limitada de sectores y ocupaciones. Según la OIT (2016a), en los países de ingresos medios altos más de la tercera parte de las mujeres están representadas en servicios de comercio mayorista y minorista (33,9%); en los países de altos ingresos, se concentran en las áreas de salud y educación, que emplean el 30,6% de ellas. En las naciones de bajos ingresos e ingresos

África subsahariana registran reducciones similares. Sin embargo, en el resto de las regiones del mundo la brecha no ha presentado reducciones significativas.

medios bajos, las mujeres se concentran en la agricultura (pp. 5 y 6). En todos los casos la renta promedio devengada en tales ocupaciones es inferior a la masculina.

La brecha de género también sigue siendo amplia en la distribución del tiempo dedicado a la atención de las labores de cuidado y domésticas no remuneradas, lo que significa que las mujeres siguen dedicando menos tiempo a labores remuneradas, que el que dedican a labores hogareñas (aproximadamente 250% del tiempo que los hombres dedican a éstas) y tienen menos posibilidades de una retribución acorde con su tiempo real de labor. (OIT, 2016a, p. 7).

Con todo, debe distinguirse entre la diferencia o brecha salarial entre hombres y mujeres y propiamente la discriminación salarial en contra de las últimas. Es decir, las diferencias salariales entre varones y mujeres no son imputables en su totalidad a la discriminación: en las primeras se refleja, de manera genérica, la distancia entre lo que devengan en promedio hombres y mujeres en el mercado laboral, sin indagar las causas de las diferencias.

En cambio, señala García Trascasas (2013), la discriminación salarial es aquella parte de la diferencia o brecha retributiva atribuible al sexo, o sea, la diferencia en retribución que por razón del sexo devengan de manera distinta y peyorativa las mujeres con respecto a los hombres en situación comparable (p. 80).

Estas porciones de la brecha o diferencia total, son una diferencia residual que refleja una discriminación de género²⁶⁹, resultante de otra serie de factores, tales como los estereotipos y prejuicios relacionados con el trabajo femenino, que tienen orígenes culturales, históricos o

²⁶⁹ Aunque en ocasiones las diferencias retributivas entre mujeres y hombres pueden explicarse por una especie de “auto-limitación profesional” de las primeras, que les impele –por efectos de la persistencia de estereotipos sociales, que asignan a mujeres y hombres inequitativos papeles en las responsabilidades familiares-, a decidir limitar su participación en el mercado laboral. De todas formas, esta auto-limitación profesional acaba reflejándose en el diferente trato retributivo hacia las mujeres. (Hakim, 2000, pp. 84 y ss)

ideológicos -tal y como se describió atrás en este capítulo. Esta discriminación puede ser directa, pero sobre todo indirecta y, según la Comisión Europea (UE, 2014) y la OIT (2003, p. 57) –cuyos comentarios se siguen a continuación, salvo otras citas bibliográficas específicas-, puede originarse en factores como:

i) Adjudicación a las mujeres de trabajos “femeninos” y a hombres de “masculinos”, que a veces se ubican en sectores claramente diferenciados (por ejemplo, las mujeres representan el 80% de la fuerza laboral en el sector sanitario europeo). Los sectores en que las mujeres predominan ofrecen salarios más bajos que aquellos en que prevalecen los hombres. El hecho de que las mujeres respondan usualmente por las labores del hogar y por el cuidado de los hijos menores hace que tiendan a trabajar un menor número de horas por fuera de su casa. Asimismo, ellas generalmente prefieren trabajar en sectores y ocupaciones donde puedan conciliar su vida laboral y familiar. Como resultado de lo anterior, las mujeres tienden a desempeñar trabajos de tiempo parcial, en un número muy reducido de profesiones y cualificaciones (Maruani, 2002, pp. 55 y 56), tienen mayores probabilidades de ser contratadas en empleos con baja remuneración y frecuentemente no son designadas para puestos de alta responsabilidad.

ii) Diferencias de trato en la dotación de capital humano por el empleador. A mujeres y varones no se les aplican ciertas prácticas laborales en igualdad de condiciones. Por ejemplo, generalmente se invierte menos en la educación, formación, movilidad profesional y búsqueda de empleo de las mujeres que de los hombres, por razón de que algunos empleadores prevén que las mujeres abandonarán más probable y frecuentemente su trabajo. Además, las distintas formas de remuneración para los empleados (por ejemplo, el pago de tiempo suplementario o extra, o las retribuciones por productividad), así como el diseño de los sistemas de remuneración, dan lugar a menudo a condiciones salariales distintas para los trabajadores

masculinos y femeninos. Frecuentemente esta discriminación surge de diversos factores históricos y culturales que influyen en la fijación de los salarios.

iii) La infravaloración del trabajo y las capacidades de las mujeres. Las habilidades y destrezas particulares de las mujeres son a menudo infravaloradas, particularmente en las ocupaciones en que ellas tienen mayor presencia. Esto se traduce en peores condiciones de remuneración para ellas. Por ejemplo, los puestos de trabajo que requieren esfuerzo físico, desempeñados a menudo por los hombres, reciben una valoración más favorable que otros trabajos realizados por mujeres, lo que no quiere decir que a veces la fuerza física sea objetivamente un factor válido de diferenciación, como por ejemplo, cuando un determinado puesto de trabajo lo requiera en mayor proporción, vale decir, cuando ese juicio no esté impregnado de criterios discriminatorios por razón de sexo²⁷⁰. El esfuerzo físico como criterio único de valoración tiene un carácter sospechoso: la fuerza física como *tertium comparationis* es admisible siempre y cuando se cumpla la doble condición de que ella sea un elemento esencial en la tarea de que se trate y, además, que no sea adoptada como criterio único de valoración, sino en combinación con otras características neutras en cuanto al impacto en cada uno de los sexos (Palomeque, 2011, p. 31). O cuando las mujeres se concentran en determinadas ocupaciones predominantemente “femeninas”, como la limpieza, y ganan menores salarios que los hombres en ocupaciones predominantemente masculinas equivalentes a las de las mujeres. Se valora más, por ejemplo, la responsabilidad sobre la maquinaria (que tiene elevada presencia masculina) que sobre las personas (característica de varias ocupaciones “feminizadas”) (Min. Igualdad-España, 2010, p. 10).

²⁷⁰ El TJCE, sostiene esta tesis. Al respecto, ver la sentencia del 10 de Julio de 1986, asunto C-237/85, caso Rummler. (CVRIA, 1986a).

iv) Las capacidades femeninas se subestiman frecuentemente, porque se considera que reflejan características “naturales” femeninas, en lugar de capacidades y competencias adquiridas. Por ejemplo, en el sector hospitalario, una mujer que desempeñe un cargo de cuidado de otras personas ganará menos que un técnico en equipos médicos (varón), a pesar de que aquella y este poseen un nivel de cualificación comparable, y ello porque se considera que el cuidado de otros es una característica innata de las mujeres. Otros ejemplos, son la minuciosidad o la destreza manual, que se minusvalora frente a la fuerza física. Estos factores pueden originar una predisposición basada en el género a la hora de fijar los salarios y de evaluar el valor del trabajo que realizan hombres y mujeres. Es usual -abundando en los ejemplos-, que, cuando las mujeres acceden en el mercado de trabajo a ciertas ocupaciones -que se consideran extensiones o reproducciones de la labor que ellas tradicionalmente han asumido en el ámbito privado (limpieza, cuidado de otros, etc.)-, su trabajo se valore precariamente, en comparación con la retribución de otros trabajos que son equivalentes, pero que tradicionalmente han sido desempeñados por hombres (Min. Igualdad-España, 2010, p. 9).

v) La escasa presencia de mujeres en puestos de liderazgo y de alto nivel (discriminación vertical o “techo de cristal”). Las mujeres tienen una baja representación en niveles directivos de varios ámbitos, como la política, ciertos sectores empresariales y la economía. Por ejemplo, solo un tercio de los científicos e ingenieros de Europa son mujeres (a pesar de que, como se anotó *supra*, ellas actualmente exhiben mayores grados de educación que los varones). Incluso en los sectores con predominio de mujeres trabajadoras, estas tienen una baja representación en los puestos de responsabilidad y gerencia. En 2013, las mujeres constituyeron solo el 17,8 % de los miembros de juntas directivas de las mayores empresas que cotizan en bolsa en el territorio de la Unión Europea y ocuparon únicamente el 4,8 % de los puestos de dirección de dichas juntas.

vi) Roles de género. Las tradiciones y estereotipos señalan los roles que mujeres y hombres desempeñan en la sociedad, desde temprana edad. Ellos pueden influir, por ejemplo, en la elección que hacen los jóvenes de los estudios profesionales que quieren seguir. Tales decisiones se ven también afectadas por suposiciones y valores tradicionales sobre los trabajos que pueden desempeñar las mujeres y los varones. Hay estudios en diversos países, que demuestran que las mujeres que ocupan puestos de alto nivel en sectores con predominio femenino reciben salarios considerablemente más bajos que las mujeres situadas en lo alto del escalafón en sectores típicamente masculinos.

vii) Conciliación de la vida laboral y familiar. Con el fin de poder conciliar sus responsabilidades familiares con el desempeño de un trabajo asalariado, muchas mujeres trabajan menos horas, y a menudo en jornadas de tiempo parcial²⁷¹. Ello repercute en la experiencia acumulada que ellas pueden exhibir, pues por entrar y salir de la fuerza de trabajo, adquieren menos experiencia, por lo cual devengan sueldos más bajos²⁷².

²⁷¹ En la Comunidad Europea (27 países), por ejemplo, el 19,6% de los trabajadores desempeñan ocupaciones de tiempo parcial, de los cuales 8,9 son hombres y 32,1 son mujeres. (Eurostat, 2016, Part Time employment).

²⁷² En los últimos años ha evolucionado la división del trabajo en las parejas, es decir, la distribución del trabajo remunerado y el trabajo hogareño. En el modelo tradicional de división del trabajo, el hombre se especializa total o significativamente en el primero y la mujer en el segundo. Beker (1991) planteó, partiendo del principio de la ventaja comparativa –según el cual cada miembro de la pareja se dedicará a aquellas actividades que pueda realizar con la mayor eficiencia posible–, que en las familias existía una especie de asignación del tiempo para cada integrante, entre la venta de ese tiempo al mercado de trabajo, para obtener rentas, la producción doméstica y la utilización en el consumo de bienes y servicios (pp. 32 y ss.). Sin embargo, de acuerdo con Hakim (2000), este modelo ha ido progresivamente desdibujándose: hoy es frecuente que ambos integrantes de la pareja trabajen dentro y fuera del hogar, si bien subsiste cierta asimetría, pues sin duda es más contundente la incorporación de la mujer al mercado laboral que la incorporación del hombre al trabajo doméstico y de crianza de los hijos, lo cual explica la desigualdad retributiva de la primera (pp. 84 y ss. 157 y ss.). Este aserto se reafirma con los estudios de la OIT de años recientes (por ejemplo, OIT, 2016a, p. 7).

viii) La doble jornada. Las mujeres invierten más tiempo en las labores domésticas y en el cuidado de otras personas, en comparación con los varones. Aunque los hombres pasan más horas que las mujeres en el lugar de trabajo, al sumar las horas de trabajo remuneradas y no remuneradas que realizan muchas mujeres, el resultado es una jornada laboral considerablemente más larga que la de los hombres.

La cuantificación de la discriminación contra las mujeres en los salarios medios se efectúa mediante métodos estadísticos, como por ejemplo la llamada “descomposición Oaxaca-Blinder”, que es la técnica más comúnmente empleada por los investigadores. Esta metodología presenta la discriminación salarial media entre hombres y mujeres como un residuo, o sea como la parte de la diferencia salarial entre unos y otras, que no puede adjudicarse directamente a diferencias en su capital humano (formación, experiencia) y a factores de oferta y demanda (tipología de los demandantes de factor trabajo —tamaño de la empresa, sector de actividad, etc.- y de la relación laboral -tipo de contrato, jornada laboral, puesto y responsabilidad asumida dentro de la estructura organizativa en la empresa, posibles riesgos de accidentes laborales, desplazamientos, y otros tipos de condiciones laborales) (Escot *et al*, 2009, pp. 329 y 330).

Esa diferencia “no explicada” o “no observable” se atribuye a factores como la discriminación directa o indirecta, que induce a tratar retributivamente a las mujeres en inferioridad de condiciones con respecto a los varones, a pesar de que las primeras posean iguales o similares características y desempeños que los segundos²⁷³.

²⁷³ En el Informe mundial sobre salarios 2014-2015 (OIT, 2015), por ejemplo, se descomponen las disparidades salariales entre hombres y mujeres en una parte “explicada” y en otra “no explicada”. La primera toma en consideración la experiencia, la educación, la categoría profesional (directivos, calificación alta, calificación media, escasas calificaciones y sin calificación), las distintas actividades económicas (manufactura, servicios, administración pública, etc.), la ubicación (rural o urbana) y la intensidad de la jornada. La parte “no explicada”

5. La evaluación del trabajo de igual valor entre hombres y mujeres.

5.1. Las formas no judiciales de determinar el valor de los puestos de trabajo.

Bajo el principio *TIV*, la discriminación en materia de remuneración contra las mujeres sucede cuando el criterio para determinar su salario consiste –deliberada o inconscientemente– en tener en cuenta peyorativamente la condición de tales y no la naturaleza del trabajo que ellas realizan (OIT, 2003, p. 52). De ahí que el Convenio 100 de la OIT señale en su artículo 1º-b):

“La expresión “igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.

Como se deduce del anterior precepto, para evaluar objetivamente los puestos de trabajo –requisito idealmente previo para la aplicación del principio *TIV* entre mujeres y hombres–, es necesario que el método utilizado esté exento de sesgos discriminatorios por razón de sexo. En su artículo 3º-1 el mismo instrumento internacional indica:

“Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente convenio”.

–penalización salarial–, es la que resta después del ajuste de estas características observables en relación con el mercado laboral que en principio debieran explicar las diferencias de remuneración. Esta última parte refleja en gran porcentaje la discriminación.

De las cifras del citado informe, se concluye que sigue existiendo una disparidad significativa en las remuneraciones medias de hombres y mujeres en los países objeto de la muestra (que incluyen tanto países desarrollados como unos pocos países en vía de desarrollo). En los países desarrollados objeto de estudio, la disparidad salarial retrocede o casi desaparece en alrededor de la mitad de ellos, cuando estadísticamente se muestra la disparidad salarial contrafactual (entendida como la diferencia que habría si a hombres y mujeres se les remunerara solo en función de las características explicadas). En este sentido, Alemania y Estados Unidos son los países que exhiben una amplia explicación de las diferencias (pp. 50 y ss.).

En el caso de la evaluación de trabajos que han sido tradicionalmente “masculinizados” o “feminizados” (es decir, dominados por hombres o por mujeres), el método idóneo es aquel que, además de tener carácter cuantitativo o analítico –como ya se analizó en el capítulo anterior-, esté despojado de sesgos sexistas, pues si estuviere influido por éstos, los requisitos esenciales de las ocupaciones femeninas serán ignorados o minusvalorados en comparación con la puntuación asignada a la de los cargos ocupados por varones, con lo cual se perpetuará la subestimación de los puestos ocupados predominantemente por mujeres. Es decir, tal y como lo señala el Convenio 100 (art. 3-1), “*la evaluación objetiva del empleo [debe hacerse] tomando como base los trabajos que éste entrañe*”²⁷⁴, es decir, sin tener en cuenta quién lo desempeña ni sus características.

Ahora bien, si como producto de la evaluación objetiva de los puestos de trabajo, resultaren diferencias retributivas, ellas no se considerarán discriminatorias. El mismo Convenio 100, art. 3-3 lo dice claramente:

Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

²⁷⁴ En las discusiones que precedieron la emisión del Convenio 100 y la Recomendación 90, se debatieron tres criterios para determinar el valor igual de los trabajos: i) el rendimiento respectivo de hombres y mujeres ocupados en puestos de trabajo de naturaleza similar, ii) el costo de producción o valor global para el empleador y iii) la naturaleza del trabajo. Este último criterio fue considerado “más satisfactorio”, por lo que en las conclusiones preparadas por la Oficina Internacional del Trabajo se dijo que “*los tipos de remuneración se fijarán según la naturaleza del trabajo*”, sin discriminación con relación al sexo del trabajador. Posteriormente la referencia a la “*naturaleza del trabajo*” fue eliminada del texto de los instrumentos para definir el trabajo de igual valor y en su lugar se utiliza la “*evaluación objetiva del trabajo*”, tomando como base el trabajo que ese empleo entrañe (OIT, 1986, pp. 12 y 13).

El Convenio 100 de la OIT admite diversas vías para instaurar el principio *TIV* (art. 2-2): i) la legislación nacional de cada estado, ii) la utilización de cualquier sistema para la fijación de las remuneraciones, establecido o reconocido por la legislación (que incluye tribunales de arbitraje, consejos salariales, sistemas estatales de conciliación y arbitraje o mecanismos para fijación de salarios mínimos, por ejemplo –OIT, 2012b, p. 295); iii) mediante contratación colectiva entre trabajadores y empleadores, o iv) la acción combinada de las anteriores modalidades.

Una vez instaurado el principio en un país, el Convenio 100 (art. 3-2) indica que, para concretar su aplicación, las autoridades competentes o las partes contratantes mediante contratos colectivos, decidirán el método que ha de seguirse para aplicarlo.

El Convenio 100 de la OIT no se decide por algún método específico que debiera adoptarse para encontrar el valor de un trabajo. Sólo indica que debe emplearse una forma objetiva de valoración que permita comparar el valor relativo de las tareas. (OIT, 1986, pp. 12, 13 y 116: OIT. 2012b, p. 293). Eso significa que esa valoración podría hacerse utilizando métodos informales (por ejemplo, los acordados entre el empleador o empleadores y las organizaciones de trabajadores, como se señaló en el capítulo anterior), o mediante métodos formales, como los que se describirán a continuación.

Una de las maneras de procurar la igualdad retributiva es mediante los llamados sistemas de clasificación profesional, pactados por la vía de la negociación colectiva, o señalados por el estado, como se describió antes. Aunque debe decirse que tales sistemas pueden eventualmente conducir al efecto contrario, es decir, al trato salarial discriminatorio por motivo de sexo, cuando ellos estén diseñados de manera sesgada. (Figuerola, 2010, p. 117). En el derecho derivado europeo, la Directiva 2006/54/CE (que reproduce textualmente lo dicho por el art. 1º de la Directiva 75/117/CE), indica en su artículo 4, inciso segundo, que cuando se utilice un

sistema de clasificación profesional para determinar las retribuciones, tal sistema deberá basarse en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos y “*se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo*”.

Otra manera formal de procurar la igualdad retributiva es la utilización concreta de métodos cuantitativos o analíticos, como los descritos en el capítulo anterior (los cuales, dicho sea de paso, también podrían emplearse como uno de los medios para estructurar la mencionada clasificación profesional.

Debe tenerse en cuenta que los métodos analíticos tradicionales de valoración de puestos de trabajo prestan gran importancia a las calificaciones, al esfuerzo físico o mental y a la responsabilidad, pero no tienen en cuenta o menosprecian aspectos como la dedicación a otras personas y la responsabilidad por éstas, que caracterizan muchos de los puestos de trabajo de las mujeres (OIT, 2007, p. 83). O sea, al evaluar puestos de trabajo mayoritaria o exclusivamente desempeñados por personal femenino, a menudo se omite reconocer un puntaje adecuado a ciertos factores o habilidades, que no se consideran competencias y capacidades adquiridas, sino condiciones “naturales” en las mujeres, y que para los varones serían penosas o molestas. Este error hay que prevenirlo en el momento de elegir el método formal de valoración de los puestos de trabajo (OIT, 1986, p. 116).

Por eso, la OIT sugiere (200 y 2008b), que, para el logro metódico de la igualdad salarial entre mujeres y hombres, se surta un proceso estructurado y planificado, que incluye la aplicación de métodos de valoración de puestos de trabajo exentos de sesgos de género. Tales métodos pueden adoptarse o diseñarse *ad hoc*²⁷⁵ (p. 84) (pp. 7 y ss.).

²⁷⁵ Coves y otros (2000), proponen una guía para diseñar y poner en práctica un método neutro de valoración de puestos de trabajo (pp. 7 y ss.).

El proceso de valoración de cargos debe incluir varias etapas, que ahora se describirán a grandes rasgos²⁷⁶:

i) Conformación de una comisión de evaluación de los puestos de trabajo, que debe integrarse por igual número de hombres y mujeres, y capacitación de sus integrantes. Dependiendo del tamaño de la empresa u organización y del volumen de trabajadores que ellas tengan vinculados, el número de integrantes del comité será más o menos numeroso y su tiempo de funcionamiento será, también, más o menos extenso. En casos de cierta complejidad el comité puede ser acompañado y asesorado por consultores expertos.

Es usual que los integrantes trabajadores sean designados por las organizaciones sindicales existentes, o, en caso de no existir éstas, directamente por los trabajadores, o empleando un método que objetivamente garantice su participación. No obstante, los integrantes de la comisión –pero particularmente los trabajadores-, deben tener claro que la valoración de los cargos no consiste en un proceso de negociación, ya que la igualdad salarial es un derecho fundamental, que como tal no puede estar sujeto a las vicisitudes de un proceso de ese tipo.

Quienes hagan parte de esta comisión deberán recibir formación sobre técnicas de evaluación de puestos de trabajo y sobre conceptos de igualdad y no discriminación. Es conveniente establecer canales de comunicación con todos los empleados de la organización, para mantenerlos enterados de los objetivos y de la marcha del proceso.

ii) Selección de los puestos de trabajo que van a ser objeto de evaluación. Con ese propósito será menester determinar cuáles son los puestos mayormente ocupados por hombres

²⁷⁶ Esta descripción solo aspira a revelar una idea general sobre qué es la valoración de puestos de trabajo sin sesgo sexista, estrictamente necesaria para los objetivos buscados en esta investigación. No pretende, pues, ser exhaustiva ni tampoco un manual para tal efecto. La realización de este tipo de valoración requiere en muchas ocasiones de asesoría profesional, que es brindada por consultores especializados y en algunos países por agencias estatales.

y por mujeres, con el objeto de precisar si las diferencias de remuneración que pudieran existir entre unos y otros son debidas a discriminación por razón del sexo²⁷⁷.

En general, se recomienda incluir todos los empleos existentes en la respectiva organización, para poder realizar comparaciones coherentes. Será necesario agrupar puestos de trabajo diferentes pero que tienen igual denominación y así mismo puestos de trabajo sensiblemente iguales, pero que tienen rótulos diferentes.

Para determinar cuándo existe prevalencia de uno u otro sexo en un determinado oficio, o cuando éste es neutro, se usan diversos criterios. Uno de ellos es el porcentaje de mujeres y de varones que los desempeñan. En algunos países se considera que una ocupación es dominada por hombres o por mujeres, cuando el 60% (en otros países es el 70%) de quienes lo desempeñan pertenecen al mismo sexo.

Es importante incluir en el cálculo del porcentaje tanto a quienes desempeñan el oficio de tiempo completo como aquellos que lo hacen de tiempo parcial y quienes tienen un contrato a término indefinido o temporal. Con ello se contrarresta la posibilidad de que en la evaluación se excluyan cargos ocupados por mujeres que, por serlo, son vinculadas a trabajos temporales o de tiempo parcial. Igualmente puede ser conveniente examinar históricamente la dinámica que ha tenido cada ocupación y no solamente su actual situación (por ejemplo, en la actualidad hay tres mujeres y un solo hombre en el mismo puesto, lo que llevaría a concluir que no hay discriminación por sexo; pero al examinar retroactivamente la composición de ese puesto en un período de tiempo más dilatado, podría observarse que ha tenido prevalencia masculina).

²⁷⁷ Si se tratara de buscar equidad retributiva exenta de segregación por razones de origen étnico, se compararían puestos de trabajo desempeñados prevalentemente por personas de cierta etnia u origen, para compararlos con puestos de trabajo ocupados por quienes no tienen tales características.

En sectores con gran presencia femenina, (por ejemplo en la industria productora de vestuario), es difícil encontrar empleos masculinos que puedan ser objeto de comparación (lo mismo podría suceder en sectores con gran predominancia de trabajadores migrantes). En tal caso, podrían encontrarse empleos masculinos en otras empresas del sector y usarlos como referencia.

iii) Selección del método de valoración. Se dijo anteriormente que los métodos formales más idóneos para establecer el valor de los trabajos son los de tipo cuantitativo. En el mercado puede encontrarse considerable cantidad de métodos analíticos que miden el valor de los trabajos. Sin embargo, es necesario desplegar cuidado para evitar que en su diseño tales métodos hayan conservado características discriminatorias, previenen Corominas y otros (2002), como por ejemplo omitir ciertos factores que deberían tenerse en cuenta como requerimientos de determinados puestos de trabajo, o asignar una puntuación demasiado elevada a factores en que los hombres, globalmente, tienen ventaja sobre las mujeres (el esfuerzo físico, por ejemplo, descartando el esfuerzo mental o el emocional) (p. 9). La OIT (2008b) ha elaborado un cuestionario para verificar que el método de valoración esté exento de sesgos sexistas (p. 27).

Como se anotó en el capítulo anterior, se considera que el método de valoración de los puestos de trabajo debe constar de los siguientes factores de análisis: a) las calificaciones exigidas, b) los esfuerzos requeridos, c) las responsabilidades correspondientes y d) las condiciones en que se realiza el trabajo. Estos cuatro factores deben examinarse para todos los trabajos²⁷⁸. Aparte de los métodos que ofrecen diversos consultores, o de los que pudieran

²⁷⁸ En ocasiones se comete el error de tener en cuenta ciertos factores en el análisis de determinados oficios, pero omitirlos en otros. Por ejemplo, evaluar el trabajo de los electricistas con los cuatro factores señalados, pero omitirlo en el de las mujeres que desempeñan el cargo de asistentes administrativas, por considerarse que sus condiciones de trabajo son buenas, por definición (OIT, 2008b, p. 27).

diseñarse dentro de la propia empresa, existen varios específicamente diseñados para lograr una valoración lo más objetiva posible de los puestos de trabajo, libre de prejuicios sexistas. Quizás el más utilizado es el *Abakaba* (acrónimo de *Analytische Bewertung von Arbeitstätigkeiten nach Katz und Baitsch*, o “Valoración analítica de ocupaciones”, de Katz y Baitsch)²⁷⁹, un procedimiento de evaluación no sexista de los empleos, que reúne las exigencias normativas de la Unión Europea y además es utilizado en diversos países (Hellmüller *et al*, 2010, p. 13). Este método fue desarrollado en Suiza en 1996 y según lo describen sus mismos autores, Katz y Baitsch (1996), se enfoca en cuatro “dominios” o factores: intelectual, sicosocial, físico y responsabilidad. En cada dominio o factor se examinan tres aspectos: las exigencias, los perjuicios o incomodidades y la frecuencia. Las exigencias son los requisitos indispensables para realizar correctamente la labor. Los perjuicios son aquellos efectos negativos del ejercicio del oficio sobre la salud o bienestar de quien lo ocupa (por ejemplo, se adjudican puntos suplementarios en la evaluación del puesto por las condiciones de temperatura circundante, la incertidumbre en el horario de salida, las posturas corporales, las condiciones estresantes, etc.). La frecuencia es el número de veces que se repite una actividad que normalmente exige esfuerzo, en el dominio respectivo, dentro de la jornada de trabajo, (por ejemplo, en el dominio físico, en el caso del obrero de la construcción, le corresponderá levantar objetos de 10 a 15 kg, durante el 35 al 70% de la jornada; en el caso de la enfermera, los levantará durante el 30% de su jornada de trabajo, etc.). Los puntajes dentro de cada dominio (que son a su vez la sumatoria de los tres aspectos señalados), son entre un 25 y un 50% para el Intelectual, un 20 a 40% para el Sicosocial, un 5 a 25% para el Físico y un 20 a 30% para Responsabilidad. El método incluye un sistema de ponderación para llegar a los puntajes de cada puesto de trabajo (pp. 33 y ss.).

²⁷⁹ Desarrollado por los psicólogos industriales y organizacionales Christian B. Katz y Chistof Baitsch.

Entre los otros métodos cuantitativos que también eliminan en gran porcentaje la discriminación por razones de sexo, se encuentran, por ejemplo, *Viwiv* (que es complementario del *Abakaba*, aunque podría utilizarse por separado), *Evalfri, Isos* (España), el método sueco denominado “*Steps to pay equity*” –*pasos hacia la equidad salarial*- (Harriman & Holm, 2001), *NJC JES* (Reino Unido), entre otros (OIT, 2013, p. 47).

iv. Acopio de información sobre los puestos de trabajo. El siguiente paso es conocer el contenido de los puesto de trabajo que van a ser objeto de valoración con base en el método elegido, con el fin de establecer comparaciones entre ellos. Esa información debe ser fidedigna, completa, actualizada y libre de prejuicios sexistas. Para este efecto se utilizarán cuestionarios cerrados (o sea, que se diseñan muy detalladamente, para obligar a quien los diligencie a ser muy preciso), o cuestionarios abiertos (que dan más libertad a la expresión en el momento de describir el puesto), o formularios semi-abiertos. Estos cuestionarios han de cumplimentarse por los propios trabajadores titulares de los puestos que van a valorarse y podrán complementarse por sus supervisores. Aparte de los cuestionarios también se realizan tanto la observación de los puestos de trabajo (con el fin de suplementar la información suministrada mediante los cuestionarios), como entrevistas a los trabajadores y supervisores (con el propósito de llenar los vacíos de información que puedan quedar luego de ser diligenciados).

Es importante que el lenguaje que se utilice en los cuestionarios y en las entrevistas sea neutral, o sea despojado de expresiones que tengan connotación sexista. Debería hacerse una prueba piloto con un grupo de empleos representativo (empleos con predominio femenino y con prevalencia masculina), para verificar la efectividad de los cuestionarios, es decir, si están completos, si son comprensibles y libres de sesgos de género. Una vez efectuada esta verificación, se ajustarán los cuestionarios y se comenzará la recopilación de los datos (OIT, 2008b, pp. 43 y ss.).

v. Análisis de los resultados. En el análisis de los resultados se establece para cada empleo: a) una ficha de identificación, que contiene el título del empleo no asociado a un sexo determinado (algunos expertos sugieren reemplazarlo por un código). En la ficha se sugiere omitir el salario y el rango jerárquico; b) una descripción de tareas, que incluirá las principales labores y responsabilidades, tipo de supervisión, consecuencias de los errores, conocimientos y experiencias requeridos, equipos utilizados y condiciones de trabajo; y c) un perfil en el que se indique el nivel atribuido al empleo en cada subfactor de evaluación, con base en los puntajes asignados a los subfactores.

Debe hacerse una recapitulación de las evaluaciones para verificar la ausencia de prejuicios sexistas y la coherencia. Se utilizan medias matemáticas para constatar el género del subfactor respectivo (es decir, ocupaciones predominantemente femeninas y masculinas, o neutras).

vi. Determinación del valor de los puestos de trabajo. En esta etapa deben surtirse dos tareas importantes: la elaboración de una tabla de ponderación de los factores y subfactores de evaluación y la asignación de puntos (valor) a cada empleo.

La ponderación de los factores y subfactores de evaluación consiste en calcular su importancia relativa y asignar a cada uno de ellos un valor numérico. Esta ponderación debe estar estrechamente ligada a los objetivos de la respectiva empresa. La mayoría de los especialistas utilizan porcentajes para los factores, que fluctúan entre los siguientes rangos: 20 a 35% para las calificaciones, 25 a 40% para la responsabilidad, 15 a 25% para el esfuerzo y 5 a 15% para las condiciones de trabajo. Luego se hace lo propio con los subfactores. En esta fase debe ponerse también especial cuidado en evitar los sesgos en función del género, para lo cual debe verificarse equilibrio entre los factores medios masculinos y femeninos. En cada subfactor hay que establecer unos niveles (1, 2, 3, etc.), que corresponden al menor o mayor

peso que él tiene en el oficio (por ejemplo, conocimientos profesionales, esfuerzo emocional, responsabilidad con personas, responsabilidad con materiales, etc.). Las diferencias entre los distintos niveles de los subfactores pueden establecerse mediante progresiones aritméticas o geométricas, aunque en general se recomiendan las primeras, pues garantizan diferencias constantes.

Una vez definida la ponderación y determinado el número de puntos por subfactor se asignan puntajes a cada empleo y luego se agrupan los diferentes empleos en clases que poseen el mismo valor. Se considerarán de igual valor no necesariamente los trabajos que obtienen idéntico puntaje, sino los que se encuadren en unos intervalos que deben ser definidos por el Comité (por ejemplo, Grupo I de 200 a 290 puntos, Grupo IV de 500 a 599 puntos, etc.).

El resultado final es la clasificación de los empleos con predominio femenino y de los empleos con predominio masculino, que tienen igual valor. Algunas legislaciones determinan parámetros para establecer cuándo una ocupación tiene prevalencias masculinas o femeninas²⁸⁰.

vii. Cálculo de las diferencias salariales entre empleos de igual valor y corrección de las brechas salariales discriminatorias. Los ajustes han de abarcar los distintos ítems que incluye el concepto de remuneración y han de hacerse no solamente a empleadas de tiempo completo, sino también proporcionalmente a aquellas de tiempo parcial, a término indefinido, fijo o eventual. Esta nivelación podrá hacerse en un solo ajuste o –en caso de brechas salariales segregacionistas muy grandes–, en ajustes escalonados, dentro de un lapso determinado de una duración razonable. También –dependiendo de los resultados de la

²⁸⁰ Por ejemplo, la Comisión Canadiense de Derechos Humanos señala criterios para determinar la predominancia de género: 70% si el grupo ocupacional tiene menos de 100 empleados, 60% si tiene más de 100 y menos de 500 empleados y 55% si tiene 500 o más empleados (Government of Canada, 2016).

evaluación- podrían hacerse ajustes salariales diferenciados, en función de los puestos de trabajo que, según aquella, estén sobrepagados o subpagados.

5.2. Algunos ejemplos de trabajos de igual valor entre hombres y mujeres.

En distintos países, donde el principio de igual salario por trabajo de igual valor se ha impuesto de tiempo atrás, se han declarado o considerado de igual valor una serie de trabajos desempeñados por mujeres y hombres. Estas equiparaciones se han hecho por vías administrativas o judiciales, aunque también podrían ser el resultado de valoraciones realizadas con métodos analíticos como los antes descritos. He aquí algunos ejemplos, que no conforman una lista exhaustiva, sino meramente ilustrativa:

En Gran Bretaña, por ejemplo, según información del propio gobierno (EHRC-UK, 2016), se han equiparado los siguientes puestos de trabajo como de igual valor:

- Asistente de clase en escuela primaria y conductor mensajero del servicio de bibliotecas.
- Enfermera de guardería infantil y técnico de arquitectura en gobierno local.
- Dependiente en distribución al por mayor de periódicos y operario de almacén.
- Cocinera y pintor de a bordo.
- Jefe de servicio de terapia del lenguaje y jefe de servicio de farmacia hospitalaria.
- Asistente de costura en residencia de ancianos y plomero.
- Operadora de máquina cosedora en industria automotriz y tapicero.

Otros ejemplos, entre muchos, en otros países son:

En España, el Tribunal Constitucional (sentencia STC-145/1991), declaró que limpiadoras y peones, en un hospital, debían estar cubiertos por la misma categoría profesional, porque sus puestos de trabajo poseían el mismo valor. (TC España, 1991).

En Islandia, la Corte Suprema ordenó la igualdad de remuneración entre una directora del departamento de asuntos sociales de un municipio y un ingeniero. (OIT, 2013, p. 37).

En Canadá, la Corte Suprema confirmó en 2011 una sentencia del Tribunal Canadiense de Derechos Humanos que declaró que el cargo de secretaria –desempeñado principalmente por mujeres-, tenía igual valor al de clasificación y reparto (operaciones postales), realizado primordialmente por hombres. (OIT, 2013, p. 37).

CAPÍTULO 6. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA EN COLOMBIA

En la tercera década del siglo XX el estado colombiano adoptó el principio “a trabajo igual salario igual”. Más adelante, en 1963, ratificó el Convenio 100 de la OIT, que consagra el principio “a trabajo de igual valor salario igual”, para los comparativos salariales entre hombres y mujeres. No obstante, tal ratificación no tuvo por sí misma efectos jurídicos como norma interna en el ámbito nacional, pues la Constitución de 1886 –vigente para entonces-, no reconocía tales efectos a los tratados internacionales de derechos humanos que fueran ratificados. Es sólo a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 que puede considerarse que el principio *TIV* rige en Colombia, ya que la nueva Carta le reconoce validez interna a ese tipo de tratados, dentro de los cuales se incluyen los de naturaleza laboral.

En este capítulo se examinará la adopción inicial, por la legislación y la jurisprudencia nacionales, del principio *TI*, así como su significado y alcances; luego se mostrará a partir de qué momento el estado colombiano adoptó el principio *TIV*, y cómo, a pesar de ello, la legislación ha ignorado ese hecho, persistiendo en continuar aplicando el principio *TI*, o bien confundiendo ambos principios. Se examinarán también criterios para determinar el salario que debe pagarse en Colombia por un trabajo igual o de igual valor y los aspectos procesales que en Colombia entraña la aplicación del principio de igualdad retributiva, particularmente el *onus probandi*. Finalmente, se propondrán las líneas generales de una política estatal para llevar a la práctica el principio *TIV*, para combatir de manera eficiente las discriminaciones retributivas, directas e indirectas, particularmente aquellas que perjudican a las mujeres.

1. El ingreso del principio de igualdad salarial a la legislación colombiana, bajo la acepción “*a trabajo igual salario igual*” (*TI*).

Aparte de los instrumentos adoptados por la OIT, la legislación laboral colombiana –al igual que las legislaciones laborales de muchos países latinoamericanos–, encuentran una de sus principales fuentes de inspiración en los principios señalados por el artículo 23 de la Constitución mejicana de 1917 y en la Ley Federal del Trabajo de México de 1931. (Barbagelata, 1985, p. 59). Por eso, el principio “*a trabajo igual salario igual*” (*TI*), que se encuentra tanto en la Carta mexicana citada, como en el artículo 86 de la mencionada ley, fue adoptado en Colombia desde los años 30 del siglo pasado.

1.1. La primera consagración del principio *TI* en Colombia.

El principio *TI* tuvo su primera aparición normativa en Colombia en la Ley 10 de 1934, que, junto con otras leyes emitidas desde principios del siglo, reguló varios aspectos de las relaciones laborales. En su artículo 17 decía:

En igualdad de circunstancias no puede concederse a los empleados extranjeros, por las entidades públicas o por empresas nacionales o extranjeras que trabajen dentro del país, mayores garantías o ventajas que las otorgadas a los empleados colombianos.

El Decreto 652 de 1935, reglamentario de esta ley, dijo en su artículo 30: “[e]ntiéndese por igualdad de circunstancias, para los efectos del artículo 17 de la Ley 10 de 1934, la equivalencia en la capacidad de trabajo”.

Nótese que el principio *TI*, como lo plantea el transcrito artículo 17, se dirige específicamente a vedar tratamientos retributivos diferentes entre trabajadores extranjeros y trabajadores nacionales, pero no se extiende a la interdicción de tratamientos retributivos discriminatorios entre trabajadores en general, sin distingos de nacionalidad. O sea que el tenor literal de este precepto consulta claramente el origen que tuvo el principio en México en 1906

-como se evidenció en el capítulo tercero-: enfrentar la segregación retributiva de que eran objeto los trabajadores nacionales frente a los extranjeros.

Llama la atención que, según la norma reglamentaria, el criterio para asimilar como iguales los dos trabajos que se comparan, es la igual “*capacidad de trabajo*”, sin reparar en otras circunstancias, como la jornada o el puesto iguales. La explicación puede estar en que el objetivo de la norma fue exclusivamente proscribir las diferencias retributivas en contra de los trabajadores colombianos y a favor de los extranjeros, que evidentemente estaban basadas en el prejuicio de que estos últimos, por el solo hecho de ser foráneos, tenían una mejor capacidad de trabajo que los primeros.

Posteriormente, el artículo 4º de la Ley 149 de 1936 (“por la cual se fija la proporción de empleados, contratistas y obreros colombianos en las empresas establecidas o que se establezcan en el país”), reiteró el principio *TI*, en el mismo marco comparativo del ya citado artículo 17 de la Ley 10 de 1934:

Cuando en una empresa haya empleados, contratistas y obreros permanentes de distintas nacionalidades, que desempeñen unas mismas funciones, los empleados, contratistas y obreros nacionales tendrán derecho a exigir remuneración y condiciones iguales y pago en la misma moneda.

Según esta norma, la igualdad retributiva se exige cuando ambos trabajadores –el extranjero y el nacional-, “*desempeñen unas mismas funciones*”, en contraste con la ley de 1934 y su reglamento, que requieren que ambos muestren “*equivalencia en la capacidad de trabajo*”. Evidentemente el *tertium comparationis* es diferente. Por vía jurisprudencial, el entonces existente Tribunal Supremo del Trabajo sentó el criterio de que el trabajador extranjero con quien se comparara el nacional, debía ocupar un cargo mediante un contrato de trabajo permanente y no transitorio y además que sólo era necesario que el desempeño de las

“mismas funciones” coincidiera en un tiempo dado y no necesariamente durante todo el tiempo que el trabajador nacional reclamaba²⁸¹.

Nótese, pues, que las dos primeras normas que en el país consagraron el principio *TI*, limitaron su aplicación al cotejo de condiciones retributivas entre trabajadores colombianos y extranjeros, pues no se promulgó para la época norma alguna que consagrara el principio de igualdad salarial para todos los trabajadores, independientemente de su nacionalidad²⁸².

La tercera consagración del principio *TI* en Colombia, fue mediante la Ley 6ª de 1945, que constituyó un compendio de las distintas normativas que hasta ese momento se habían expedido en materia laboral en el país. Esta ley –que fue el primer estatuto laboral colombiano–, abordó importantes materias, como el contrato de trabajo (que por primera vez había sido regulado por la Ley 10 de 1934, ya mencionada *supra*), las prestaciones a cargo del empleador para atender los riesgos inherentes al trabajo y normas sobre asociaciones profesionales y contratación colectiva. En su artículo 5º, la Ley 6ª consagra el principio *TI* en los siguientes términos:

La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

Según la norma transcrita:

²⁸¹ Sentencia del 1º de septiembre de 1952, MP Alejandro Córdoba Medina.

²⁸² Según Hernández (2006) la Ley 149 de 1936 buscó, con las limitaciones a la contratación de extranjeros -al lado de otras medidas de tipo diplomático-, llevar a la práctica una política restrictiva a la inmigración a Colombia de los europeos que huían de los conflictos que azotaban su continente por esa época. El motivo principal para la adopción de esta política, según este autor, fue prevenir el ingreso al país de personas de baja capacitación, así como de izquierdistas y anarquistas (pp. 236 y ss.).

i) La comparación debe hacerse entre las labores realizadas por trabajadores, independientemente de si son nacionales o extranjeros.

ii) El cotejo solo puede realizarse dentro de la misma empresa, y en caso de que ésta tuviere varias unidades en distintos sitios geográficos, el cotejo sólo podrá hacerse entre trabajadores ubicados en unidades que estén situadas dentro de la “*misma región económica*”. Con ello se excluyó la posibilidad de hacer parangones entre la labor realizada por trabajadores vinculados con distintos empleadores, o entre trabajadores que estuvieren subordinados a un mismo empleador, pero radicados en diferentes regiones.

iii) La norma plantea que si dos trabajadores ejecutan “trabajos equivalentes” ellos deben recibir igual salario, a menos que se justifique una mejor asignación para uno de ellos, con base en su capacidad profesional o técnica superior, su mayor antigüedad, su mayor experiencia en la labor, sus mayores cargas familiares o su mejor rendimiento.

Es notable que esta norma, a diferencia de su inmediata antecesora (la Ley 149 de 1936) y de la que le sucedió en el tiempo (art. 143 del CST), no habla de “mismas funciones”, ni de “trabajo igual”, sino de “trabajos equivalentes”. Estas expresiones no son semánticamente lo mismo, pues mientras las primeras se refieren a trabajos que poseen las mismas características, la última alude a la igualdad de dos trabajos pero “*en estimación, valor, potencia o eficacia*”, como define el Diccionario de la RAE la palabra “equivaler”. O sea, para que dos trabajos sean equivalentes no tienen que ser iguales, lo que induce a pensar que la intención del legislador de 1945 fuera más referirse a trabajos similares, semejantes, análogos o de igual mérito, que a trabajos iguales, en lo cual pareciera inspirarse más en la *Fair Labor Standards Act (FLSA)* estadounidense del 25 de junio de 1936, que en la Ley Federal del Trabajo mexicana de 1931. Incluso se acerca al enfoque de “*trabajo de igual valor*” que consagraría seis años más tarde el Convenio 100 de la OIT.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha considerado que, si bien las citadas normas tienen diferencias, la exégesis con respecto a ellas es común, puesto que considera que una y otra constituyen expresiones del mismo principio de “*a trabajo igual salario igual*”²⁸³. Es decir, la jurisprudencia colombiana siempre asimiló la “equivalencia de trabajos” a la “igualdad de trabajos”, aunque en reciente pronunciamiento –que aún no puede reputarse como doctrina consolidada–, la Sala de Casación Laboral asimila el “trabajo equivalente” al “trabajo de igual valor”²⁸⁴.

iv) Los anteriores criterios o *tertia comparationis* son los únicos válidos para marcar una diferencia salarial entre trabajos equivalentes y se prohíbe establecerla con fundamento en la nacionalidad, el sexo, la edad, la religión, la opinión política o las actividades sindicales.

Desde el punto de vista lógico y semántico, el art. 5° de la Ley 6ª de 1945 toma como punto de partida cuándo es justificable la diferencia salarial (“*las diferencias salariales... sólo podrán fundarse en...*”) y no cuándo es imponible su igualdad (“*el salario debe ser igual cuando...*”), que es –como se verá adelante–, el punto de partida del art. 143 del CST. O sea, el citado art. 5° señala cuándo dos trabajos deben ser considerados desiguales y justifican una dispar remuneración. Y en eso sin duda revela otro parecido –esta vez en la estructura lógica–, a la de la *Fair Labor Standards Act (FLSA)* estadounidense de 1938, aunque se diferencian en que, mientras la norma norteamericana se enfoca exclusivamente en las discriminaciones basadas en el sexo, la Ley 6ª de 1945 proscribire, además del sexo, las diferencias salariales fundadas en otros motivos irrelevantes.

²⁸³ Sentencia Rad. 44291 (24/04/2012).

²⁸⁴ Sentencia SL1327-2015, Rad. 44834.

La Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que el citado artículo 5° se aplica fundamentalmente a los trabajadores oficiales, ya que a los trabajadores particulares se aplica el art. 143 CST²⁸⁵.

1.2. El principio *TI* en el Código Sustantivo del Trabajo.

Luego de las primeras incursiones en el principio *TI* por parte de las mencionadas leyes de 1934 y 1936, el principio de igualdad salarial, en la acepción “*igual salario por igual trabajo*”, se introdujo de manera expresa en Colombia por el Código Sustantivo del Trabajo de 1950²⁸⁶. Su artículo 143 lo instituyó así:

A trabajo igual salario igual.

1. *A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el art. 127.*
2. *No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*

En la redacción de este precepto es palpable la influencia del artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917 (“*VII. Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad*”), pero sobre todo del artículo 86 de la Ley Federal del Trabajo de México de 1931²⁸⁷, que ordenaba²⁸⁸:

²⁸⁵ Sentencias Rad. 11928 (08/07/1999), 26437 (2/11/2006), 44291 (24/04/2012), entre muchas más.

²⁸⁶ Decretos legislativos 2663 y 3743 de 1950, proferidos por virtud del artículo 121 de la Constitución anterior (estado de sitio, por conmoción interior), y adoptados luego como legislación permanente por la Ley 141 de 1961.

²⁸⁷ También en 1931 se promulgó el Código de Trabajo de Chile, que en su artículo 36 estipuló: “*En la misma clase de trabajo, el salario del hombre y de la mujer serán iguales*”, es decir, literalmente restringe la aplicación del principio *TI* a los salarios devengados por mujeres y hombres.

²⁸⁸ La Ley Federal del Trabajo de 1970 conserva en esencia el mismo postulado del artículo 86 de la Ley de 1931.

(...) para trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual (...).sin tener en consideración edad, sexo o nacionalidad.

Pero aparte de esta influencia, es obvio también el ascendiente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 23.2 señala: *“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”*.

Debe anotarse que la Ley 1496 de 2011 (art. 7º) modificó el art. 143 CST en tres aspectos: cambió el enunciado del artículo (*“a trabajo igual salario igual”*), sustituyéndolo por *“a trabajo de igual valor salario igual”*; agregó la característica *“género”* a la lista de motivos discriminatorios, y adicionó un tercer numeral al artículo, según el cual se presume que todo trato retributivo diferente es injustificado, hasta tanto el empleador compruebe que tuvo razones objetivas para dispensarlo. Estas modificaciones se analizarán en acápite posteriores de este capítulo.

En las siguientes líneas se examinará el postulado *TI*, por haber sido esa acepción del principio de igualdad retributiva la que ha prevalecido en Colombia, a pesar de que –como se dirá más adelante-, el principio *TIV* fue adoptado en Colombia como norma interna válida a partir de la vigencia de la Constitución de 1991.

El principio *TI*, tal y como se plasmó en el original artículo 143 del CST, no es de aplicación automática o por ministerio de la ley²⁸⁹. Para que proceda su aplicación se requiere verificar en cada caso si los tratamientos salariales diferenciados de que sean objeto los trabajadores tienen su causa en motivos discriminatorios, pues de obedecer a razones legítimas y objetivas –como las indicadas por la propia norma-, no es argüible su vulneración.

²⁸⁹ Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, por ejemplo en las sentencias Rad. 19089 (13/12/2002), 24272 (10/06/2005), entre otras.

En efecto, de lo preceptuado en el art. 143 se concluye que el empleador puede convenir con sus trabajadores el salario y las prestaciones con las que va a retribuirles su labor, pero teniendo en cuenta que los trabajos que sean sustancialmente iguales deberá remunerarlos igual y los desiguales, desigual. O sea, si los supuestos de hecho que prevé la norma son los mismos para dos trabajadores, sus salarios deberán ser iguales y tales supuestos de hecho son: puesto, jornada y condiciones de eficiencia. Por el contrario, los salarios podrán ser desiguales si no reúnen todos los supuestos descritos²⁹⁰ (es decir, si existen elementos diferenciadores con relevancia jurídica, como por ejemplo que los puestos o las jornadas son diferentes, o que las condiciones de eficiencia son distintas). Pero en ningún caso la retribución podrá ser fijada con base diferente a las características del servicio mismo prestado por el trabajador. Con otras palabras, nunca una diferencia salarial podrá estar basada en criterios prohibidos, como “*edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales*”. La enumeración de estos motivos discriminatorios no es taxativa, sobre todo a partir de la promulgación en Colombia del Convenio 111 de la OIT²⁹¹, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Este instrumento internacional, además de señalar los motivos discriminatorios clásicos (“*raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social...*”), consagra una especie de cláusula general o “norma en blanco” antidiscriminatoria: “*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 (...)*”. Pero además, la jurisprudencia constitucional colombiana ha dicho que no solo están proscritos los

²⁹⁰ Sala de Casación Laboral CSJ, sentencia Rad. 19244 (05/03/2003).

²⁹¹ La ratificación del Convenio 111 de la OIT por Colombia se efectuó el 4 de marzo de 1969. Sin embargo, dado el dualismo propio de la Constitución anterior, dicho instrumento sólo se convirtió en norma interna válida y obligatoria hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, según la cual los tratados internacionales de naturaleza laboral debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna (art. 53 CP), o hacen parte del bloque de la constitucionalidad (art. 93 CP). Sobre el poder vinculante del Convenio 111, se harán consideraciones en el acápite 2 de este capítulo.

tratamientos salariales discriminatorios basados en los motivos sospechosos enumerados en el art. 13 superior, sino que también “*se prohíbe toda diferenciación que no pueda ser razonablemente justificada*”²⁹². La Sala Laboral de la CSJ también se ha pronunciado en el mismo sentido²⁹³.

1.3. Los *tertia comparationis* del art. 143 del CST.

El “*trabajo*” a que se refiere el art. 143 es “*la acción y efecto de trabajar*” (Diccionario RAE) y no el “puesto de trabajo” que ocupa el trabajador. O sea -como ya se anotó en el capítulo cuarto-, es la actividad personal desplegada por el trabajador en cumplimiento de su contrato de trabajo. Ahora bien: esa acción personal se verifica en el marco de un puesto de trabajo, dentro de una jornada y con un cierto grado de eficiencia. Bajo el art. 143, cuando esos tres elementos coinciden para varios trabajadores, los trabajos de todos ellos se considerarán iguales. El efecto del art. 143 deberá darse cuando, existiendo esa igualdad de los trabajos, uno o algunos de esos trabajadores devengan una retribución inferior a la del resto. En resumen, lo que se examina bajo el principio *TI* contenido en el art. 143, es si existen trabajos que se desempeñen en los mismos puestos y jornadas y con eficiencias iguales, pero que son desigualmente retribuidos.

Por eso es necesario que el trabajador que en tales circunstancias sea peyorativamente remunerado, compare su trabajo (su labor) con el de otro u otros trabajadores, que reciban una asignación salarial superior por el suyo, con el fin de constatar la señalada coincidencia en sus trabajos y así exigir una igual remuneración. Esos tres elementos (puesto, jornada y condiciones

²⁹² Sentencias T-394/1998 y T-335/2000, entre otras.

²⁹³ Sentencia Rad. 27724 (23/01/20017), entre otras.

de eficiencia) son los *tertia comparationis* que habrán de examinarse entre los trabajos que se comparan, para establecer si ellos son iguales o no. Se examinarán ahora esos elementos:

1.3.1. Puesto de trabajo igual.

“Puesto de trabajo”, para los efectos del principio *TI*, no es el sitio físico que puede estar asignado al trabajador, sino un concepto referido a la actividad (conjunto de funciones) que el trabajador tiene adjudicada dentro de la organización que le ha contratado o vinculado. En este sentido, el postulado *TI* exige que los trabajadores que se comparan desempeñen labores que correspondan a un mismo puesto de trabajo (por ejemplo, hornero, vendedor, auxiliar contable, conductor, piloto, gerente financiero, etc.). El aforismo *TI* no admite comparaciones entre trabajadores que ocupen puestos de trabajo diferentes. Sin embargo, para considerarse iguales esos puestos de trabajo no requieren rotularse o denominarse de forma igual. La igual denominación del puesto de trabajo desempeñado no significa que la labor sea necesariamente igual, pues ésta podría ser diferente²⁹⁴. Viceversa, también los cargos podrían ser denominados de manera distinta, pero si quienes los desempeñan bajo distintos rótulos, hacen de hecho lo mismo, los puestos se reputarán iguales²⁹⁵. Sostiene de la Cueva (1970), que cuando en un país existen sistemas de clasificación profesional por categorías, el simple hecho de que dos trabajadores estén cobijados por la misma categoría, si bien en principio esa circunstancia marca su remuneración, no es factor definitivo para determinarla, ya que además de su clasificación debe examinarse sobre todo el trabajo o labor que esos trabajadores realmente realizan (p. 657). Sería muy fácil evadir el cumplimiento del principio *TI*, con el simple expediente de asignar nombres formalmente distintos a los cargos, aunque sus titulares hagan el mismo trabajo. Tolerar lo anterior por parte de los jueces, constituiría una vulneración al

²⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-604/1998.

²⁹⁵ Sala de Casación Laboral CSJ, sentencias Rad. 7871 (15/02/1996) y 34520 (17/03/2009), entre otras.

principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, que consagra el art. 228 CP.

1.3.2. Jornada igual.

La jornada de los trabajadores que se comparen debe ser la misma. Según el art. 158 del CST, la jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de acuerdo, la máxima legal (8 horas diarias). El artículo 143, cuando habla de “*jornada*” se refiere a la jornada ordinaria, que es la pactada entre las partes y no entran en el comparativo los tiempos de trabajo suplementario. Es decir, los trabajos que se comparen deben ejecutarse con el mismo tiempo de dedicación. Jornada igual significa que los trabajadores que se comparan hagan su labor durante lapsos de tiempo iguales.

1.3.3. Condiciones de eficiencia iguales.

Las condiciones de eficiencia constituyen el factor nuclear del principio *TI*, porque están más específicamente referidas a la actividad personal del trabajador, que, como es obvio, depende fundamentalmente de éste. Por eso se dice que el puesto de trabajo y la jornada constituyen elementos objetivos, en tanto que las condiciones de eficiencia constituyen el elemento subjetivo del principio *TI*.

Si no se tuviera en cuenta el factor de eficiencia personal, la igualdad de los trabajos desempeñados se certificaría con solo comprobar que los puestos de trabajo son los mismos²⁹⁶ (salvo casos excepcionales)²⁹⁷, así como las jornadas, lo que no consultaría la justicia

²⁹⁶ Sala de Casación Laboral CSJ, sentencia Rad. 9255 (25/09/1997).

²⁹⁷ El solo demostrar que se desempeña el mismo cargo que otros y no se recibe el mismo salario que éstos, no impone la aplicación del principio *TI*, salvo casos excepcionales, como cuando a un trabajador, que desempeña el mismo puesto de trabajo que otros, se le mantiene indefinidamente congelado su salario, al paso que a sus colegas se les aumentan sus retribuciones, sin una razón objetiva para tal diferencia. En un caso como el descrito (la

distributiva, al no tenerse en consideración el rendimiento de cada uno de los trabajadores comparados, es decir, su esfuerzo representado en la cantidad y calidad de su trabajo. La remuneración –lo dice la Constitución en el art. 53–, debe reconocerse de manera proporcional “a la cantidad y calidad de trabajo”.

Entonces, aparte de que el puesto de trabajo y la jornada sean iguales, para poder considerarse que también lo son las labores desplegadas por dos trabajadores, es necesario que sus productividades también sean iguales. O sea, acogiendo lo dicho por el Diccionario Merriam-Webster (*Productivity*), que sea igual el grado o tasa en que los bienes son producidos o el trabajo completado.. Por la importancia de este elemento y porque muchas veces despierta confusión, el siguiente acápite se dedicará a examinar la noción de “*condiciones de eficiencia*”.

1.3.4. De las “condiciones de eficiencia” iguales, en particular. Medición, Eficiencia real y potencial. La antigüedad y la capacitación. Los escalafones salariales.

Los sujetos que se comparen deben realizar su labor con igual eficiencia. ¿Pero qué es eficiencia? Para entender esta noción es necesario compararla con otra, con la que usualmente se confunde: *eficacia*. La eficacia es el poder de lograr algo. Se dice que algo o alguien son eficaces cuando obtienen los fines para los que existen o las metas que se han trazado²⁹⁸. A su turno, la *eficiencia* es el logro de los fines u objetivos, pero con utilización óptima de los

empresa dispuso privar al demandante de su trabajo y mantenerlo cinco años sin aumento salarial, cuando a los empleados del mismo nivel profesional se les incrementaron sus salarios), salta a la vista una discriminación retributiva que debería llevar a la nivelación salarial. (Sala de Casación Laboral CSJ, sentencia del 10/12/1998. Exp 11173).

²⁹⁸ El Diccionario Merriam-Webster define *eficacia* (*efficacy*), como “*the power to produce a desired result or effect*” (el poder para producir un resultado o efecto deseados) (traducción libre del autor). (Merriam-Webster, *Efficacy*).

recursos dispuestos para ello²⁹⁹. Se puede ser eficaz (por obtener la meta), pero no eficiente (porque la meta se logra, pero no en el tiempo previsto, o se obtiene con mayores costos, etc.).

Sin embargo, el sentido que parece inspirar la expresión “*condiciones de eficiencia*” en el art. 143 CST es, indistintamente, el de eficacia o eficiencia, con lo cual acoge la sinonimia que el Diccionario de la Real Academia española le asigna a esas palabras³⁰⁰. O sea, si los trabajadores comparados desarrollan trabajos igualmente eficaces o eficientes, quiere decir que los ejecutan en igualdad de “*condiciones de eficiencia*”. Pero si, por ejemplo, el trabajador con quien se compara el pretensor desempeña su trabajo en mejores condiciones de eficiencia que las exhibidas por él, no habrá lugar a predicarse que ambos trabajos son iguales en ese aspecto. Nótese que, en esta acepción —que se ciñe rigurosamente al significado técnico de estas expresiones—, la palabra eficiencia denota una acción, es decir, una actuación práctica, real, tangible, por la cual se logra un determinado rendimiento en función de unas metas. Se es más o menos eficiente en la medida en que se obtengan logros o se realicen tareas demostrables, en mayor o menor medida acordes con lo esperado³⁰¹. No se consideran, entonces, en principio, la eficiencia o la eficacia meramente potenciales, o sea, aquello que podría suceder o existir. En ese último caso se podría hablar más de las probabilidades de que alguien pueda llegar a

²⁹⁹ El Diccionario Merriam-Webster define *eficiencia* (*efficiency*), como “*the ability to do something or produce something without wasting materials, time, or energy (...)*” (la habilidad para hacer o producir algo sin desperdicio de materiales, tiempo o energía) (traducción libre del autor). (Merriam-Webster, *Efficiency*). En la entrada *Productividad*, el Diccionario de la Real Academia española reconoce a esta última palabra un significado similar al que el primer diccionario citado le da a *eficiencia*: “*Econ. Relación entre lo producido y los medios empleados, tales como mano de obra, materiales, energía, etc.*”.

³⁰⁰ *Eficacia*: “*Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”. *Eficiencia*: “*Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado*”. (DRAE, *Eficacia*; *Eficiencia*)

³⁰¹ A esto se refiere la Encíclica *Mater et Magistra*, de Juan XXIII (1961), al señalar que, cuando se determine la remuneración justa del trabajo, ha de tenerse en cuenta “*la efectiva aportación de cada trabajador a la producción económica*” (párr. 71).

alcanzar las metas, merced a que posee los talentos, condiciones, conocimientos, habilidades o destrezas para obtenerlas.

La eficiencia y la eficacia se miden mediante evaluaciones del desempeño del trabajador, que son procedimientos sistemáticos y periódicos, cuyo objetivo es estimar cuantitativa y cualitativamente, tanto el grado de efectividad que logran los trabajadores en la ejecución de sus funciones, como su contribución a las metas de la organización, aparte de apreciar las cualidades del empleado³⁰². Existen múltiples métodos de evaluación del desempeño, desde sencillos hasta más complejos³⁰³.

Con el estricto alcance de eficiencia anotado (resultados tangibles en cantidad y calidad de trabajo), para demostrarla no serían, en principio, admisibles por si solas características predicables del trabajador pretendiente de nivelación salarial, cuando ellas no tengan un impacto práctico y demostrable en su desempeño, en comparación con otro trabajador, tales como el talento, la capacitación o formación académica y la experiencia. Debe recordarse – como se dijo *supra*-, que evaluar la eficiencia de un trabajador en su labor –según el sentido subyacente en el art. 143-, debe implicar apreciar *sus hechos* (trabajo... *desempeñado en...*) y

³⁰² La Sala Laboral de la CSJ, en la sentencia SL17462-2014, Rad. 44317 (10/12/2014), refiriéndose al sistema de “bandas salariales” existente en algunas empresas, sostiene que dicho sistema “*puede reputarse legítimo para establecer diferencias remuneratorias entre dos trabajadores que tienen el mismo puesto de trabajo, con la misma jornada, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: i) que los criterios de calificación sean objetivos –vale decir, que no impliquen segregación indebida, lo que significa que no sean contrarios a los principios y valores constitucionales y a las reglas legales; y ii) que el empleador compruebe que dichos criterios ha sido aplicados a los trabajadores objeto de comparación, de forma sistemática y periódica. No basta, pues, con acreditar la existencia de una política de remuneración, sin que se demuestre que ella ha sido aplicada regularmente a los trabajadores que se comparan*”.

³⁰³ Por ejemplo, la Organización Internacional de Normalización (ISO) ha diseñado la norma ISO 10667-1:2011, que establece procedimientos y métodos para la evaluación de personas en entornos laborales y contextos organizacionales (ISO 2011).

no sus potencialidades. Lo potencial, según el DRAE es la “*capacidad de llegar a ser*”, o “*aquello que está en calidad de posible y no en acto*”³⁰⁴. En el comparativo de lo que hacen un trabajador y otro, según el sentido del principio *TI*, el enfoque debe estar en lo fáctico, en lo que los trabajadores objeto de comparación *realizan* y no en lo que *podrían eventualmente realizar*.

Sin embargo, los jueces en distintos países y entre ellos la Sala de Casación Laboral de la CSJ de Colombia, han ampliado el alcance de la expresión “*condiciones de eficiencia*”, para cobijar factores como los mencionados³⁰⁵, que a menudo pueden ser elementos más de eficiencia “potencial” que de efectiva y actual. De esta manera, se presume la mayor eficiencia del trabajador con quien el accionante se compara, si se comprueba que el primero reúne alguno de tales factores, por lo que habría un motivo relevante o legítimo para que el empleador retribuyera sus servicios por encima de los del trabajador pretensor, cuando éste no reuniera talento, capacitación, formación académica o experiencia similares y comparables³⁰⁶.

Aquí se sostiene que, sólo en ciertos casos y no como regla general, factores como la mayor antigüedad o la mayor capacitación o formación académica o talento de un trabajador, deberían constituirse en motivos relevantes para un trato salarial diferenciado, en casos en que esos factores no repercutan, de manera tangible y demostrable, en su mejor desempeño actual.

Así, podría admitirse la antigüedad como factor significativo para una mejor remuneración por un trabajo igual, en dos situaciones: en primer lugar, cuando el empleador pretenda reconocer sistemáticamente la asiduidad constante de sus trabajadores, o sea, su aplicación

³⁰⁴ DRAE, *Potencia*.

³⁰⁵ Sentencias Rad. 23148 (24/05/2005), 24272 (10/06/2005) y 33673 (18/05/2009), entre otras.

³⁰⁶ La Sala de Casación Laboral de la CSJ colombiana ha admitido este concepto de “eficiencia potencial” como factor relevante para fundar una diferencia salarial, por ejemplo en la sentencia Rad. 24312 (19/05/2005).

perseverante al trabajo durante tiempos significativos, esto es, cuando el motivo de diferenciación retributiva sea la antigüedad del vínculo laboral en si misma³⁰⁷ y no la inferencia de que ella necesariamente acarrea un desempeño eficiente en el actual trabajo³⁰⁸. Una segunda situación sería cuando la experiencia acumulada en la actividad que es objeto del trabajo sea objetiva y verdaderamente un factor valioso e imprescindible para desempeñarlo de forma óptima. Es el caso de trabajos en los que la sola formación académica, sin una trayectoria práctica, no es suficiente para la ejecución confiable de la labor, pues la experiencia tiene un peso directo e inequívoco en la correcta realización de la labor. La experiencia no garantiza siempre una mayor eficiencia, pues para ello se requieren aptitud y actitud del trabajador, que le permitan derivar de ella aprendizajes y mejoras en su productividad. Por eso, el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo de Colombia expresó que *“el art. 143 del CST no condiciona el concepto de eficiencia al factor antigüedad ni tampoco al de experiencia como codeterminante de la capacidad laboral”*³⁰⁹.

No todos los oficios, para ser ejecutados de manera eficiente, requieren de una experiencia relevante y, por el contrario, hay muchos oficios que pueden desempeñarse con buenos niveles

³⁰⁷ Tal y como se establece en el *Equal Pay Act* (1963) en EEUU, cuando afirma que la diferencia salarial, entre otros motivos, podrá ser justificada *“where such payment is made pursuant to (i) a seniority system (...)”*.

³⁰⁸ La Sala de Casación Laboral de la CSJ ha dicho que la antigüedad, por si misma, no es fuente de derecho para reclamar un mejor tratamiento retributivo, pues, cuando más, será *“una expectativa si en el contexto laboral en el que se invoca, ella representa un elemento positivo”* (sentencia Rad. 27724 del 23/01/2007).

³⁰⁹ Y continúa (TST, 1956): *“La disposición contiene simplemente una referencia comparativa de resultado final, sin tener en cuenta factores intermedios que como la antigüedad y la experiencia bien pueden estar en relación directa, en un momento dado, con la facultad o aptitud laborativa del trabajador, pero sin que necesariamente la acompañen, porque nada impide que un trabajador menos antiguo y con menor práctica en el oficio sea tan hábil o aun supere en aptitud o capacidad a otro de mayor tradición en la empresa y de mayor experiencia en el trabajo”*.

de productividad, simplemente con una capacitación adecuada y una mínima experiencia. El Tribunal Supremo el Trabajo así lo sostuvo³¹⁰.

Así mismo, podría ser admisible un mejor trato retributivo por causa de la mayor capacitación o formación académica, cuando el trabajador esté proyectado por su empleador – y así se demuestre-, para la asunción futura de mayores responsabilidades y busque, por tal circunstancia, retenerle con mejores condiciones salariales o prestacionales. O sea, cuando el trabajador esté desarrollando un plan de carrera sistemático dentro de la organización, debido, por ejemplo, a su alto potencial. Desde luego, en estos casos, no es cualquier capacitación o formación la que pudiera justificar un trato retributivo diferenciado, sino solamente aquella encaminada claramente a fortalecer las capacidades y competencias del trabajador en función de ese plan de carrera, o futura trayectoria planeada dentro de la respectiva organización.

Otra situación en la que el talento, la capacitación o formación académica constituirían “eficiencia potencial” relevante -y por tanto constituirían sustento válido de una diferencia salarial-, sería el caso en que para la obtención de los resultados esperados en la respectiva actividad, se exigiera, objetivamente, tales características personales. Es el caso de ciertos oficios técnicos –en distintas disciplinas. La Corte Constitucional, por ejemplo, al referirse a las llamadas primas técnicas (remuneraciones suplementarias reconocidas a ciertos empleados, por razón de una formación altamente calificada, proveniente de estudios especializados o de la adquisición de una importante experiencia profesional o técnica³¹¹), ha dicho que ellas no

³¹⁰ Sigue diciendo el TST (1956): “Es lógico que la experiencia que es “el hábito que se adquiere de manejar y conocer asuntos y negocios, por el mismo uso y práctica de ello”, perfeccione el ejercicio de una determinada labor, pero este factor de tradición no es absolutamente riguroso, porque bien puede darse el caso, y en realidad se da, de que condiciones intelectuales y físicas especiales sustituyen y superan los efectos de la práctica”. (TST, 1956, núms. 142-144, p. 207).

³¹¹ Decreto 1661 de 1991, reglamentado por el Decreto 2750 del mismo año.

vulneran el principio *TI*, ya que con tales primas se trata de atraer y retener personas para el desempeño de cargos que demandan la aplicación de conocimientos especializados o para que asuman labores de dirección de especial importancia, con lo cual se busca la concreción de los principios de eficacia, moralidad, economía y celeridad (CP art. 209)³¹². En igual sentido se ha pronunciado la Sala Laboral de la CSJ³¹³.

Pero, por regla general, si dos trabajadores realizan la misma labor, en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales –o sea que en la práctica, ambos hacen lo mismo–, y, por ejemplo, por el solo hecho de tener un título académico uno de ellos devenga mayor salario, sin que ese título sea una exigencia objetiva del puesto de trabajo, y sin que ostentarlo se traduzca fácticamente en un mejor desempeño frente al otro trabajador (que no exhibe ese o similar título), no sería válida esa diferencia salarial entre ambos³¹⁴.

El cuestionamiento que aquí se hace a las calificaciones académicas, como factor que comprueba por si mismo y como regla general la mayor eficiencia, es sostenible sólo para los casos de comparación de trabajos, pero no para los procesos de selección de personal. En efecto, la ley puede exigir ciertos títulos académicos, capacitaciones, o determinada experiencia, para surtir ciertos cargos (requisito de ingreso), e igualmente los empleadores podrán hacerlo cuando dichas exigencias sean razonables y objetivamente relevantes para desempeñar el respectivo trabajo³¹⁵.

³¹² Sentencias C-100/1996 y C-313/2003.

³¹³ Sentencia Rad. 33167 (21/02/2012).

³¹⁴ La Sala Laboral de la CSJ se inclinó por esta postura en la sentencia SL16217, Rad. 45830 (26/11/2014).

³¹⁵ En la sentencia T-782/1998, la Corte Constitucional sostuvo que si los trabajadores que se comparan ocupan escalafones diferentes dentro de la misma profesión, ese solo factor es legítimo para sustentar un tratamiento retributivo diferente, aunque, en la práctica, todos ellos ejecuten la misma labor, en las mismas condiciones. Sin embargo, aclara que los trabajadores que se consideren discriminados salarialmente, por efecto de estar mal

Hay otra situación – ha dicho la Sala de Casación Laboral de la CSJ-, en la que no sería menester demostrar igual eficiencia que otro trabajador para pretender la aplicación del principio *TI*. Se trata de aquella en la que existan escalafones o sistemas de clasificación de puestos de trabajo, que estipulen el salario o salarios que correspondan a cada uno de ellos. En tales casos, el trabajador que desempeñe un cargo y pretenda ser remunerado con la asignación fijada para éste, no requerirá comparar su nivel de eficiencia con la de otro trabajador que reciba un mejor salario ocupando el mismo cargo, pues bastará comprobar el desempeño del cargo en las condiciones señaladas en el respectivo escalafón³¹⁶. Lo anterior es distinto al caso en que un trabajador que desempeña un determinado cargo y recibe la asignación correspondiente a éste, pretende la nivelación con el salario de otro cargo diferente, de superior categoría -y que por tanto tiene asignada una retribución mayor-, aduciendo que en la práctica desempeña este último. En tal caso, ha dicho la Corte, no basta con que el trabajador pretensor compare su desempeño con las funciones especificadas para el cargo a cuya asignación salarial aspira, pues será necesario que se compare concretamente con otro trabajador que desempeñe éste³¹⁷.

Habría finalmente otra circunstancia en la que, a pesar de que un trabajador realice la misma labor que otro, en jornada y condiciones de eficiencia iguales, el primero reciba una retribución inferior que el segundo, y es cuando aquel se encuentre surtiendo un período de entrenamiento³¹⁸, o incluso un período necesario para adquirir, de manera consistente, el nivel de eficiencia esperado. En tales situaciones –sostiene la Corte-, es razonable y proporcionado

clasificados, podrán recurrir a la jurisdicción correspondiente (contencioso administrativa en el caso concreto), para exigir la nivelación salarial.

³¹⁶ Sentencias Rad. 16502 (23/08/2001), 26437 (2/11/2006) y SL447-2013, Rad. 41089 (10/07/2013), entre otras.

³¹⁷ Sentencias Rad. 35593 (03/06/2009) y 40356 (08/05/2012).

³¹⁸ Ver en esta sentido la sentencia SL17462-2014, Rad. 44317 (10/12/2014).

que el trabajador devengue un salario inferior al que se reconoce a quien ya ha adquirido tal nivel de eficiencia.

1.4. ¿Sincronía o diacronía en los trabajos iguales?

El principio *TI* plantea la controversia de si los trabajadores cuyas labores se comparan deben estar realizándolas simultáneamente, o el cotejo podría hacerse con labores que se realizaron en el pasado.

Fue la Suprema Corte de Justicia de México –narra de la Cueva (1970)-, la que dilucidó inicialmente el asunto, en el sentido de que el principio *TI* era aplicable, tanto a trabajos coetáneos, como a trabajos no coincidentes en el tiempo. Posteriormente ese alto tribunal cambió su postura para admitir que tal principio es solamente aplicable a los casos de trabajos que se realizan simultáneamente (p. 658 y 659).

Para el tratadista mejicano, el principio *TI* sólo se aplica a trabajos que se realicen concomitantemente y no a los realizados asincrónicamente. Afirmar lo contrario –sostiene-, es confundir el principio *TI* con el principio de fijación de salarios, e ignorar que ambos se regulan por consideraciones diferentes. El principio *TI* –dice-, no puede ligar indefinidamente al empleador en beneficio de terceros con quienes éste pudiera en el futuro concertar un contrato de trabajo previa discusión de las condiciones de trabajo. Cabanellas (2001), el connotado iuslaboralista argentino, comparte este planteamiento (p. 614).

Por su parte, la jurisprudencia laboral colombiana se ha inclinado sistemáticamente por la tesis de la concomitancia y ha descartado la posibilidad de que la nivelación salarial proceda en caso de trabajos iguales que se ejecuten en momentos distintos. El caso típico es el de un trabajador que reemplaza a otro en el mismo cargo: la jurisprudencia ha dicho que, tanto el art. 143 CST como el art. 5º de la Ley 6ª de 1945, se aplican exclusivamente “a trabajadores que

en forma simultánea desempeñan la misma labor”, en jornada y condiciones de eficiencia iguales, de forma que el sucesor debe recibir el salario fijado o convenido, sin derecho a invocar a su favor esas normas *“para exigir que se le pague el mismo salario de su antecesor”*³¹⁹. El principio *TI* no persigue *“determinar de manera inmodificable la remuneración que corresponde a los distintos cargos o labores”*, de suerte que establecido un cargo y su retribución, *“conforme a las reglas de la contratación individual, tal estipulación regule obligatoriamente los conciertos posteriores”*³²⁰.

La Sala de Casación Laboral también sostiene que tanto el precepto contenido en el art. 143 CST, como el del art. 5º de la Ley 6ª de 1945, lo que pretenden es guardar la equidad, de tal forma que los trabajadores que al mismo tiempo desempeñan labores idénticas, con igual tiempo de trabajo y similar eficacia, *“no reciben remuneraciones diferentes, produciéndose un desequilibrio salarial injustificado”*³²¹. Aplicar el principio *TI* a casos de reemplazo –ha dicho–, equivaldría, ya no a cumplir el precitado principio, *“sino otro distinto: a cargo o puesto igual salario igual”*³²².

No obstante, y de manera excepcional, ese alto tribunal ha admitido la posibilidad de aplicar el principio *TI* entre un trabajador que aspira a la nivelación de su salario con quien ha sido su predecesor en el cargo: cuando ha existido en la empresa un sistema de escalafón o clasificación profesional, por el cual los dos trabajadores están cubiertos, y no obstante, por no

³¹⁹ Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Sentencia del 15/04/1968.

³²⁰ TST, sentencia del 06/04/1954. (Constaín, 1975, Vol. III, pp. 410, párr. 2528).

³²¹ Sentencia de 15/04/1968.

³²² Sala de Casación Laboral CSJ, Sentencia de 30/03/1971.

haber sido aplicado debidamente dicho sistema al trabajador que sucede en el cargo, a éste se le reconoce un salario inferior al que le correspondería³²³.

1.5. El principio *TI* en el trabajo de colombianos y extranjeros, en el CST.

El CST, continuando la línea trazada por las leyes 10 de 1934 y 149 de 1936, también introdujo el principio *TI* para los trabajadores nacionales y extranjeros. Lo incluye en el inciso de su art. 74:

Proporción e igualdad de condiciones. 1. Todo empleador que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza.

Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales.

El inciso utiliza prácticamente la misma expresión que usó la Ley 149 de 1936 para señalar el parámetro que ha de tenerse en cuenta para definir la igualdad salarial entre trabajadores colombianos y extranjeros: “*que desempeñen iguales funciones*” (la norma del 1936 hablaba de que “*desempeñen unas mismas funciones*”). Pero nótese que la norma del Código no impone expresamente las exigencias de “*jornada y condiciones de eficiencia también iguales*”, lo que obliga al intérprete a acogerlas dentro de un ejercicio hermenéutico sistemático.

Al aplicar el art. 74 CST, el juzgador debe verificar si la diferencia retributiva del trabajador nacional con el extranjero radica o no en un motivo objetivo y relevante. Es decir, la regla de dicho artículo no procede de forma automática³²⁴.

³²³ Sentencia SL17462-2014, Rad. 44317 (10/12/2014).

³²⁴ Sala de Casación Laboral CSJ, sentencias Rad. 25741 (15/02/2006) y 25742 (25/04/2006), entre otras.

De otro lado, el inciso del art. 74 habla de que los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los trabajadores extranjeros dentro de la misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y “condiciones iguales”. Esta última expresión hay que referirla, según plantea González Charry (1991), a las propias del contrato de trabajo, que incluyen las prestaciones sociales que de él se derivan (p. 127).

Según el mismo tratadista colombiano, el origen o motivo de esta norma, que es el mismo de los preceptos de 1934 y 1936 antes descritos, ha sido la práctica de pagar a los trabajadores extranjeros que desempeñan las mismas funciones que sus pares colombianos, o bien un salario superior a los de éstos, o un salario en moneda extranjera –generalmente de mayor valor de cambio, lo que representa una mayor remuneración-, mientras a los nacionales se les paga en moneda colombiana. Esta ventaja para los extranjeros repercute en un mayor valor relativo de sus prestaciones sociales, al ser liquidadas en moneda extranjera.

El inciso del art. 74 del CST sobra, porque el art. 2º del mismo código señala que el régimen laboral colombiano “*rige en todo el territorio de la República, para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad*”, lo que significa que la disposición contenida en el art. 143 es suficiente para imponer el principio *TI* a las remuneraciones de trabajadores extranjeros y colombianos.

1.6. ¿Hay excepciones al principio *TI*?

Ahora bien: ¿siempre que se realice un trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe devengarse un salario igual? La respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, pues, aun dándose tales factores, podrán existir otros, de carácter objetivo –no subjetivo ni arbitrario-, que ameriten legítimamente un tratamiento salarial disímil.

Así, según la Sala de Casación Laboral de la CSJ, no siempre que se cumpla con los parámetros exigidos (igualdad en puesto, jornada y eficiencia), se aplica el principio *TI*, ya que –señala-, cuando los trabajadores están sujetos a regímenes jurídicos diferentes, el principio no se aplica. Al respecto, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema ha distinguido tres situaciones: el diverso régimen de cesantía, la sujeción a distintas convenciones colectivas y situaciones derivadas también del cumplimiento de estipulaciones específicas de convenciones colectivas, o que se generen por reestructuraciones empresariales o intervenciones administrativas.

Ha dicho la Sala que el distinto régimen de cesantía que rija para los trabajadores, es motivo relevante y no discriminatorio para establecer una diferencia salarial, entre quien está amparado por el sistema retroactivo anterior (DL 2351/1965, art. 17) y no se traslade al nuevo régimen de cesantía consolidada (Ley 50/1990, artículos 98-2-, 99 y ss.), y el trabajador que esté regulado por este último. Ello por la incidencia que tiene el porcentaje de incremento salarial sobre el total de la remuneración, ya que el art. 143 “*básicamente reconoce una relación de equivalencia de valores prestacionales conmutativos*”, en cuanto a la fuerza de trabajo dispuesta por el trabajador y la retribución pagada por el empleador³²⁵. También lo ha sostenido así en diversas decisiones de tutela. Si dos trabajadores están sometidos a diferentes regímenes de cesantía –sostiene la Corte Suprema-, están sujetos también a dos regímenes jurídicos disímiles, por lo que el tratamiento salarial podrá también ser legítimamente dispar, a menos que obliguen a lo contrario una convención colectiva, un laudo arbitral o una disposición gubernamental³²⁶. La Corte Constitucional colombiana, por su parte, ha defendido –en posición que aquí se comparte-, la tesis contraria: atenta contra el principio de igualdad y no

³²⁵Sentencias Rad. 7807 (07/02/1996), 9676 (24/09/1997), 27724 (23/01/2007) y 32249 (22/07/2009), entre otras.

³²⁶ Sentencias Rad. 8793 y 8798 (30/09/1996) y 10804 (11/08/1998).

discriminación el imponer un trato retributivo distinto e inferior a un trabajador, por causa de que éste decide mantenerse en el régimen tradicional de cesantías³²⁷.

La segunda excepción prevista por la Corte Suprema de Justicia, se presenta cuando la diferencia salarial está estipulada en una convención o pacto colectivos, o en un laudo arbitral. ¿Podrían acordarse en convenciones o pactos colectivos cláusulas que redunden en contra del principio *TI*, por establecer tratamientos retributivos desiguales por un mismo trabajo?³²⁸ La Sala de Casación Laboral de la CSJ ha dado una respuesta afirmativa a esta pregunta, aunque en los últimos tiempos ha matizado esta posición. En su postura inicial, ha dicho que “*es jurídicamente viable que en la misma empresa existan diferencias en el régimen salarial y prestacional de los trabajadores sin que ello implique violación del principio de igualdad*” y que, si llegare a haberla, será la jurisdicción ordinaria la que debe ocuparse de resolver, en los casos concretos, la aplicación del principio de igualdad³²⁹. Además, con respecto a las competencias de la propia Corte, al desatar el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral que instaure un régimen salarial contrario al art. 143 CST, la misma corporación

³²⁷ Así lo ha dicho por ejemplo en las sentencias SU-509/95, T-418/96 y SU-519/97, entre otras. En varias de las sentencias, se han formulado distintos salvamentos de voto, en los que se afirma que la aplicación del principio *TI*, concretada en una orden de nivelación salarial, no puede decretarse por vía general, sino que debe partir del análisis de cada situación individual, de forma que se realice una concreta comparación del trabajo de cada trabajador con el de otro u otros.

³²⁸ El art. 61 del Decreto 1469 de 1978 establece que “[t]ampoco la existencia del pacto colectivo podrá alterar la aplicación del principio según el cual a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condición de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”.

³²⁹ Sentencias de casación Rad. 10970 (21/10/1998) y de anulación Rad. 9735 (30/07/1997) y 20837 (10/04/2003), entre otras.

judicial ha sostenido que dicha transgresión “*representaría un conflicto jurídico, que no económico, que no puede ser tenido en cuenta en este recurso de anulación*”³³⁰.

En pronunciamientos posteriores ese alto tribunal de la justicia ordinaria reconoce que, dada la irradiación que sobre todo el ordenamiento jurídico tienen los derechos fundamentales, los tribunales de arbitramento deben velar por el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación, ya que no puede consultar la equidad –parámetro que rige a los árbitros-, instaurar un trato discriminatorio, por lo que, en desarrollo de su misión,

(...) los beneficios contenidos en una convención colectiva de trabajo que rigen en determinada empresa, pueden servirle de referencia o de parámetro a los árbitros en trance de solucionar un conflicto colectivo suscitado entre esa misma empresa y otro sindicato que en ella también funcione”³³¹.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia considera que pueden existir otras circunstancias que objetivamente justifiquen una diferencia salarial entre trabajadores que desempeñen el mismo puesto en iguales condiciones, como la observancia por la empresa de obligaciones contraídas por ella en una convención colectiva, que repercute en situaciones retributivas

³³⁰ Sentencia Rad. 20072 (29/10/2002) y Rad. 21913 (08/07/2003). La Corte Constitucional ha sostenido (sentencia T-102/1995), que “*las controversias sobre el principio a trabajo igual salario igual corresponde juzgarlas a la jurisdicción ordinaria laboral, y, por vía de tutela sólo cabría como mecanismo transitorio.*”

³³¹ Sentencias de anulación Rad. 50795 (28/02/2012) y 55501 (04/12/2012).

disímiles³³², o la existencia de reestructuraciones empresariales o intervenciones administrativas³³³.

No hay duda que, en principio, las convenciones colectivas y otros actos de voluntad entre empleadores y trabajadores deben respetar los postulados iusfundamentales, entre ellos, y de manera particular, los emanados del art. 13 superior, que consagra el principio de igualdad y no discriminación. La propia Carta lo señala de forma nítida en su art. 53: *“La ley, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*.

En esa línea, la Corte Constitucional ha sostenido que el principio *TI* emana del art. 13 de la CP³³⁴ y que en virtud de ese canon superior, así como también del art. 53 antes citado, el legislador podrá expedir uno o varios regímenes que regulen las relaciones laborales de los trabajadores tanto del sector público como del privado, pero siempre y cuando ellos acaten las normas constitucionales y garanticen los principios mínimos fundamentales contemplados en

³³² Por ejemplo, en la sentencia Rad. 24300 (24/03/2006), la Corte no casó una sentencia del *ad quem*, al considerar que una diferencia retributiva entre el demandante y aquel con quien él se comparó, era legítima, pues ambos habían sido vendedores inicialmente (aunque con distintos rendimientos y eficiencias), pero una modificación en la estructura comercial de la empresa había obligado a prescindir de los cargos que ellos venían desempeñando y a la reubicación de ambos en el área de producción. Dicha reubicación obedeció, de un lado, a la intención del empleador de conservarles el empleo a ambos y, de otro, a la observancia de obligaciones convencionales que imponían conservar a cada trabajador su respectivo promedio de ingreso básico. En la sentencia Rad. 40192 (02/08/2011), la Corte consideró razonables las diferencias salariales originadas en un “plan de racionalización”, acordado entre la empresa y el sindicato en la respectiva convención colectiva.

³³³ En la sentencia SL5464, Rad. 46853 (06/05/2015), la Corte consideró razonables las diferencias salariales que tuvieron su origen en una reestructuración administrativa del empleador y en la sentencia SL6570-2015, Rad. 45894 (06/05/2015), apreció como acertada la decisión del *ad quem* al considerar que la toma de posesión administrativa sobre una cooperativa, era causal “*objetiva y relevante*” para no asignar cierto salario a quien había sido promovido a un cargo que tenía asignada una retribución superior.

³³⁴ Sentencias C-071/93, T-079, T-102, T-143 y T-553/1995; C-100 y T-466/1996; T-005, T-330 y SU-519/1997; T-335 y T-439/2000, entre otras.

el artículo 53 superior, *“cuya finalidad protectora cubre a todos los trabajadores, cualquiera que sea el régimen al que deban sujetarse”*³³⁵. Respetando lo anterior, pueden promulgarse diferentes regímenes jurídicos para regentar diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que necesariamente por ello se transgreda el principio de igualdad³³⁶.

Ha sostenido también el tribunal constitucional que del precepto *TI* se deriva *“una radical disminución de la autonomía del empleador, particularmente, en cuanto se refiere a la definición de las condiciones de trabajo”*³³⁷, entre ellas la remuneración, por lo cual las diferencias salariales entre trabajadores que se encuentren en igualdad de condiciones deben obedecer a justificaciones objetivas y razonables³³⁸. De ello ha derivado que, como regla general, ni por disposición del empleador, ni por acuerdo entre éste y el trabajador, o por lo acordado en convención o pacto colectivos, puede evadirse el cumplimiento del principio *TI*³³⁹. Es decir, *“la justificación del trato diferenciado no puede radicarse en argumentos meramente formales, como la denominación del empleo o la pertenencia a regímenes aparentemente diferentes”*³⁴⁰.

Sin embargo, el alto tribunal constitucional ha señalado que el principio *TI* no se aplica cuando las diferencias salariales estriben en regímenes jurídicos distintos, a los que estén sometidos trabajadores que desempeñen trabajos iguales, en jornada y con condiciones de

³³⁵ Sentencias C-055/1999 y C-313/2003.

³³⁶ Sentencia C-654/1997, relativa a diversos regímenes prestacionales para el personal de la Policía Nacional.

³³⁷ Sentencia T-335/2000.

³³⁸ Sentencias T-782/1998 y T-097/2006.

³³⁹ Sentencia SU-509/1995.

³⁴⁰ Sentencias T-335/2000 y T-103/02.

eficiencia también iguales, cuando dichos regímenes hayan sido legítimamente creados en convenciones colectivas antes de una fusión empresarial y mientras ellos conserven su vigencia. Las convenciones colectivas merecen especial protección del orden jurídico, de lo cual se deriva que una decisión judicial de tutela no puede desconocerlas, si ellas han nacido conforme a las normas que les sirven de fundamento, “*salvo que afecten derechos fundamentales*”. En eventos como ese –afirma la Corte–, hay diferencias “*razonable y objetivamente fundadas*” entre los distintos regímenes salariales, por lo que el principio *TI* sólo será aplicable entre trabajadores amparados por cada convención colectiva, y no entre todos los trabajadores vinculados a la empresa, ya que “*el juez de tutela no puede hacer un test de razonabilidad entre diversos sistemas normativos consagrados en cada convención*” y es a la jurisdicción ordinaria laboral a la que compete juzgar la validez de la existencia de cada uno de los diferentes regímenes salariales pactados en las convenciones³⁴¹.

1.7. La extensión del principio *TI* a los ítems pensionales.

En temas pensionales, la Corte Constitucional ha sostenido que existe el principio “*a trabajo igual pensión igual*”, como derivación del principio laboral “*a trabajo igual salario igual*”.

³⁴¹ Sentencia T-540/2000. En este caso, la Corte revisó peticiones de tutela instauradas por trabajadores de una empresa que había absorbido a otras tres empresas de su sector y se había fusionado con ellas, por lo cual coexistían cuatro regímenes pensionales de origen convencional. En el acuerdo de transferencia de activos y en el de sustitución patronal se había pactado mantener “*la diversidad de regímenes salariales*”. Los accionantes pedían la nivelación salarial con trabajadores amparados por otras convenciones colectivas en vigencia al momento de verificarse la fusión, nivelación que fue denegada por los fallos de instancia, los cuales la Corte confirma. Por su parte, la Sala Laboral de la CSJ acepta igualmente que pueden conservarse las diferencias retributivas, aunque se trate de trabajos iguales, cuando, en el caso de fusiones empresariales, ellas sean cimentadas en convenciones colectivas celebradas antes del proceso de fusión y durante la vigencia de éstas. (sentencia Rad. 24425 del 25/04/2006).

Esto significa, en esencia, que los montos pensionales de las personas deben guardar consistencia con el trabajo realizado por ellas durante su vida productiva. Lo anterior significa que ninguna persona debería percibir una pensión que no correspondiera al tiempo que ella trabajó y cotizó al sistema de seguridad social.

Sin embargo este principio extendido a las pensiones no es absoluto, ha dicho la Corte Constitucional. Su relatividad se debe –sostiene-, a que la seguridad social es un servicio público, que como tal, está regido también por los principios de continuidad y universalidad, los que a su vez se traducen en el principio de solidaridad. Tales principios amplían la libertad de configuración del legislador y le permiten “*establecer regímenes diferentes entre personas que realizaron las mismas labores durante su vida, con la única diferencia de haberse pensionado en momentos distintos*”. Con ello se busca garantizar que los recursos del sistema sean suficientes para cubrir permanentemente las mesadas de toda la población pensionada³⁴².

Esta tesis subyace en varias sentencias de ese alto tribunal constitucional en materia pensional, dentro de las cuales merece particular mención la que declaró la inexecutable parcial del art. 17 de la Ley 4ª de 1992, relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación correspondiente a senadores y representantes (y por ende a magistrados de altas cortes y de otros funcionarios). La citada norma señalaba que la asignación pensional, su reajuste o su sustitución, no podían ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que el congresista devengara “*durante el último año*” de servicios “*y por todo concepto*”³⁴³, expresiones que -en sentir de la Corte-, contravenían el principio de igualdad y no discriminación, al instaurar, sin razones objetivas y válidas, un régimen diferente. Además,

³⁴² Sentencia T-022/2001.

³⁴³ En la sentencia C-608/1999, la Corte Constitucional estableció que la única base para calcular la pensión de los congresistas era la “asignación” señalada por el art. 187 de la CP, lo que condicionaba el alcance de la expresión “*por todo concepto*” incluida en el art. 17 de la Ley 4ª de 1992.

ordenaba que tales pensiones se ajustarían anualmente conforme al incremento del salario mínimo, cuando, según la Ley 100 de 1993, art. 14, las pensiones, tanto del régimen de prima media como aquellas del régimen de ahorro individual con solidaridad, deben ajustarse anualmente según la variación del índice de precios al consumidor (que frecuentemente es inferior al del salario mínimo). Todo ello conducía a montos pensionales mucho más altos con respecto al promedio del resto de la población –la mayoría de ellos por encima del tope de 25 smlm previsto por el Acto Legislativo # 1 de 2005-, que no guardaban “*relación de proporcionalidad con las cotizaciones efectuadas por sus titulares durante su vida laboral*”³⁴⁴.

2. La incorporación del principio “*a trabajo de igual valor salario igual*” (TIV) al ordenamiento jurídico colombiano.

La recepción del principio “*a trabajo de igual valor salario igual*” (TIV) ha tenido un proceso dilatado en Colombia, desde el momento en que se ratificó el Convenio 100 de la OIT en 1963, hasta su consagración legal –dubitativa, como se verá luego-, en 2011. No obstante, dicho principio dista mucho de aplicarse en la actualidad, es decir, de ser realmente operativo. He aquí ese tortuoso derrotero:

2.1. La ratificación por Colombia de los convenios 100 y 111 de la OIT y su efecto inane bajo la Constitución de 1886.

A diferencia de la actual Constitución, la Carta de 1886 –aún con las reformas de corte social que se le introdujeron sobre todo en 1936-, era una Carta marcadamente liberal, que por lo mismo perfiló un estado caracterizadamente distanciado de los avances que en el ámbito internacional comenzaban a tener lugar en materia de derechos humanos. A esto último

³⁴⁴ Sentencia C-258/2013.

contribuyó decisivamente el carácter dualista de las relaciones del estado colombiano con el Derecho Internacional.

En efecto, la doctrina *dualista o pluralista*, a la que se adscribió el estado colombiano hasta la Constitución de 1991, sostiene que el Derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos absolutamente separados e independientes, cuyos fundamentos de validez y destinatarios son diferentes (Verdross, 1980, pp. 95 y ss.). Mientras las normas del primero se generan conforme a un procedimiento internacional y obligan sólo a los sujetos de éste, es decir, a los estados y a los organismos internacionales, el derecho nacional se fundamenta en la Constitución del estado, única que puede originar derechos y deberes para los individuos.

En contraste con el dualismo que caracterizó la Carta de 1886, la de 1991 es monista en lo que respecta al efecto interno del derecho internacional de los derechos humanos. Existen dos clases de monismo, según Verdross (1980): el llamado monismo *radical*, según el cual la norma nacional se subordina a la norma internacional, de manera que si la primera es contraria a la segunda, aquella es nula *de iure*; y el denominado monismo *moderado*, conforme al cual, si la norma nacional es contraria a la internacional con la que el estado está obligado, la primera no pierde validez por esa circunstancia en la esfera interna, pero el respectivo estado incurrirá en transgresión de sus obligaciones internacionales, lo que le acarrea consecuencias mientras subsista dicha vulneración (pp. 98 y ss.). Colombia se adscribe al monismo moderado, tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional³⁴⁵.

La circunstancia de que un país se adscriba al dualismo o al monismo en Derecho internacional, tiene profunda importancia para definir el momento a partir del cual las normas del instrumento internacional impactan su ordenamiento jurídico interno como normas válidas en éste. Así, en el dualismo –dada la absoluta independencia o autonomía que hay entre los

³⁴⁵ Sentencia C-400/98.

ámbitos jurídicos internacional y nacional, ya anotada-, la ratificación de un tratado, si bien genera obligaciones para el respectivo estado en el plano internacional, no tiene por si misma ningún efecto en el ordenamiento jurídico nacional. Para que lo tenga, la norma internacional, luego de ser ratificada por el estado, habrá de ser necesariamente reproducida por éste mediante actos jurídicos internos (es lo que se llama incorporación legislativa o especial). En cambio, en el monismo –tanto en su vertiente extrema como en la moderada-, la ratificación del instrumento internacional tiene por efecto la inserción o incardinación de éste como norma interna válida, es decir, como norma jurídica integrante del ordenamiento jurídico nacional (la denominada incorporación automática). O sea, no es técnicamente necesario reproducir internamente la norma internacional luego de su ratificación –por medio de ley, decreto, u otro acto normativo-, sin perjuicio de que su adecuada implementación requiera de la ulterior expedición de normas de tipo reglamentario (como las que eventualmente requiere cualquier ley), o incluso de leyes.

En cierto momento durante la vigencia de la Constitución de 1886, algún sector de la doctrina nacional cuestionó el talante dualista de ésta y sostuvo que en Colombia regía el monismo³⁴⁶. Incluso en 1978, el Decreto 1469 de ese año tuvo la osadía de reglamentar directamente las leyes 26 y 27 de 1976, aprobatorias de los convenios 87 y 98 de la OIT, sin que se hubieran expedido normas legales que incorporaran esos instrumentos luego de ser

³⁴⁶ Por ejemplo, el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre una demanda de nulidad contra el Decreto 1469 de 1978, expedido “*en desarrollo de las leyes 26 y 27 de 1976*” (que aprobaron, respectivamente, los Convenios 87 y 98 de la OIT), dijo: “(...) *nuestra legislación no exige (...) ningún otro requisito para que el Convenio pueda ser considerado como ley interna, esto es, para que pase a ser parte integrante de la legislación colombiana, pues la ley aprobatoria del convenio o convenios forma con ellos un solo cuerpo, sin que sea posible pasar inadvertido que no existe precepto alguno constitucional ni legal que exija, fuera de la ley aprobatoria de los convenios internacionales, otra que los desarrolle, para que puedan regir dentro de nuestro derecho interno (...)* No se ve razón alguna para afirmar que es necesario dictar otro estatuto a fin de desarrollar las reglas de derecho contenidas en el convenio, pues como ley interna que es modifica tácitamente la legislación existente en lo desfavorable (...)”. (Consejo de Estado, 21/10/1980).

ratificados. Sin embargo, como precisa Molina (2005), el debate finalmente se resolvió en favor de la doctrina dualista, sostenida a la sazón por la mayor parte de la doctrina³⁴⁷ y por los pronunciamientos jurisprudenciales mayoritarios (pp. 300 y ss).

Los convenios 100 (de 1951) y 111 (de 1958) de la OIT, son, como ya se ha explicado antes, las dos más importantes, específicas y pioneras normas internacionales en materia de igualdad en el terreno laboral. El primero consagra el principio *TIV* –concretamente para los salarios de hombres y mujeres, ya estudiado en los capítulos precedentes-, y el segundo legisla sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. Ambos fueron ratificados por Colombia bajo la vigencia de la Constitución de 1886, pues el primero, luego de ser aprobado por la Ley 54 de 1962, fue ratificado el 7 de junio de 1963, y el segundo, después de aprobarse mediante la Ley 22 de 1967, lo fue el 4 de marzo de 1969³⁴⁸. Sin embargo, a pesar de tales ratificaciones –por la ya descrita doctrina dualista imperante en ese tiempo en Colombia-, su efecto jurídico interno, como normas válidas y obligatorias, fue absolutamente vano.

En efecto, conforme al dualismo imperante en la época, correspondía al Estado colombiano, después de ratificar esos instrumentos internacionales, reproducir su contenido en el ordenamiento interno, mediante leyes en sentido material o en sentido formal. Mientras no lo hiciera, las normas contenidas en esos tratados, así hubiesen sido ratificados por Colombia, no ingresaban al ordenamiento jurídico interno del país. El hecho evidente es que durante la

³⁴⁷ Por ejemplo, Guillermo González Charry, destacado doctrinante laboralista colombiano afirmaba: “*No puede sostenerse, como lo hacen algunos, que el solo tratado internacional, por el hecho de suscribirse, es norma aplicable en materia de relaciones sociales; porque en ese terreno, como ocurre en los demás en que intervienen tratados de esa índole, es una ley del Congreso la que viene, con su aprobación, a darle el carácter de ley de la República; de manera que mientras tal tratado no haya sido refrendado con el carácter de ley de la República, no es aplicable ni sería jurídicamente imputable su aplicación al Estado*” (p. 78).

³⁴⁸ Tanto el Convenio 100 como el 111 solamente fueron promulgados en 1997 (Diarios Oficiales números 43.069 y 43.073, de junio 26 y julio 1º de 1997, respectivamente), con lo cual, según la Ley 7ª de 1944, se convirtieron en normas internas.

vigencia de la anterior Constitución, Colombia nunca reprodujo en normas internas las disposiciones de esos dos convenios, ni adoptó medida alguna para llevarlos a la práctica. Este incumplimiento del estado colombiano a sus obligaciones derivadas de tales instrumentos internacionales, produjo que la OIT, mediante su Comisión de Expertos (CEACR), emitiera tanto observaciones como solicitudes directas al país, apremiándole para que honrara sus compromisos con esa organización, el primero de los cuales era hacer internamente operativas las normas de esos convenios³⁴⁹. En 1990, por ejemplo y con referencia específica al Convenio 100, la CEACR reprochó a Colombia el hecho de que el art. 143 del CST siguiera consagrando el principio *“a trabajo igual salario igual”*, que no es equivalente al principio *TIV* entronizado por dicho convenio. Refiriéndose a esta discordancia, señalaron los expertos: *“de conformidad con el Convenio, el principio de igualdad de remuneración se aplica no sólo a trabajos iguales o similares sino también a los que tengan naturaleza diferente pero [que] sean de valor igual”*. (OIT-CEACR, 1990).

2.2. La incorporación como norma interna superior colombiana del principio *TIV*, contenido en el convenio 100 de la OIT, por virtud de la Constitución de 1991. Su integración al bloque de la constitucionalidad.

Una de las más importantes características de la Constitución colombiana de 1991 es su internacionalización en el tema de los derechos humanos, con lo cual marca diferencia radical con su antecesora de 1886.

³⁴⁹ Según el art. 19-5-e) de la Constitución de la OIT, el Estado Miembro de la Organización que obtenga la aprobación del convenio respectivo, por parte de las autoridades nacionales, procederá a ratificarlo y luego *“adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”*.

Existen en la actual Carta dos preceptos que concretan la mencionada internacionalización: los artículos 93 y 53, inciso cuarto.

La primera norma dice, en lo concerniente a la materia aquí tratada:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En el texto transcrito, se distinguen dos diferentes efectos que la Constitución reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos: por virtud del primer inciso, ciertos instrumentos internacionales “prevalecen” en el ordenamiento jurídico interno; por el segundo, la Carta ordena que los tratados internacionales de derechos humanos sean el parámetro perentorio para interpretar los derechos y deberes consagrados por ella.

La prevalencia en el orden interno a que se refiere el primer inciso de la norma citada, significa que esos tratados internacionales, debidamente ratificados, poseen jerarquía de normas rigurosamente constitucionales. Es decir, hacen parte del bloque de la constitucionalidad *stricto sensu*³⁵⁰.

Ahora bien, para ser integrante del bloque de la constitucionalidad *stricto sensu*, un tratado internacional -según el claro sentido literal del primer inciso del art. 93 superior-, requiere que, además de ser ratificado, reúna dos condiciones: que reconozca derechos humanos y que prohíba la limitación de éstos durante los estados de excepción. Lo anterior quiere decir que solamente los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos –y no los que

³⁵⁰ Corte Constitucional, sentencias C-225/95, C-191/98,

desarrollen otras materias, como asuntos limítrofes, de intercambio científico, militares, de telecomunicaciones, de comercio, etc.-, serán en Colombia equivalentes a normas estrictamente constitucionales, siempre y cuando esos tratados estipulen que los derechos que ellos contienen no puedan limitarse durante los estados de excepción³⁵¹.

De otro lado, el inciso segundo del art. 93 superior asigna a los tratados internacionales de derechos humanos la función de constituir elementos hermenéuticos para determinar el alcance de los derechos y obligaciones contenidos en la Carta³⁵². En esta última categoría de tratados internacionales se inscriben también aquellos que no tienen carácter intangible, como los señalados en el inciso primero de esa norma. Vale decir, aquellos instrumentos internacionales que, si bien reúnen la condición de reconocer derechos humanos, no observan el requisito de prohibir la limitación de éstos durante los estados de excepción. La mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el estado colombiano se inscriben en esta última categoría, pues sólo unos pocos reúnen la segunda condición establecida en el primer inciso del art. 93 superior: prohibir su limitación durante los estados de excepción. Los tratados internacionales de derechos humanos a los que se refiere el inciso segundo del art. 93 de la Constitución, conforman el llamado bloque de la constitucionalidad *lato sensu*, o en sentido amplio³⁵³.

La anterior disquisición es importante para entender cómo los convenios 100 y 111 de la OIT se han incorporado como normas internas del ordenamiento jurídico colombiano:

³⁵¹ Según los artículos 212 a 215 de la CP colombiana, los estados de excepción son la guerra exterior, la conmoción interior y la perturbación o amenaza de perturbación del orden económico, social y ecológico.

³⁵² Corte Constitucional, sentencias T-256/00, C-774/01.

³⁵³ Corte Constitucional, sentencias C-578/95, C-191/98 y C-708/99, entre otras.

Los convenios de la OIT normalmente consagran derechos de tipo social, ya que cubren materias laborales y de seguridad social, por lo cual son tratados internacionales de derechos humanos³⁵⁴. De ahí que, una vez sean ratificados por Colombia, se adscriben al bloque de la constitucionalidad, bien sea *stricto sensu* o *lato sensu*. Serán integrantes del bloque de la constitucionalidad *stricto sensu* si prohíben su limitación durante los estados de excepción; lo serán del bloque de la constitucionalidad *lato sensu* si no la prohíben³⁵⁵.

Pero en este último caso, ¿si ciertos convenios de la OIT no tienen jerarquía de normas estrictamente constitucionales –por no prohibir la limitación de los derechos que ellos consagran, durante los estados de excepción–, qué jerarquía normativa ostentan?

La respuesta se encuentra en el inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución: “*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*”.

O sea, si un convenio de la OIT no posee *status* estrictamente constitucional (art. 93, primer inciso), tendrá jerarquía legal (hace “*parte de la legislación interna*”, art. 53, inciso cuarto), lo que significa que tendrá un rango equivalente a una ley ordinaria. Pero, a pesar de esa categoría legal y no estrictamente constitucional, ese convenio fungirá como un elemento

³⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia T-568/99, C-551/03, T-642/04, T-666/04, entre otras.

³⁵⁵ Sin embargo, esta adscripción no es automática, ya que en la sentencia C-401/05, la Corte Constitucional, tras declarar que los convenios de la OIT ratificados por Colombia son normas válidas y obligatorias en su ordenamiento interno, señala que será ese alto tribunal el que determine, caso por caso, cuándo un convenio de la OIT ratificado hace parte del bloque de la constitucionalidad *stricto sensu* y cuándo *lato sensu*. Es decir, se requiere de una declaración expresa de la Corte Constitucional (que podrá ser cuando verifique el examen previo, automático e integral de los tratados internacionales –después de ser aprobados por el Congreso–, según el art. 241-10 de la Carta, o con ocasión de fallar sobre una demanda de inconstitucionalidad, o en oportunidad de dilucidar una acción de revisión de tutela).

interpretativo de los derechos y obligaciones consagrados en la Constitución, es decir, será integrante del bloque de la constitucionalidad *lato sensu*.

Dicho lo anterior, ¿qué jerarquía ostenta el convenio 100 de la OIT, que consagra el principio “*a trabajo de igual valor salario igual*”? ¿*Stricto* o *lato sensu*?

Debe recordarse, en primer lugar, que el Convenio 100 de la OIT (al igual que el Convenio 111), está ratificado por Colombia desde 1963 y esa circunstancia, bajo el monismo característico de la Constitución actual, le convierte en norma interna válida y obligatoria, al tenor de sus artículos 53 (inciso 4º) y 93. Mas el carácter de norma interna válida lo adquirió dicho convenio solamente a raíz de la promulgación de la actual Constitución (que, según lo dicho reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos como normas internas a partir de su ratificación), ya que –se itera–, bajo la anterior Carta, la ratificación –por si misma–, no producía el efecto de convertir los tratados internacionales en normas internas.

No obstante, debe decirse que, técnicamente hablando y según los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1944, la ratificación de los tratados internacionales produce el efecto de convertirlos en normas internas *válidas*, pero su obligatoriedad sólo se concreta al ser promulgados en el Diario Oficial. En el caso de los convenios 100 y 111 de la OIT, los decretos de promulgación se publicaron, respectivamente, el 26 de junio y el 1º de julio de 1997 (Decretos números 1262 y 1270 de ese año), es decir, 33 y 30 años después de su ratificación. Esto significa que tales instrumentos internacionales son normas internas obligatorias en Colombia sólo a partir de las citadas fechas de 1997 y no a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 (Molina, 2005, pp. 334 y 335).

Con referencia específica a la jerarquía del Convenio 100, como se dijo antes, según la *Declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo* de 1998 de la OIT, dicho instrumento es uno de los ocho convenios fundamentales. O sea, expresa y desarrolla “*en forma*

de derechos y obligaciones específicos”, junto con el Convenio 111, uno de los cuatro principios que esa declaración consagra (“*la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*”). Y, por concretar un principio fundamental de los derechos humanos – en este caso laborales-, debería tener el carácter de derecho humano intangible, o sea, de un derecho que no podría limitarse “*durante los estados de excepción*” (art. 93, primer inciso). Ello conduce a aseverar que tal convenio hace parte del bloque de la constitucionalidad *stricto sensu* y es, por tanto, una norma de naturaleza rigurosamente constitucional³⁵⁶.

No obstante, hasta el momento la Corte Constitucional colombiana no ha declarado expresamente que el Convenio 100 de la OIT sea integrante del bloque de la constitucionalidad *stricto sensu*, por lo que, desde este punto de vista y mientras ello sucede, dicho instrumento internacional tiene una jerarquía en Colombia de orden legal y no constitucional.

Pero el que posea naturaleza legal no quiere decir que no tenga relevancia constitucional. Y ello porque, según lo preceptuado por el segundo inciso del art. 93 superior, dicho convenio actúa necesariamente como parámetro de interpretación de “*los derechos y deberes consagrados en esta Carta*”, o sea que se ubica en el bloque de la constitucionalidad *lato sensu*.

³⁵⁶ En la ponencia original de la sentencia C-401/05 aparecían los ocho convenios fundamentales de la OIT (entre ellos por supuesto los convenios 100 y 111), como integrantes del bloque de la constitucionalidad *stricto sensu*. Sin embargo, este apartado de la ponencia fue retirado del texto final por decisión de la mayoría de la Sala Plena de la Corte. De ahí la aclaración de voto formulada por el ponente, Magistrado Manuel José Cepeda, que dice: “*se debió acoger la propuesta de incorporar al bloque de constitucionalidad los convenios contenidos en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada por la Organización Internacional del Trabajo, en el año de 1998. Ello habría significado la inmediata inclusión dentro del bloque de constitucionalidad de los convenios Nos. (...) 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; y 111, acerca de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dada la importancia que se ha reconocido internacionalmente a estos convenios –razón por la cual hacen parte de la categoría de los convenios sobre derechos humanos fundamentales-, su incorporación al bloque de constitucionalidad debió haberse decidido en esta ocasión*”. En el mismo sentido formuló aclaración de voto el magistrado Jaime Córdova Triviño.

Ahora bien, ¿cuáles derechos constitucionales deben forzosamente interpretarse de conformidad con el Convenio 100 de la OIT? Sin duda –y para los efectos aquí tratados-, los contenidos en los artículos 13 –que consagra el principio general de igualdad y no discriminación- y 53, en lo referente al derecho a una “*remuneración (...) proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*”. Pero, más específicamente, el Convenio 100 posee un vínculo jurídico inescindible –complementario y hermenéutico-, con el art. 43 superior: “*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (...)*”.

Ello denota que si el Convenio 100 instituye el principio *TIV* y ese instrumento internacional está ratificado por Colombia y debidamente promulgado, la igualdad, en el terreno salarial entre mujeres y hombres en el país, se rige necesariamente por tal Convenio. Con otras palabras, en Colombia, la igualdad y la no discriminación (art. 13) en el ámbito de la retribución, debe observar el postulado superior de que el salario debe ser proporcional a la cantidad y calidad de trabajo (art. 53), y que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (art. 43) –incluyendo la retributiva-, lo que, traducido en consonancia con el Convenio 100, significa que, cuando sean realizados por hombres y mujeres, ha de pagarse igual salario por trabajos de igual valor.

Es importante puntualizar aquí que la expresión “trabajo de igual valor” debería interpretarse en un sentido amplio y no estricto, o sea, de forma que cubra en general a los trabajos equiparables, bien porque, siendo diferentes, posean el mismo valor, o bien porque sean los mismos. O sea, dársele un significado *lato*, como el que postula la normativa comunitaria europea: “*para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor*”, debe asignarse la misma retribución (Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo). Ello se concluye al aplicar el principio *pro homine*, un postulado hermenéutico

propio del derecho de los derechos humanos, según el cual siempre debe recurrirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida, cuando se trata de señalar límites al ejercicio de los derechos (Pinto, 1997, p. 163).

En aplicación del principio *pro homine* o *pro persona*, en materia de derechos constitucionales (y aquí está incluido el principio y derecho superior de igualdad y no discriminación, como ya se ha dicho antes), en caso de que existieran dos o más interpretaciones posibles de una norma jurídica, ha de privilegiarse la hermenéutica que más favorezca a la dignidad humana, o sea, la menos restrictiva de los derechos humanos. Ha dicho la Corte Constitucional colombiana que el principio *pro persona*, impone que, “*sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental*”.

Y agrega:

*Lo cual se predica, no sólo de la aplicación del derecho interno de los Estados, sino, así mismo, de la aplicación de derechos humanos a situaciones concretas en que la solución tiene como fundamento normas consignadas en tratados internacionales; o situaciones en que las mismas son utilizadas como criterio de interpretación de normas internas del Estado colombiano*³⁵⁷.

2.3. La persistencia del principio “a trabajo igual salario igual” (TI) en la normativa legal y en el *soft law* nacionales, con posterioridad y a pesar de la incardinación del principio “salario igual por trabajo de igual valor” (TIV) en el ordenamiento jurídico superior colombiano.

³⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-085/12 (16/02/2012)

A despecho de la ya explicada inserción del principio *TIV* en el ordenamiento constitucional colombiano -por efecto de los anteriormente descritos entrada en vigencia de la actual Constitución, y ratificación y promulgación del Convenio 100 de la OIT-, la gran mayoría de las medidas normativas y de *soft law*, relativas al principio de equidad retributiva, tomadas por el Estado colombiano con posterioridad a tal inserción, no han sido consistentes con dicho principio, al seguir proclamando el principio *TI*, o adoptando medidas dubitativas.

Después del advenimiento de la nueva Carta y hasta 2011 –como se explicará más adelante-, los artículos 143 del CST y 50 de la Ley 6ª de 1945, continuaron sin sufrir modificaciones, es decir, siguieron consagrando expresamente el principio *TI*, cuando el camino correcto habría sido armonizar las normas y políticas internas con el principio *TIV*, consagrado en el Convenio 100 de la OIT que, como se demostró atrás, es la norma jurídicamente prevalente en la materia.

Por tal desvarío, la CEACR de la OIT ha hecho llamadas de atención vehementes al gobierno colombiano, acerca de la no conformidad de la legislación laboral del país con el principio de equidad retributiva consagrado en tal convenio³⁵⁸ –llamamientos que había comenzado a proferir desde muchos años atrás, poco después de que Colombia ratificara el Convenio 100. Así lo hizo, por ejemplo, en sus Informes a las Conferencias Internacionales del Trabajo 79ª (1992), 81ª (1994), 85ª (1997), 87ª (1999) y 90ª (2002)³⁵⁹.

³⁵⁸ Como lo sostiene la CEACR, si bien según el ordinal 2 del art. 2 del Convenio 100 de la OIT, el país que lo ratifique puede aplicarlo por diversos medios (la legislación, sistemas para la fijación de los salarios fijados por la ley, o contratos colectivos), es una obligación para el respectivo Estado modificar todas las disposiciones legislativas en vigor que sean contrarias al principio de igual salario por trabajo de igual valor, con el fin de concordar la normativa nacional con lo dispuesto en el Convenio (OIT, 1986b, p. 17).

³⁵⁹ OIT-CEACR (1992), (1994), (1997), (1999) y (2002).

Pero lejos de acoger las recomendaciones de la CEACR, el Congreso aprueba las leyes 731 de 2002 y 823 de 2003, por las cuales, respectivamente “*se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales*” y “*se dictan normas sobre la igualdad de oportunidades para las mujeres*”.

La primera de las leyes citadas señala en su artículo 29 que las autoridades velarán por el cumplimiento de la legislación que establece igualdad de condiciones laborales, “*con especial cuidado a que se haga efectivo el principio de igual remuneración para trabajo igual en el sector rural*”.

Por su parte, el art, 5º de la Ley 823 de 2003, ordenó:

Con el fin de promover y fortalecer el acceso de las mujeres al trabajo urbano y rural y a la generación de ingresos en condiciones de igualdad, el Gobierno Nacional deberá:

*1. Desarrollar acciones y programas que aseguren la no discriminación de las mujeres en el trabajo y la aplicación del **principio de salario igual a trabajo igual**. El incumplimiento de este principio dará lugar a la imposición de multas por parte del Ministerio del Trabajo, conforme a lo dispuesto en la legislación laboral.*

(El subrayado no es original).

Es decir, en ninguna de las dos normas transcritas se prescribe el principio *TIV* y por el contrario sigue reiterándose el principio *TI*, lo que contradice flagrantemente las disposiciones del Convenio 100 de la OIT, ya que ese último principio –como se anotó en el capítulo precedente-, es completamente inadecuado para enfrentar las discriminaciones retributivas en contra de las mujeres, particularmente las de tipo indirecto, que son las que más a menudo se presentan.

Ante esta nueva transgresión del Convenio 100, la CEACR emite nuevas glosas al gobierno colombiano en las conferencias internacionales del trabajo 92ª (2004), 96ª (2007), 97ª

(2008), 98ª (2009), 99ª (2010) y 101ª (2012)³⁶⁰, no solamente en lo relativo al art. 143 CST, sino también al art. 5º de la Ley 823 de 2003³⁶¹.

No obstante, el estado colombiano reincide en sus incumplimientos: en el año 2008 se expide la Ley 1257, “*Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*”. Si bien esta ley no modifica directamente la normativa laboral en materia retributiva, en su art. 12 le señala funciones al Ministerio de la Protección Social (hoy de Trabajo) que inciden en ella. Así, el art. 12 preceptúa:

Medidas en el ámbito laboral. El Ministerio de la Protección Social, además de las señaladas en otras leyes, tendrá las siguientes funciones:

- 1. Promoverá el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres e implementará mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial.*
- 2. Desarrollará campañas para erradicar todo acto de discriminación y violencia contra las mujeres en el ámbito laboral.*
- 3. Promoverá el ingreso de las mujeres a espacios productivos no tradicionales para las mujeres.*

Parágrafo. Las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP) los empleadores y o contratantes, en lo concerniente a cada uno de ellos, adoptarán procedimientos adecuados y efectivos para:

- 1. Hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial de las mujeres.*

(...)

³⁶⁰ OIT-CEACR (2004), (2007), (2008), (2009), (2010) y (2012).

³⁶¹ La CEACR nunca ha emitido observaciones acerca de la no conformidad del art. 5º de la Ley 6ª de 1945, que, como se analizó en la primera parte de este capítulo, también consagra el principio *TI*.

¿Qué debería entenderse por las expresiones “*igualdad salarial*” y “*hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial de las mujeres*”, contenidas en esta norma legal?

La CEACR, al tener conocimiento de la Ley 1257 del 2008 y en particular del artículo antes transcrito, se pronunció paladinamente manifestando su esperanza de que se adoptaran medidas “*efectivas para garantizar la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor y no sólo trabajo igual a fin de hacer frente a la erradicación de la discriminación salarial de las mujeres*” (OIT-CEACR, 2010).

Después de este comentario y de las numerosas observaciones y solicitudes directas formuladas por la CEACR de la OIT –a propósito de las inconsistencias de los artículos 143 del CST y 5º de la Ley 823 de 2003, relacionadas antes-, sería apropiado pensar que, al reglamentarse la Ley 1257 de 2008, el alcance de las expresiones antes reproducidas tendría necesariamente como eje el principio de “*igualdad salarial por un trabajo de igual valor*”, propio del Convenio 100 de la OIT, y no el principio “*igualdad salarial por un trabajo igual*”.

Pero sorprendentemente no fue así, porque el Decreto 4463 del 2011, que reglamentó el citado artículo 12 de la Ley 1257 de 2008, uno de cuyos objetivos es (art. 1º) “*implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial*” para las mujeres, en el ámbito de “*todos los empleadores y/o contratantes del (sic) sector (sic) público y privado*” (art. 2), señala en su art. 3-1-k como una de las acciones del “Programa de equidad laboral con enfoque diferencial y de género para las mujeres”:

*Adoptar una estrategia para vigilar y controlar que las políticas laborales de empleadores de las empresas del sector público y privado garanticen la igualdad salarial entre mujeres y hombres de conformidad con el principio de **salario igual por igual trabajo** en el desempeño de empleo, labor o cargo con funciones similares (...)*

(El resaltado no es original)

O sea, como se concluye de este rápido recorrido normativo, el estado colombiano ha insistido obstinadamente en la aplicación del principio *TI*, contradiciendo la norma superior (el Convenio 100 de la OIT, ratificado y promulgado y por tanto norma interna válida y obligatoria en Colombia), que ordena aplicar el principio *TIV*.

Pero el asunto no termina ahí.

2.4. El galimatías creado por la Ley 1496 de 2011.

2.4.1. Un curioso proceso parlamentario que comenzó con el principio *TI*, pasó al principio *TIV* y terminó consagrando un sincretismo entre *TI* y *TIV*.

Pero la sucesión de incumplimientos normativos del Estado colombiano al Convenio 100 de la OIT, no cesaría ahí. En el año 2011 se expide la Ley 1496, *“por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier tipo de discriminación y se dictan otras disposiciones”*.

La iniciativa de esta Ley no fue gubernamental sino de una bancada parlamentaria, que presentó un proyecto el 20 de julio de 2010, con el objeto de amoldar la legislación laboral colombiana a los convenios 100 y 111 de la OIT, según lo expresaron los proponentes. En el proyecto inicial y en los textos presentados para el primer debate en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, no se incluía ninguna modificación al art. 143 CST, ni al art. 5° de la Ley 823 de 2003, con el sentido de acoger las observaciones de la CEACR. Por el contrario, el objetivo planteado por el proyecto era combatir los tratos retributivos diferenciados e injustificados entre mujeres y hombres *“cuando desempeñan el mismo empleo, labor o cargo con idénticas funciones”*. Un enfoque que más adelante se reiteraba en el art. 4°, al hablar de *“salario igual por trabajo igual entre hombres y mujeres”*, como el objetivo de la *“valoración salarial”* a cargo del empleador, uno de cuyos criterios era *“el desempeño del mismo cargo y labores”* por

hombres y mujeres (Congreso de la República, 2010. Proyecto 015-2010). Es decir, el proyecto partía de la concepción de una igualdad retributiva entre mujeres y hombres, basada en que desempeñaran *el mismo* trabajo y no en que ejecutaran un trabajo de *igual valor*.

En el primer debate del proyecto se adicionaron, entre otros, dos textos (art. 7° y 8°), relativos, respectivamente, a la modificación de los art. 143 CST y 5° de la Ley 823 de 2003. Como se analizó en el inicio de este capítulo, ambos textos consagraban el principio *TI*, lo que suscitó críticas de la CEACR de la OIT, por no avenirse con el Convenio 100 –ratificado por Colombia–, que instauro el principio *TIV*. Al finalizar el debate inicial, en ambos textos se introduce la expresión “*trabajo de igual valor*”, pero, como se verá ahora, sin mayores desarrollos y antes por el contrario, introduciendo simultáneamente elementos que son más propios del principio “*a trabajo igual salario igual*”.

En efecto, en el texto final de la ley, en lo referente al principio de equidad retributiva, se cambió el encabezamiento original del art. 143 –“*a trabajo igual salario igual*”–, por “*a trabajo de igual valor, salario igual*”³⁶². Pero este nuevo enunciado no guarda correspondencia con el primer numeral de ese artículo, al que, durante todo el trámite legislativo, se le mantuvo su redacción original de 1950, y que describe el principio “*a trabajo igual salario igual*”. En la siguiente doble columna se evidencia lo dicho:

Texto original de 1950 del CST.	Texto modificado por el art. 7° de la L. 1496/2011.
<i>A trabajo igual salario igual.</i>	<i>A trabajo de igual valor, salario igual.</i>

³⁶² La Ley 1496 de 2011 introduce dos modificaciones adicionales al art. 143 CST: en el numeral 2 agrega el “género” a la lista original de motivos prohibidos de diferenciación y añade un tercer numeral, en donde introduce la presunción legal de la discriminación –como tal sujeta a prueba en contrario suministrada por el empleador–, cuando haya un trato diferenciado en materia salarial. Esta última adición se examinará más adelante en este mismo capítulo, cuando se analice la carga probatoria en el principio de pago equitativo.

1. <i>A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.</i>	1. <i>A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.</i>
--	--

Es decir, en el artículo modificado no hay consistencia entre su título y el texto (descripción del principio), pues en el primero se enuncia el principio *TIV* mientras en el texto se describe el principio *TI*.

Esta inconsistencia no fue corregida durante los restantes debates parlamentarios y quedó tal cual en el texto definitivo de la Ley.

El hecho de que el rótulo del nuevo art. 143 enuncie el principio “*a trabajo de igual valor salario igual*”, pero el primer numeral describa, no tal principio, sino el aforismo “*a trabajo igual salario igual*”, introduce una especie de antinomia o antilogía, que revela que el legislador, por decir lo menos, confundió ambos principios, o incurrió en el error de considerarlos equivalentes. Expresado con otras palabras, el legislador colombiano –según se colige del texto-, define el trabajo de igual valor como hacer el mismo trabajo, lo que es, por todo lo que se ha venido explicando acá, un verdadero despropósito.

Por eso, cuando la CEACR, por información suministrada por el gobierno colombiano, conoció del proyecto de ley (# 15-Cámara y # 270-Senado), que posteriormente se convertiría en la Ley 1496 de 2011, manifestó:

La Comisión pide al Gobierno que informe sobre el avance del trámite legislativo del proyecto de ley núm. 015 de 2010, y pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para asegurar

que la legislación que se adopte consagre de manera plena el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor previsto en el Convenio³⁶³.

Este pronunciamiento, no obstante, fue extemporáneo, porque la CEACR lo emitió cuando la Ley 1496 de 2011 ya había sido sancionada y promulgada.

Debe mencionarse que, al finalizar el segundo debate congressional se había aprobado la adición del siguiente párrafo al art. 143 CST (Congreso de la República, 2010, Proyecto 015-2010-Cámara, Gaceta 1027):

Parágrafo 1°. En materia de remuneración el empleador deberá velar por el cumplimiento del principio de igualdad entre el trabajo masculino y femenino por un servicio de igual valor.

Las diferencias en las remuneraciones en trabajos de igual valor deberán estar enmarcadas dentro de los factores de valoración salarial y basadas en criterios distintos de las características y naturaleza del trabajo que se realiza.

Este párrafo de cierta forma rescataba el sentido genuino del principio *TIV*. No obstante, fue eliminado en las discusiones en el Senado (Congreso de la República, 2011, Proyecto 279-2011-Comisión 7ª) y también luego en el texto conciliado del proyecto. (Congreso de la República, 2011, 279 Senado y 015-Cámara, Informe de Conciliación)

En el segundo debate también se incluyó para las empresas, tanto del sector público como del privado, la obligación de llevar un registro “*de perfil y asignación de cargos por sexo, funciones y salario*”, “*con el fin de garantizar la remuneración por trabajo de igual valor*”. En los debates en el Senado se eliminó esta última expresión y se sustituyó por “*con el fin de garantizar igualdad salarial o de remuneración*”, texto este último que, en el proceso de

³⁶³ OIT-CEACR (2012), también en OIT-CEACR (2013).

conciliación, quedó definitivamente consagrado³⁶⁴ (Congreso de la República, 2011, proyecto 279-2011-Senado-Plenaria).

En conclusión -bien sea por causa de que los legisladores confundieron ambos principios, o bien por cumplir una deliberada consigna de no consagrar contundentemente el principio *TIV*-, la reforma al art. 143 del CST introducida por la Ley 1496 de 2011, es desacertada, pues, a pesar de que la obligación del estado colombiano es adecuar dicho artículo al Convenio 100 de la OIT, instaurando el principio *TIV*, introduce una especie de sincretismo entre éste y el principio *TI*, lo que indudablemente reviste de opacidad a la norma y suscita perplejidad.

En noviembre de 2014 el gobierno presentó al órgano legislativo un proyecto reformativo de la Ley 1496 de 2011 (Congreso de la República, 2014, proyecto 177-2014, Cámara, y proyecto 165-2015, Senado). Sin embargo en dicho proyecto no se planteó la modificación del artículo 7º, para adecuarlo claramente al principio *TIV*. Finalmente el proyecto no culminó su trámite legislativo.

Esta persistente incoherencia de la legislación colombiana con el postulado *TIV* ha sido recientemente evidenciada por la CEACR. En efecto, en una solicitud directa incluida en su Informe para la 106ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2017), ese organismo de control llama la atención al gobierno colombiano sobre dicha discordancia, al señalarle que no debe confundirse la evaluación del desempeño profesional (que se enfoca en la estimación del modo en que un trabajador lleva a cabo sus tareas), con la evaluación objetiva del empleo,

³⁶⁴ Otro cambio introducido al proyecto inicial de esta ley (art. 8º), fue la modificación al numeral 1º del art. 5º de la Ley 823 de 2003, cuyo texto –como se vio antes-, también había despertado críticas de la CEACR de la OIT, al consagrar el principio *TI* y no el principio *TIV*. El nuevo tenor de dicho numeral es: “[d]esarrollar acciones y programas que aseguren la no discriminación de las mujeres en el trabajo y la aplicación del principio de salario igual a trabajo de igual valor (...)”.

cuyo objetivo es comparar el valor relativo de los puestos de trabajo. Reitera, así mismo, que la definición plasmada en el art. 7º de la Ley 1496 de 2011, es “*más restrictiva que el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de valor igual previsto en el Convenio*”. El gobierno colombiano respondió a la CEACR que había presentado al Congreso en 2014 el mencionado proyecto de ley modificatorio de la ley 1496 de 2011, pero dicha Comisión reprocha que en el texto del proyecto no se incluyera modificación alguna al criticado artículo 7º, e insta a que éste sea efectivamente enmendado, de manera que se incorpore claramente el principio *TIV*.³⁶⁵

2.4.2. Las discriminaciones directas e indirectas, según el art. 3º de la Ley 1496 de 2011.

La Ley 1496 de 2011 incorpora definiciones de discriminaciones directa e indirecta, así:

Discriminación directa en materia de retribución laboral por razón del género o sexo: Toda situación de trato diferenciado injustificado, expreso o tácito, relacionado con la retribución económica percibida en desarrollo de una relación laboral, cualquiera sea su denominación por razones de género o sexo.

Discriminación indirecta en materia de retribución laboral por razón del género o sexo: Toda situación de trato diferenciado injustificado, expreso o tácito, en materia de remuneración laboral que se derive de norma, política, criterio o práctica laboral por razones de género a sexo.

La Ley tiene el mérito de introducir por primera vez en la legislación laboral colombiana los conceptos de discriminaciones retributivas directa e indirecta por razones de sexo o género, pero debe decirse que lo hace de una manera que induce a confusiones. Comenzando porque el concepto de discriminación retributiva indirecta se relaciona estrechamente con el principio *TIV* y no tanto con el principio *TI*. Y esto llama la atención dado que es evidente que –

³⁶⁵ OIT-CEACR (2017).

independientemente de cuál sea la causa del dislate en que incurrió el legislador-, la Ley 1496 de 2011 elude comprometerse expresamente con el principio *TIV*.

A pesar de sus problemas sintácticos y técnicos, si se hace un esfuerzo interpretativo de la norma, pueden rescatarse algunos elementos novedosos, que se señalan a continuación:

La Ley 1496 introduce los conceptos de “*género o sexo*”. En este caso, la “o” entre ambos sustantivos es una conjunción disyuntiva, que denota, no equivalencia o sinonimia de los términos, sino alternativa entre ambos. Y ello debe ser así, por el contexto antidiscriminatorio que tiene la citada ley. En efecto, *sexo* y *género* no son vocablos equivalentes en el derecho antidiscriminatorio. El *sexo* es algo biológico, cromosómico, hormonal, que define en su nacimiento a un hombre o a una mujer. El *género*, en cambio, es un concepto con alto contenido de elementos históricos y culturales –con mucho de aprendizaje o condicionamiento–, que determina el ser femenino y el ser masculino en la sociedad: el lugar que mujeres y hombres deben ocupar en ella, en la familia, en el trabajo, etc., y la actividad y el comportamiento que unas y otros deben adoptar, a partir de ciertos estereotipos, prejuicios o sesgos comúnmente anidados en la sociedad. Por eso el *género*, como explican Jayme y Sau (1996) es una categoría social, o, en otros términos, es la elaboración sicosocial del sexo (p. 53). El género se relaciona directamente con los roles que socialmente desempeñan los hombres y las mujeres. Esa consideración de género, en lo que respecta a las mujeres, es la que usualmente causa su minusvaloración (Quintanilla, 2008, p. 46). Pero, en resumen, la discriminación hacia las mujeres se origina o bien en el sexo, o bien en el género.

El primer párrafo (discriminación directa), dice relación a los tratos discriminatorios que, bien de forma abierta o de manera encubierta, estén originados de manera inmediata en el género o el sexo del trabajador (particularmente de las mujeres, a juzgar por el objetivo de la ley), sea con fundamento en la condición biológica o en un elemento propio de la construcción

social o cultural de género. Sería el caso de distinciones salariales desfavorables a las mujeres, por razón de ser tales, o por las supuestas disfuncionalidades que ellas tienen frente al trabajo productivo (estado civil, maternidad, capacidad física³⁶⁶, etc.).

El segundo párrafo (discriminación indirecta), se refiere a los tratos salariales diferentes que redunden mayormente en desmedro de las mujeres, por efecto de la aplicación de “*norma, política, criterio o práctica laboral*”. Como se señaló en el capítulo anterior, en el caso de la discriminación indirecta, la causa inmediata de la discriminación no es la condición femenina (biológica o cultural), como en la segregación directa, sino unas disposiciones, medidas, políticas, normas, etc., de carácter aparentemente neutro (o sea, predicables tanto de mujeres como de hombres), aducidas –según dice la norma, expresa o tácitamente-, como fundamento del trato, pero que repercuten de hecho en una desventaja para las mujeres. Es decir, se presenta un “efecto adverso” (*adverse impact*), utilizando la expresión de la doctrina norteamericana a la que se aludió *supra*. Ese efecto –que es el relevante para que surja la discriminación indirecta-, puede ser o no producto de una intención del empleador o de las partes en la convención o pacto colectivo que estipule el trato diferente, ya que en muchas ocasiones la disparidad de trato puede tener incluso intenciones altruistas. Aquí es importante la concordancia con el art. 1º del Convenio 111 de la OIT –norma interna válida y obligatoria en Colombia, como se anotó antes-, que señala que las diferencias, exclusiones o preferencias basadas “*en motivos de (...) sexo (..)*” podrán ser discriminatorias si tienen “*por efecto*” (es decir, sin importar la intención) “*anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación*”.

³⁶⁶ La Corte Constitucional ha dicho que, como regla general, cualquier oficio puede ser desempeñado tanto por hombres como por mujeres, pero, excepcionalmente, pueden existir oficios propios de unos y otras. (sentencia T-026/96).

Con todo, es notoria la falta de técnica en la redacción del párrafo relativo a la discriminación indirecta, pues se habla de “*norma, política, criterio o práctica laboral por razones de género o sexo*”, cuando –según lo dicho precedentemente aquí–, lo que distingue la discriminación indirecta de la directa es, precisamente, que la primera ocurre, no por causa del sexo de la persona, sino como secuela o consecuencia de una medida neutra (que se aplica tanto a los varones como a las mujeres). Con otras palabras, no es técnico hablar –como lo hace la norma comentada–, de que la discriminación indirecta se presenta “*por razones*” (es decir, con intención), “*de género o sexo*”, ya que el impacto adverso se presenta, aún sin intención o “razón”, como efecto de una medida, política o norma neutras. Esta ausencia de puntualización del elemento verdaderamente diferenciador de los dos tipos de discriminación lleva a que, en últimas, la ley de marras sea confusa y termine asimilando literalmente a ambas clases de discriminación.

Un caso de discriminación retributiva indirecta podría ser el que se presentara a raíz de las diferencias salariales, tasadas por hora, que se den entre mujeres y hombres –en desmedro de las primeras–, cuando ellas constituyan la mayoría de las personas contratadas para labores de tiempo parcial, mientras los segundos sean mayoritariamente contratados para trabajos de tiempo completo y el trabajo que unas y otros desempeñan u ocupan es igual o de igual valor. En este caso hay la probabilidad de que exista una discriminación retributiva indirecta hacia las mujeres, quienes en tal caso, de hecho, reciben una retribución proporcionalmente inferior a la de los hombres, con un motivo no relevante.

Pero también podría presentarse la discriminación salarial indirecta cuando se compara la retribución especificada para el puesto desempeñado por una mujer y el desempeñado por un hombre, si los dos puestos poseyeran el mismo valor y el salario estipulado para ellos fuera diferente y más favorable para los varones. Esta discriminación incluso podría presentarse

cuando el origen de la diferencia salarial estriba en lo acordado en una convención colectiva que cobija tanto a la trabajadora como al trabajador. En este caso el estatuto colectivo, en la medida en que consagra una vulneración al principio de igualdad retributiva, no es un parámetro objetivo, que justifique la diferencia.

En ambos párrafos se habla de que la discriminación se presenta cuando haya trato diferenciado “injustificado”. En el caso de las discriminaciones directas es escasa la posibilidad de una justificación, pues ella se hallaría, por ejemplo –y como se anotó *supra*-, en trabajos en los cuales se exija objetivamente que el trabajador tenga el mismo sexo que los destinatarios del servicio. No serían admisibles, en principio, tratamientos diferenciados entre hombres y mujeres por motivo de fuerza física o resistencia (aunque podrían existir labores que las exijan en un grado normalmente no accesible a las mujeres), o aduciendo protección a las mujeres (excepto estado de embarazo), o las preferencias de la clientela. En el caso de las discriminaciones indirectas, en cambio, el empleador podrá argumentar y demostrar que las medidas, criterios, políticas, etc., que han generado el efecto adverso, tienen un fundamento objetivo, necesario y proporcional. A guisa de ejemplos –pero dependiendo siempre de las circunstancias específicas-, la flexibilidad requerida, la calidad exigida al trabajo, la experiencia objetivamente necesaria, etc. (Sáez, 1994, pp. 92 y ss.). En cualquier caso, sería imprescindible un juicio de proporcionalidad.

2.4.3. El confuso artículo 4° de la Ley 1496 de 2011.

Sin embargo, los desaciertos técnicos de la Ley 1496 de 2011 no se detienen ahí. Su art. 4° señala los “*factores de valoración salarial*”, o sea, los elementos con que debe realizarse la valoración neutral de los puestos de trabajo. Al respecto dice:

Son criterios orientadores, obligatorios para el empleador en materia salarial o de remuneración los siguientes:

- a) *La naturaleza de la actividad a realizar;*
- b) *Acceso a los medios de formación profesional;*
- c) *Condiciones en la admisión en el empleo;*
- d) *Condiciones de trabajo;*
- e) *La igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación;*
- f) *Otros complementos salariales.*

Este es un texto verdaderamente abstruso. Se supone que en él la ley establece los “*criterios orientadores*” que el empleador obligatoriamente deberá tener en cuenta para fijar el salario, sin sesgos de sexo o género.

Efectivamente, se mezclan criterios que parecieran ser propios del principio *TIV* (“naturaleza de la actividad a realizar”, “condiciones de trabajo”, o “condiciones de admisión en el empleo”, interpretando esta última expresión como “calificaciones profesionales exigidas”), con otros que aparentemente no tienen naturaleza de parámetros para el objetivo buscado de valorar los trabajos en si mismos (“formación profesional”, “*igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación*”).

Corresponderá al decreto reglamentario³⁶⁷ establecer los alcances y significados de esos criterios, como parámetros para lograr la igualdad salarial.

De otro lado, surge la pregunta sobre si tales criterios son parámetros para la especificación salarial de los cargos dentro de los sistemas de clasificación profesional, o si son criterios para efectuar comparaciones objetivas entre los cargos específicos que han de surtir en procesos

³⁶⁷ Aún no expedido, a pesar de que el párrafo 2º del mismo art. 4º de la Ley, indica que “*el decreto reglamentario por medio del cual se establecen las reglas de construcción de los factores de valoración salarial*”, deberá promulgarse dentro del año siguiente a la expedición de la ley.

aislados y concretos para la determinación de los salarios, o para las características personales de los candidatos en procesos de selección o de quienes ocupan los cargos.

Finalmente, llama la atención que el precepto señale que estos criterios son “*orientadores, obligatorios para el empleador*”, excluyendo aparentemente la posibilidad de que sean también parámetros para las partes de la negociación colectiva.

Habría sido más técnico -si se tuviese realmente la intención de procurar sentar las bases para la implantación del principio *TIV*-, señalar, más que los criterios para determinar el salario, prescribir unos para hallar los trabajos de igual valor, en función de las características de los cargos. Como se indicó en el capítulo cuarto, tales criterios serían:

- Capacidades (conocimientos, aptitudes e iniciativa) exigidos por el cargo.
- Esfuerzos (físico, mental y emocional) que el cargo requiere.
- Responsabilidades (de mando o supervisión de personas, sobre seguridad de los recursos materiales y de la información, y sobre la seguridad y bienestar de las personas) propias de la ocupación.
- Condiciones de trabajo.

Estos son los factores generalmente aceptados para la valoración objetiva de cargos, exenta de sesgos sexistas, como se indicó *supra*.

2.5. ¿El reformado art. 143 CST consagra el principio *TI* o el principio *TIV*? Una interpretación a la luz del bloque de la constitucionalidad.

Ahora bien, dejando a un lado la perplejidad que suscita la Ley 1496 de 2011 y específicamente su reforma al art. 143 del CST, debe dilucidarse un problema crucial: ¿del tenor literal del nuevo art. 143, debe deducirse que continúa rigiendo en Colombia –en el nivel

legal-, el principio “a trabajo igual salario igual”, o éste ha sido sustituido por el principio “a trabajo de igual valor salario igual”?

Todo indica que la respuesta al interrogante arriba planteado se inclina por la segunda opción: a pesar de que el tenor literal del artículo reformado describe el principio *TI*, es posible sostener que él entra en clara contradicción con dos principios, como son el de interpretación de la ley conforme a la Constitución y el principio *in dubio pro operario*.

Con respecto al primero, debe decirse –como ya se afirmó anteriormente-, que a raíz de la entrada en vigencia como norma interna colombiana del Convenio 100 de la OIT, éste adquirió peso hermenéutico constitucional por lo que dicho instrumento internacional debe presidir la interpretación del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, del derecho a una retribución “*proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*” y del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, instaurados, respectivamente, por los artículos 13, 53 y 43 superiores. Y dado que en un estado social y constitucional de derecho -como el colombiano-, esos principios constitucionales, impregnados por el Convenio 100, deben irradiar a todo el ordenamiento, resulta que la interpretación de las normas legales deberá apegarse al sentido y alcance que fluya de tales principios superiores (interpretación conforme a la Constitución, de forma que se excluya la posibilidad de una declaratoria de inexecutable). Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional. Literalmente:

5. Según el principio de interpretación conforme, la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de manera tal que su sentido se avenga a las disposiciones constitucionales. La interpretación de una norma que contraría éste principio es simplemente intolerable en un régimen que parte de la supremacía formal y material de la Constitución (C.P. art. 4).

Ante una norma ambigua, cuya interpretación razonable admita, cuando menos, dos sentidos diversos, el principio de interpretación conforme ordena al intérprete que seleccione aquella interpretación que se adecue de mejor manera a las disposiciones constitucionales. Pero puede ocurrir que una de las dos interpretaciones origine una norma inconstitucional. En este caso

*debe abrirse un juicio constitucional contra la norma ambigua, al cabo del cual procederá una decisión de exequibilidad condicionada a la expulsión del extremo inconstitucional de la disposición demandada, del ordenamiento jurídico.*³⁶⁸

Siendo el modificado art. 143 del CST una norma de rango legal, que como tal debe someterse en su interpretación a los postulados superiores, la única manera legítima de entender su confuso tenor es en función del principio *TIV* y no del principio *TI*.

Adicionalmente, el hecho de que el Convenio 111 de la OIT –que como instrumento ratificado por Colombia, también hace parte de la legislación interna, e integra, por lo menos, el bloque de la constitucionalidad *lato sensu*-, prohíba cualquier “*distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación*”, fortalece el argumento de que el art. 143 CST deba ser referido al principio *TIV* más que al principio *TI*, ya que, como ya se ha afirmado, ambos convenios mutuamente se refuerzan.

De otro lado, en el ámbito estrictamente laboral, el principio *in dubio pro operario* –postulado fundamental del Derecho del Trabajo-, indica, como lo formula Plá Rodríguez (1998), que en caso de que una norma jurídica no sea inconcusa, vale decir, pueda interpretarse de distintas maneras, habrá de preferirse aquella que más favorezca al trabajador (pp. 84 y 85).

No queda duda que el principio *TIV* es el más favorable, teniendo a la vista el objetivo expresado por la Ley 1496 de 2011. En efecto –como se analizó en los capítulos cuarto y quinto, y antes en este mismo capítulo-, ese principio, en su conceptualización más amplia, abarca no solamente los trabajos de igual valor, que incluso sean diferentes, sino también los trabajos iguales. Pero también debe tenerse en cuenta que el principio *TIV* es, por sí mismo, el que permite combatir los distintos tratos diferentes discriminatorios, pues si bien el principio *TI*,

³⁶⁸ Sentencia C-273/99.

como se ha observado aquí, es apto para enfrentar las discriminaciones retributivas directas entre mujeres y hombres, sólo el principio *TIV* es idóneo para combatir, además de éstas, las discriminaciones salariales indirectas (que hoy son más comunes). Además, la Ley 1496 de 2011 define ambos tipos de discriminación retributiva, por lo que no tendría coherencia sostener que ella consagra únicamente el principio *TI*, que está limitado a contender solamente las discriminaciones directas.

De otro lado, considerando que el objetivo de la Ley 1496 de 2011 es “*garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hambres*”, es obvio –por todo lo explicado aquí–, que el principio *TIV* es mucho más apto para lograr ese objetivo que el principio *TI*.

Los anteriores razonamientos son válidos también a la hora de interpretar el art. 5º de la Ley 6ª de 1945, que entroniza el principio de igualdad salarial para los trabajadores oficiales. Y con más veras, en la medida en que esta norma habla de “trabajos equivalentes”, que es una expresión gramatical mucho más cercana al concepto de “trabajos de igual valor”, que al de “trabajos iguales”.

2.6. Un *soft law* incoherente con el principio *TIV*: el sello de equidad laboral “Equipares”.

El Ministerio del Trabajo y la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, con la asesoría técnica del Programa de Naciones Unidas (PNUD) y en cumplimiento del art. 3-3 del Decreto 4463 de 2011, puso en marcha el Programa de Certificación del Sistema de Gestión de Igualdad de Género (SGIG)- “Equipares”³⁶⁹.

³⁶⁹ La información sobre “Equipares” que aquí se presenta, está tomada de PNUD-MinTrabajo.

Este programa busca suministrar herramientas y propiciar condiciones que permitan alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en los ámbitos laborales, ayudando a hacer visibles las brechas de género y a aplicar medidas de equidad de género para corregirlas.

Según el Ministerio del Trabajo, *“Equipares es una herramienta de transformación cultural, empresarial y organizacional que busca identificar y eliminar las desigualdades, barreras y brechas de género en materia laboral”*.

Los empleadores que adopten el programa -independientemente del tamaño de su empresa, ubicación geográfica, sector económico o su carácter público o privado-, podrán obtener la certificación o sello de equidad laboral “Equipares”, una vez se verifique que han logrado implantar y mantener unos procesos que buscan la equidad de género en sus empresas.

Este *soft law* incurre en algunos errores conceptuales en cuanto a la noción de equidad retributiva:

En primer lugar, uno de los principios que “Equipares” dice profesar es *“igual salario por trabajo de igual valor”*, que hace referencia -según se dice en el “Manual del Sistema de Igualdad de Género”-, *“a la no discriminación salarial directa, basada en el sexo del trabajador”* (Equipares, 2016, p. 13). Aquí se incurre en un error de alcance del concepto, pues el principio *TIV* pretende, por definición, enfrentar no solamente las discriminaciones retributivas directas, sino, sobre todo, las indirectas, o sea aquellas que son resultado de medidas, políticas, normas, prácticas, etc., aparentemente neutras, que producen un efecto adverso a las mujeres. Cuando “Equipares” limita su visión a las discriminaciones salariales directas, restringe anormalmente el sistema, pues se abstiene de reconocer las segregaciones salariales más frecuentes en el mundo laboral contemporáneo: las discriminaciones indirectas.

En segundo lugar, el citado Manual señala los procesos o “dimensiones” que certifica “Equipares”: reclutamiento y selección, promoción y desarrollo profesional, capacitación, remuneración y salario, conciliación de la vida personal, familiar y laboral con corresponsabilidad, ambiente laboral, salud y calidad de vida, combate del acoso sexual y laboral y comunicación no sexista y lenguaje incluyente.

En lo que corresponde a la “dimensión” de “remuneración y salario”, el citado Manual incurre en otro yerro cuando afirma que “[l]a idea de ‘Igual trabajo, igual salario’ es un concepto que hace alusión (sic) a que tanto hombres como mujeres deben recibir el mismo salario por un trabajo de igual valor” (Equipares, 2016, p. 23). En efecto, cae en el mismo error del art. 7º de la Ley 1496 de 2011, antes analizado: confundir el principio *TI* con el principio *TIV*. No es lo mismo “a trabajo igual salario igual” que “a trabajo de igual valor salario igual” y mucho menos que bajo el rótulo “igual trabajo” se cobije “trabajo de igual valor”, pues este último, en su acepción más amplia, comprende no solamente trabajos iguales, sino también trabajos diferentes.

En tercer lugar, el Sello “Equipares” prevé tres niveles de reconocimiento. El Nivel I es un “compromiso por la igualdad”, caracterizado por unas etapas que son básicamente de planeación (suscribir un acuerdo de voluntades para ingresar al programa, conformar un comité de igualdad de género, sensibilizar al personal, hacer un diagnóstico con perspectiva de género, trazar una política de igualdad de género, etc.). El Nivel II consiste en una implementación de acciones por la igualdad de género en las ocho dimensiones antes descritas. Y cuando se refiere a la dimensión de “remuneración y salario”, “Equipares” (2016), habla de “crear un esquema de asignación salarial relacionada con las funciones de los puestos de trabajo” (p. 66), cuando la acción más consistente con el principio *TIV* sería una especificación salarial acorde con la valoración de los puestos de trabajo -como se explicó en los capítulos 4 y 5. Es necesario

recaltar que el simple señalamiento de “*funciones de los puestos de trabajo*” es un proceso con mayor riesgo de sesgo sexista que la *valoración objetiva (no sexista) de los puestos de trabajo*, que es –ella si- distintiva del principio *TIV*.

En resumen, al igual que lo acontecido con otras medidas estatales legislativas y reglamentarias, proferidas con posterioridad a la inserción en Colombia del principio *TIV*, el Sello “Equipares” incurre en confundir éste con el principio *TI*, lo que evidentemente lleva a que puedan certificarse como “equitativos” tratamientos retributivos limitados a la igualdad salarial de hombres y mujeres por un mismo trabajo, pero que realmente no corresponden al principio “*a trabajo de igual valor salario igual*”.

3. Aproximaciones jurisprudenciales al principio *TIV*.

Al examinarse globalmente la jurisprudencia colombiana en materia de igualdad retributiva, se concluye, aún después de la entrada en vigencia interna del Convenio 100 de la OIT, que ella sigue girando alrededor del principio “*a trabajo igual salario igual*” y no del principio “*a trabajo de igual valor salario igual*”. La mayoría de las veces ello sucede porque se confunde un principio con el otro, es decir, porque se asume que ambos son equivalentes. Ello seguramente es debido a la tozudez de la normativa legal colombiana –ya demostrada *supra-*, en seguir consagrando sólo el principio *TI* para regular la equidad retributiva³⁷⁰.

No obstante, en los últimos años la Sala de Casación Laboral de la CSJ muestra ciertas aproximaciones al principio *TIV*.

³⁷⁰ Debe advertirse, con todo, que al momento de realizar esta investigación, a la Sala de Casación Laboral de la CSJ, no habían llegado procesos relativos a situaciones de trato salarial diferente, ocurridos bajo la vigencia del art. 7º de la Ley 1496 de 2011, que modificó el art. 143 CST.

Una primera aproximación se halla en los procesos en donde se demuestra la existencia de escalafones salariales y el trabajador accionante comprueba que, aunque está clasificado en un determinado cargo en dicha estructura, otro trabajador, clasificado en el mismo cargo, devenga un salario mayor. En tales casos -a los que ya se hizo referencia en acápite anterior-, la Corte ha dispuesto que la nivelación salarial es procedente cuando el accionante evidencia que ocupa el cargo, sin exigírsele comprobar que lo ejecuta con similar eficiencia a la del trabajador con quien se compara. Debe decirse que, en esencia, esta es una forma de aplicación del principio *TIV* y no del principio *TI*, porque, más que exigir la comprobación del desempeño de labores iguales, se exige la demostración de que, a pesar de que se desempeña un determinado cargo, en las condiciones exigidas por el sistema de clasificación o escalafón, se devenga un salario inferior al de otro trabajador que ocupa el mismo cargo³⁷¹.

Otro acercamiento interesante de la Corte al principio *TIV* se encuentra en una sentencia del año 2013, en la que casa la providencia del *ad quem* y, en sede de instancia, condena a la empresa a efectuar la nivelación salarial del accionante. En el caso se demostró que, pese a que el pretensor desempeñaba su cargo en las condiciones exigidas por el sistema de clasificación profesional o escalafón para un cargo superior, se le remuneraba con el salario correspondiente a un cargo inferior. En su sentencia dijo la Corte que el principio a la igualdad salarial también “*se predica entre cargos de igual valor, es decir con equivalencia, la cual justamente se puede extraer de una escala salarial*”. Y agrega que para efectos de establecer la igualdad salarial “*los extremos de la comparación también pueden ser la prueba del cargo desempeñado y el salario asignado a dicha posición en la respectiva escala salarial*”³⁷².

³⁷¹ Sentencias Rad. 16502 (23/08/2001), 26437 (2/11/2006) y SL447-2013, Rad. 41089 (10/07/2013), entre otras.

³⁷² Sentencia Rad. 41089-SL-447-2013 (10/07/2013).

4. El salario igual. ¿Cuál es el salario que debe pagarse en Colombia por un trabajo igual o de igual valor?

En el capítulo tercero, luego de analizar la obligación salarial, se concluyó que, cuando se realiza un trabajo igual o de igual valor, es la subordinación –y no la prestación directa del servicio, ni la disponibilidad-, la que verdaderamente genera la obligación de remunerarlo.

Tanto la Ley 10 de 1934 (art. 12), como su decreto reglamentario 652 de 1935 (arts. 1º y 2º), y el art. 1º de la Ley 6ª de 1945, señalaron la prestación del servicio como la causa de la obligación salarial, cuando había de por medio un contrato de trabajo. Esta concepción sinalagmática fue corroborada por el Código Laboral de 1950, en su art. 22, pero sobre todo en su art. 127.

En la actualidad, no puede afirmarse que en la legislación laboral colombiana exista una línea nítida en lo que respecta a la causa de la obligación salarial, pues aparecen tanto expresiones que apuntan a una afiliación a la teoría contractualista o sinalagmática, como a la teoría de la disponibilidad.

En efecto, de un lado, en el artículo 22 del CST es obvia una orientación sinalagmática o contractualista³⁷³. Por su parte, el texto original del art. 127 decía que constituía salario todo lo que recibiera el trabajador en dinero o en especie “*y que implique retribución de servicios*”. Posteriormente, el art. 14 de la Ley 50 de 1990, que reformó esa norma, quiso enfatizar ese

³⁷³ El art. 22 del CST colombiano define el contrato de trabajo como “*aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”.

carácter sinalagmático cambiario estricto, al señalar que es salario lo que reciba el trabajador *“como contraprestación directa del servicio”*³⁷⁴.

Otras disposiciones, como la relativa al auxilio legal de transporte, conectan la obligación de su pago a la prestación efectiva del servicio (Decreto 1258 de 1959, art. 5º), aunque en sí mismas no lo retribuyan³⁷⁵. Es también sinalagmática la causa de la obligación salarial en el caso de los empleados públicos del orden nacional (Decreto 1042 de 1978, art. 42) y de los trabajadores oficiales (Ley 65 de 1946, art. 2º, y Decreto 1160 de 1947, art. 6º)³⁷⁶

También se revela un enfoque sinalagmático en el Código laboral, cuando se exime al empleador de la obligación de pagar el salario en caso de suspensión del contrato de trabajo (artículos 51 -subrogado por el art. 4º de la Ley 50 de 1990- y 53), por no existir prestación del servicio por parte del trabajador, bien por motivos adjudicables a él, o por situaciones irresistibles de tipo fáctico o jurídico: la fuerza mayor o el caso fortuito que impidan temporalmente la ejecución del contrato; la muerte o inhabilitación temporal del empleador, cuando éste sea una persona natural y ello traiga *“como consecuencia necesaria y directa”* la suspensión del trabajo; la suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa hasta por 120 días, *“por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador”*, previa autorización del Ministerio del Trabajo; la licencia temporal concedida al trabajador (salvo acuerdo entre las partes, que imponga el pago del salario en estos casos, según el art. 57 # 6 del Código) –si bien debe anotarse que esta disposición fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-930/2009, según la cual en lo sucesivo la licencia debe

³⁷⁴ La Ley federal del trabajo mexicana expresa el sinalagma en términos más simples en el art. 82: *“salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo”*

³⁷⁵ Aunque el auxilio legal de transporte se tiene en cuenta en la base para liquidar las prestaciones legales (art. 7º, de la Ley 1ª de 1963).

³⁷⁶ Sentencias Rad. 7178 (06/02/1995), 31186 (25/03/2009), 44291 (24/04/2012), entre otras.

remunerarse-, o la suspensión disciplinaria de éste; el ser llamado el trabajador a prestar servicio militar; su detención preventiva y la huelga³⁷⁷. Durante estas suspensiones del contrato se interrumpe para el empleador la obligación de pagar el salario, así como para el trabajador la suya de *“prestar el servicio prometido”*.

Sin embargo, de otro lado, otras normas del CST acogen la teoría de la disponibilidad, como el artículo 140, que ordena el reconocimiento del salario cuando el servicio no se preste por disposición o culpa del empleador³⁷⁸. En concordancia con ello, el mismo Código, en su artículo 57, establece como una de las obligaciones del empleador poner a disposición del trabajador los instrumentos y materiales necesarios para la realización de las labores contratadas, entendiéndose que, si no lo hace, deberá pagar el salario correspondiente porque el trabajador estuvo dispuesto a ejecutar la labor. La jurisprudencia también ha reconocido que, bajo ciertas circunstancias, la disponibilidad del trabajador (por ejemplo durante días de descanso), genera la obligación salarial por concepto de recargos³⁷⁹.

No obstante lo dicho, es posible sostener –a pesar de la descrita adjudicación de la causa de la obligación salarial a la prestación del servicio o a la disponibilidad, que hace el CST en

³⁷⁷ En el caso de huelga el empleador no estará obligado al pago del salario, por el tiempo que dure la suspensión de labores, a menos que esta sea imputable al empleador, por desconocer derechos laborales o convencionales (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-1369/2000).

³⁷⁸ *“Salario sin prestación del servicio. Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del patrono”*. En el derecho comparado se encuentran disposiciones similares. Por ejemplo el Estatuto del Trabajo español, (artículo 30) indica: *“Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.”*

³⁷⁹ Por ejemplo la sentencia SL-5584-2017, Rad. 43641, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

las citadas normas-, que existe una sola causa genérica, o factor común, de la obligación salarial en Colombia: *la relación de trabajo*.

Según De la Cueva (1970), es preciso distinguir entre el contrato de trabajo –acuerdo de voluntades para producir determinados efectos jurídicos queridos por las partes-, de la relación individual de trabajo, que es “*el conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para el trabajador y el patrono, del simple hecho de la prestación del servicio*”, hecho este último que determina, por si solo, la aplicación del Derecho del Trabajo, “*cualquiera haya sido la voluntad de las partes*” (pp. 478 y 479). Así, como señalara Camacho (1961), la relación de trabajo debe entenderse ante todo como “*vinculada al hecho del trabajo*” (p. 23).

En el CST, el principal texto que permite diferenciar el contrato de trabajo de la relación de trabajo subordinada, es su art. 24 (subrogado por el art. 2º de la Ley 50 de 1990): “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Esta norma consagra el llamado por la doctrina “contrato realidad”, según el cual, bastará probar la existencia del servicio para que, *iuris tantum*, se derive la del contrato de trabajo³⁸⁰.

El art. 31 del CST también alude a la relación de trabajo, que existirá cuando un menor de edad prestare servicios personales subordinados, sin la autorización del inspector de trabajo (art. 30 CST).

La relación de trabajo subsiste aun cuando el contrato de trabajo sea ineficaz. En efecto, el art. 43 del CST señala que aun cuando existan cláusulas ineficaces en el contrato de trabajo, por estipular condiciones que desmejoren la situación del trabajador con relación a lo establecido en normativas que conformen el estatuto del trabajo (preceptos constitucionales, legislación, fallos arbitrales, pactos, convenciones, etc.), o por ser ilícitas o ilegales, queda

³⁸⁰ Ello implica que la carga de la prueba se traslada al empleador (Corte Constitucional, sentencia C-665/98)

incólume el derecho del trabajador para reclamar el pago de sus salarios por el tiempo que haya durado el servicio y hasta que dicha ineficacia³⁸¹ haya sido declarada judicialmente³⁸². Ello es consecuencia, obviamente –dice Costa (2005)-, de que en la relación laboral no es posible la restitución mutua de prestaciones, para regresar al *statu quo* inicial de las partes (p. 37)³⁸³.

Nótese, entonces, que, según las normas citadas, la obligación a cargo del empleador de retribuir los servicios prestados, tiene su origen en el hecho de la relación de trabajo, que ha surgido aún sin intención, o teniéndola y plasmándola en un contrato de trabajo, cuando éste ha devenido ineficaz.

La relación de trabajo no surge, entonces, por voluntad de las partes –como el contrato de trabajo-, sino por ministerio de la ley. Para que ella exista no se requiere la celebración de un contrato de trabajo verbal o escrito. Dicha relación está regulada ante todo, por un conjunto normativo heterónomo y no sujeto a acuerdo entre las partes, que está anclado fundamentalmente, de un lado, en intervenciones del Estado, manifestadas en la Constitución y en la ley laboral –que son, como tales, normas de orden público- y, de otro lado, en los convenios surgidos de la autonomía colectiva, si ellos existieren. Es el denominado Estatuto del trabajo, al que se hizo referencia en el capítulo segundo. Por eso, en palabras de la Corte Constitucional colombiana, mediante el Derecho del Trabajo,

³⁸¹ En la ineficacia no se producen los efectos propios del contrato, a pesar de que las partes del contrato pretendieron darle validez jurídica, por falta de algún requisito esencial. El acto es inexistente.

³⁸² El Estatuto del Trabajo español (art. 9-2) reconoce el mismo efecto, pero no en caso de cláusulas ineficaces sino en caso de que el contrato resultase nulo. En igual sentido se expresa el art. 2126 del Código civil italiano, aunque agrega que tal efecto se dará siempre y cuando la nulidad no derive de objeto o causa ilícitos.

³⁸³ A la relación de trabajo aludía también el original art. 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto-Ley 2158 de 1948), cuando señalaba que “*la jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo. También conocerá de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo (...)*”.

*“[s]e busca (...) establecer una relación de equilibrio entre el capital y el trabajo, es decir, entre lo económico y lo social, mediante la consagración de unas normas protectoras del trabajo subordinado, dirigidas a reconocer unas garantías o derechos mínimos económico-sociales, para asegurar a los trabajadores el trabajo en condiciones dignas y justas”*³⁸⁴

Y tales condiciones deben asegurarse por el Estado,

*“con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad (...)”*³⁸⁵

La Constitución colombiana consagra en su artículo 53 una serie de principios fundamentales, que de forma imperativa –y como piso mínimo–, rigen la legislación laboral que se haya expedido o se expida en el futuro, tanto para el sector público como para el privado, incluyendo en ella el que la misma norma denomina *“Estatuto del trabajo”*³⁸⁶, así el legislativo aún no lo haya formalizado.

Y uno de esos principios fundamentales es el de *“irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”*, que obviamente remite a todos los derechos consagrados en la legislación laboral con carácter de derecho necesario o de orden público, y que, por tenerlo, no están sujetos a acuerdo entre las partes. En consonancia con lo anterior, el art. 14 del CST señala que los preceptos legales que regulan el trabajo humano son de orden público y por tanto irrenunciables, salvo los casos expresamente indicados por la ley. El propio canon superior citado concluye que *“[l]a ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*.

³⁸⁴ Sentencia T-143/95.

³⁸⁵ Sentencia C-521/95.

³⁸⁶ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-055/1999.

De otro lado, el art. 1° del CST indica que su finalidad es la de lograr la justicia en las relaciones entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu “*de coordinación económica y equilibrio social*”. Y a su vez, el art. 18 de la misma codificación ordena que para interpretarla debe tenerse en cuenta dicha finalidad. Esto significa que la relación de trabajo subordinada, en general, no puede entenderse desde una rigurosa lógica mercantil como contrato meramente cambiario, sino que ha de consultarse su alcance social.

Dado el anterior contexto normativo, es dable concluir que el salario encuentra su causa no solamente en la prestación del servicio o en la puesta a disposición del trabajador, sino -y sobre todo-, en la propia relación de trabajo. Esa relación está presente, sin solución de continuidad, durante todo su tracto, dentro del cual habrá tanto prestación directa del servicio por parte del trabajador, como disponibilidades de éste a las órdenes del empleador, así como lapsos en los que no se presenta ni la una ni la otra, como las vacaciones o los descansos obligatorios.

La jurisprudencia colombiana se inclina por este entendimiento de la causa de la obligación salarial. Así, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha sostenido que tanto el salario como las prestaciones sociales, las indemnizaciones y los descansos remunerados, tienen su causa en la subordinación, que es el elemento distintivo de la relación de trabajo³⁸⁷, interpretación que ha sido acogida por la Corte Constitucional colombiana³⁸⁸.

De lo dicho fluye que el salario que ha de reconocerse al trabajador o trabajadora que estén amparados por el principio de equidad retributiva -bien sea *TI* o *TIV*-, debe incluir no solamente lo que corresponda a la remuneración básica propia de la prestación directa de su servicio, sino

³⁸⁷ Sentencia Rad. 5481 (12/02/1993), reiterada en otras providencias como las Rad. 27851 (24/04/2007) y 40509 SL-403-2013 (03/07/2013).

³⁸⁸ Sentencias C-521/95 y C-710/96, entre otras.

todos aquellos otros componentes de la remuneración que se causen por motivo de la relación laboral surgida –deliberadamente o no-, entre las partes.

De manera que, cuando el art. 143 CST habla de que el trabajo igual (o, según lo visto antes, el trabajo de igual valor), debe retribuirse con un salario igual, “*comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127*”, debe entenderse que la retribución no solamente debe comprender el salario básico que corresponda a la labor o servicio igual o de igual valor efectivamente prestados, sino también cualquier otro emolumento que, concerniendo a la relación de trabajo, sea causado por el trabajador o trabajadora pretenses, en las mismas condiciones en que fueron reconocidos al trabajador o grupo de trabajadores con quienes aquellos fueron comparados. Y ello deberá incluir conceptos que se consideren no salariales.

Expuesta en los anteriores términos –y no con una interpretación literal del art. 127 del CST en la remisión que a él hace el art. 143-, la remuneración que debe reconocerse en Colombia por un trabajo igual o de igual valor, es consistente con el art. 1º del Convenio 100 de la OIT, cuando exige que la remuneración que se reconozca por trabajos de igual valor debe ser la que corresponda al “*concepto de empleo*” del trabajador, ya que esa noción –como se sostuvo en el capítulo quinto-, se refiere a la relación de trabajo y no al trabajo efectivamente prestado o a la disponibilidad. Ello no significa que al trabajador cuya labor sea la misma o cuyo cargo posea el mismo valor que el de otro, tenga que reconocérsele exactamente los mismos conceptos retributivos que se le pagan a éste, sino que uno y otro trabajadores deberán estar cobijados con los mismos beneficios señalados para la tarea o la ocupación, pero en la medida en que ellos los causen objetivamente (primas de diversa índole, recargos por trabajo suplementario, etc.).

Conforme a lo expuesto, no tienen sustento los reclamos formulados por la CEACR al estado colombiano desde 1994, en el sentido de que debe reformarse el art. 128 (modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990), en relación con el art. 143, pues el primero excluye ciertos ítems retributivos de la calidad de salario³⁸⁹.

5. La carga de la prueba en procesos judiciales por trato discriminatorio retributivo en Colombia.

Desde sus inicios, la aplicación del principio de igualdad retributiva –bajo la modalidad “*a trabajo igual salario igual*”–, exigió que la prueba del trato diferente discriminatorio fuera aportada por el trabajador. Esta concepción del *onus probandi* en materia procesal laboral es un trasunto de las reglas del Derecho Procesal Civil. Según éste, la carga de la prueba, aparte de contener una regla de juicio para el juez, adjudica a las partes la facultad de aducir o solicitar las pruebas necesarias para convencer al juez acerca de los hechos que sirven de base a sus pretensiones o excepciones, en interés propio y con entera libertad, pero su inobservancia les implica consecuencias desfavorables. La carga de la prueba, como enseña Devis (1967), indica a cuál parte del proceso corresponde evitar que haya ausencia de prueba de los hechos que ella requiere comprobar (p. 605).

Quizás el primer tribunal nacional que estableció reglas sobre la carga de la prueba dentro del principio *TI*, fue la Suprema Corte de Justicia de México –lo que es entendible, pues fue en ese país, como ya se anotó, donde surgió por vez primera dicho principio. Inicialmente –en 1940 y en posición que hoy parece pionera y premonitoria de la actual tendencia³⁹⁰–, ella sostuvo que, para obtener la nivelación salarial, dicha carga correspondía al empleador, en el

³⁸⁹ OIT-CEACR (2010), OIT-CEACR (2012)

³⁹⁰ Por ejemplo, en la sentencia del 14 de julio de 1936 y en otras de 1940.

sentido de que él debía acreditar que los trabajadores que solicitaban la igualdad salarial, “*no desempeñaban trabajo igual al que se retribuía en mayor proporción a otro u otros trabajadores respecto de los que piden esa nivelación*”. Posteriormente, en 1948, modificó esta postura, cuando sostuvo que “*es a la parte actora y no a la parte demandada, a quien corresponde acreditar la existencia de los requisitos indispensables para que prospere la acción de nivelación de salarios*”³⁹¹ (De la Cueva, 1970, p. 655).

Por su parte -de forma constante y pacífica-, la jurisprudencia colombiana, tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, también ha sostenido en múltiples pronunciamientos que corresponde al demandante la carga de probar la igualdad de trabajos, para obtener la nivelación salarial. O sea, es al trabajador que pretenda tal nivelación, a quien incumbe comprobar que desempeña un trabajo igual al de otro u otros trabajadores específicos, en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, y que sin embargo su labor es retribuida con un salario inferior al que éste o éstos devengan³⁹².

La anterior postura de la Corte Suprema de Justicia se fundamenta en el art. 145 del CPT, que dispone que cuando no existan disposiciones especiales en éste “*se aplicarán las normas análogas de este decreto*” (se refiere al Decreto 2158 de 1948 que originalmente expidió dicho código) “*y, en su defecto, las del Código Judicial*”. Y, dado que en el procedimiento del trabajo no existen normas que rijan la carga de la prueba, debe recurrirse al derecho adjetivo civil (CPC, art. 177), que preceptúa: “*Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. Es decir, la

³⁹¹ Por ejemplo, las sentencias del 8 de enero y 29 de abril de 1948.

³⁹² Por ejemplo las sentencias del 31/05/1947 (TST, 1947), 23/11/1967 (Ortega, 1971, p. 251) y 13/06/1970, así como las sentencias radicados 9255 (25/09/1997) 13346 (05/07/2000), 19089 (13/12/2002), 13346, 26437 (02/11/2006), 25741 (15/02/2006), 25742 (25/04/2006), 27998 (27/03/2007), 28441 (20/10/2006), 32249 (22/07/2009), entre muchas otras.

prueba del trato salarial discriminatorio corresponde al trabajador accionante y no al empleador.

Por su parte, desde 1994 la Corte Constitucional sostuvo una tesis contraria: en los casos de transgresión al principio de igualdad en el ámbito laboral, no se aplica el principio romano *onus probandi incumbit actor*, o sea, la carga probatoria no debe estar en cabeza del trabajador demandante, sino a cargo de su empleador. Dijo:

*(...) si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato*³⁹³.

Tal postura fue más tarde reiterada por ese alto tribunal constitucional, agregando que “[e]l afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación”³⁹⁴.

Este planteamiento de la Corte Constitucional –que constituye un verdadero traslado de la carga probatoria al empleador-, no fue compartido por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que –continuando una larga tradición jurisprudencial que databa desde el extinguido TST-, siguió sosteniendo que el *onus probandi* en los casos de discriminación salarial, correspondía al trabajador y no al empleador.

La tesis de que la carga probatoria en casos de posible discriminación salarial corresponda siempre al trabajador que pretende la nivelación salarial, no ha sido pacíficamente aceptada siempre. El laboralista mexicano Mario de la Cueva (1970), por ejemplo, cuestionó esta postura desde los años cuarenta del siglo pasado, cuando afirmó que la cuestión de la carga de la prueba

³⁹³ Sentencia T-230/94.

³⁹⁴ Basta como ejemplos las sentencias T-079/95 y T-335/00.

es un asunto más complejo de lo que aparenta, lo que significa que la respuesta no pueda ser una regla absoluta. “*En ocasiones, la carga de la prueba corresponderá al trabajador y, en otras, al empresario*”, afirmó (p. 657).

Para acompasar el derecho adjetivo colombiano con las tendencias contemporáneas en el tema –una de las cuales es la dinamización de la carga probatoria-, el 12 de julio de 2012 se expide el Código General del Proceso, cuya finalidad (art. 1º) es regular “*la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios*”, pero que se “*aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad (...), en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes*”. En el caso del CPT, en sus normas no se regulan varios actos procesales (por ejemplo, la apelación adhesiva, el desistimiento y la transacción, el recurso de queja, etc.), por lo que –dado que además el art. 145 del CPT lo prescribe expresamente-, ha de recurrirse a las normas procesales generales. (Botero, 2013, pp. 17 a 19). Desde el punto de vista procesal laboral, uno de los temas más importantes en el que se aplican, por analogía, las normas del CGP, es el de la carga de la prueba.

A pesar de que, como regla general, el CGP continúa consagrando la tradicional asignación del *onus probandi* a la parte interesada en sacar adelante sus pretensiones, ese estatuto adjetivo introduce en el derecho probatorio colombiano la posibilidad para el juez de utilizar la figura de la carga dinámica de la prueba, que consiste en que éste podrá adjudicar el gravamen probatorio a la parte que esté en mejor situación para aportar la prueba requerida, y no necesariamente exigirla a la parte interesada en obtener el resultado a que su aducción llevaría. Dice el art. 167 del CGP:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del

proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de la prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este Código.

La posibilidad para el juez de adoptar el principio de la carga dinámica de la prueba es sin duda más acorde con el derecho antidiscriminatorio, que la de aplicar el principio tradicional. Efectivamente, cuando se está frente a posibles eventos de trato salarial segregador, donde la prueba consiste en allegar elementos que normalmente no están al alcance del trabajador (por ejemplo, indicadores de eficiencia, parámetros de evaluación del desempeño, fundamentos conceptuales de los sistemas de clasificación profesional, etc.), es más razonable que el juez pueda exigir que ellos sean arrimados por el empleador, ya que él es quien los establece, los adopta, o los administra.

Con tal fundamento, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha venido cambiando su tradicional posición frente al *onus probandi* en materia de discriminación salarial, al aceptar que, por virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, el empleador puede ser gravado por el juez con la obligación de aportar las evidencias que lleven a éste a determinar la existencia o no del trato retributivo discriminatorio³⁹⁵.

Pero incluso antes del CGP, la legislación laboral había dado un paso más avanzado, específicamente en materia de discriminación salarial: la Ley 1496 de 2011, en su art. 7º,

³⁹⁵ Sentencias Rad. 43090, SL16404-2014 (05/11/2014) y 44317, SL17462-2014 (10/12/2014)

agregó un tercer ordinal en el art. 143 del CST: “*Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación*”.

Esta innovación de la Ley 1496 de 2011, acarrea cuatro efectos:

- i) El asunto de la carga de la prueba, específicamente en el ámbito de la discriminación salarial, ya no es materia que –por falta de previsión expresa en la normativa laboral-, deba ser administrada por vía analógica, según lo dispuesto por el art. 145 CPT, es decir, por remisión a la regulación procesal general. Esto se afirma, porque el art. 7º de la mencionada ley consagra una norma procesal propia y expresa, por lo que no se requiere de norma supletoria.
- ii) Ya que la Ley 1496 de 2011 es posterior al CGP, la posibilidad de que el juez aplique el principio de la carga dinámica de la prueba, por virtud de la remisión analógica al segundo y tercer incisos del art. 167 el CGP, tampoco es viable dentro de procesos en los cuales se diluciden posibles transgresiones al principio de igualdad retributiva. A tenor del nuevo numeral tercero del art. 143, no se trata ya de que el juez, eventualmente, pueda volcar el gravamen probatorio a una o a otra parte, según lo que en su criterio ameriten las circunstancias del caso, sino que en todos los casos corresponderá al empleador o ex empleador derruir la presunción de trato salarial discriminatorio, como se explicará enseguida.
- iii) Claramente el *onus probandi*, en los procesos donde se ventilen asuntos referidos a presuntas violaciones al principio de igualdad salarial y a las consecuentes pretensiones de nivelación retributiva, no corresponde ya a la parte accionante sino al empleador accionado. La Ley 1496 de 2011, en su modificación al art. 143 CST, introduce la presunción de que todo trato salarial diferenciado, *prima facie*, es

ilegítimo, esto es, discriminatorio. Pero, siendo una presunción *iuris tantum* y no de derecho, se admite prueba en contrario, consistente en que el empleador compruebe que ese trato diferenciado obedece a factores objetivos, razonables y proporcionales y desvirtúe así la apariencia de lesividad al principio de igualdad salarial. O sea, la acción que llevó al trato diferente debe ser sometida al escrutinio de un juicio de proporcionalidad, si fuere el caso. Y si el empleador no aportare pruebas convincentes en ese sentido, deberá ser condenado a la nivelación salarial.

Lo anterior puede ser de la mayor trascendencia en el caso de discriminaciones salariales por razón de sexo, no sólo directas sino sobre todo indirectas, generadas por no aplicarse debidamente el principio de “*salario igual por trabajo de igual valor*”. En tales casos, el empleador deberá probar que las medidas, políticas, acciones, etc., que tomó y que desencadenaron el efecto adverso a la accionante o accionantes, son objetivas, es decir, tienen finalidad legítima según la Ley y la Constitución y que los medios utilizados son necesarios y adecuados.

- iv) No obstante, de la expresión “*se presumirá injustificado*”, que trae el nuevo numeral 3 del art. 143 –referida a los tratos retributivos–, puede deducirse que a la parte accionante le corresponderá suministrar, por lo menos, una prueba indiciaria que muestre la existencia de un trato salarial diferente; es decir, no bastará solamente con afirmar que ella es objeto de discriminación retributiva, sino que deberá probarse el hecho que sirva de soporte al indicio (art. 240 CGP)³⁹⁶, que a su vez lleve a inferir que posiblemente hay un trato retributivo dispar directo o

³⁹⁶ Por ejemplo, comparativos básicos de salarios por trabajos aparentemente iguales o del mismo valor, evidencias de ubicación en un escalafón, estadísticas sencillas que muestren las desventajas de un colectivo al que el accionante pertenezca, etc.

indirecto. Al respecto se remite a lo dicho en el acápite 5 del capítulo 4° de esta obra.

Aparte de las pruebas pedidas por las partes y decretadas por el juez, éste deberá, en las oportunidades procesales correspondientes, decretar de oficio las que considere pertinentes y necesarias para esclarecer los hechos discriminatorios (art. 170 CGP)³⁹⁷.

6. Una política pública para llevar a la práctica el principio *TIV* en Colombia.

Como se dijo al introducir este capítulo, cuando el Congreso colombiano aprobó el Convenio 100 de la OIT, por medio de la Ley 54 de 1963 (31 de octubre), y cuando el gobierno lo ratificó al año siguiente (7 de junio de 1964), pero sobre todo cuando dicho convenio fue promulgado y convertido en norma interna obligatoria mediante el Decreto 43069 de 1997³⁹⁸, es probable que el legislativo y el ejecutivo colombianos no fueran realmente conscientes de lo que acarrearía adoptar el principio *TIV*, ya que es presumible que lo consideraran equivalente al postulado *TI*. Pero lo que más llama la atención es que, aún en la actualidad, no parece que hubiera esa conciencia en las autoridades públicas. Así lo demuestra el hecho de que en el tiempo transcurrido desde su conversión en norma interna válida y obligatoria por virtud de su promulgación, no se han desplegado, por parte de las autoridades o por el actuar particular, un conjunto de acciones (de política, administrativas, jurídicas, etc.), que conduzca a su implantación práctica en el país. Lo narrado en los acápites 2.3. y 2.4. de este capítulo así lo corrobora.

³⁹⁷ Al respecto, sentencia Rad. 37804 (06/09/2012), de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, así como la sentencia T-335/00 de la Corte Constitucional.

³⁹⁸ Promulgado en el Diario Oficial el 26 de junio de 1997.

De lo explicado en esta monografía fluye que el principio *TIV* es más sofisticado que el principio *TI*. Por eso, para lograr su entendimiento y sobre todo para su aplicación práctica, se requiere un conjunto de medidas en distintos frentes (político, social, económico y cultural), adoptadas e impulsadas por el estado. El estado colombiano está obligado a ello no solamente porque así fluye de los convenios 100 y 111 de la OIT, sino también por disposición expresa del art. 2º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer³⁹⁹. También puede decirse que una acción en tal sentido es coherente con las recomendaciones del Banco Mundial (2012), en el sentido de *“eliminar las normas y reglamentaciones que promueven prácticas sesgadas o incluso discriminatorias y que privan a las mujeres de igualdad de oportunidades en el empleo”*. (p. 30).

Colombia es un país en el que el estado juega un papel preponderante en las relaciones laborales y esa circunstancia, unida al ya señalado refinamiento del principio *TIV*, obligan a la adopción de una política pública que vaya más allá de la expedición de normas jurídicas o de acciones administrativas o judiciales aisladas.

Esa política debería incluir:

³⁹⁹ Esta Convención -que es vinculante para el estado colombiano como ya se dijo antes-, impone a los países que la ratifiquen varias obligaciones, como *“(…) b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (…)”*

- i) Asegurar la comprensión de manera clara del principio *TIV* por parte de las autoridades públicas, que incluya sus diferencias con el principio *TI*. Es necesario entender que no es lo mismo el uno que el otro, como hasta ahora generalmente parece que se ha interpretado, incluso por las autoridades e instancias competentes.
- ii) Definir el alcance práctico, funcional y geográfico, que se buscará en la aplicación del principio *TIV*. Particularmente asignar un énfasis especial a su aplicación a la remuneración femenina. Pretender desde el inicio implantar el principio para todos los sectores, por ejemplo, es utópico en las circunstancias de Colombia y de muchos otros países. Sería menester pensar en una aplicación progresiva, comenzando, quizás, con experiencias piloto.
- iii) Establecer unos objetivos cuantificables, obtenibles en los tiempos previstos.
- iv) Diseñar las estructuras del sistema, de forma que se asegure la aplicación del principio *TIV*. Sería preciso definir los métodos idóneos de valoración de puestos de trabajo, los procedimientos y las entidades responsables de fomentar y hacer efectivo el principio (agencias u organismos estatales especializados –como la Consejería de Equidad para la Mujer y el propio Ministerio de Trabajo, que deberían ser reforzados con este fin), la inspección de trabajo, los mecanismos arbitrales, la negociación colectiva, etc.) y la infraestructura material y humana necesaria.
- v) Cuantificar los costos económicos del sistema.
- vi) Señalar las fuentes de financiación del sistema.
- vii) Producir las regulaciones y adecuaciones jurídicas necesarias, generales y reglamentarias, coherentes con el principio *TIV*.
- viii) Establecer acciones afirmativas, si fuera del caso.

- ix) Diseñar planes de formación, con participación de la universidad, dirigidos a jueces, funcionarios, sindicatos, trabajadores y empleadores.
- x) Establecer mecanismos de seguimiento, estadística, fomento o reconocimiento (sellos de calidad, por ejemplo) y evaluación.

La experiencia internacional demuestra que la implantación del principio *TIV* no es asunto sencillo, sobre todo porque ella debe apoyarse en un sistema jurídico, judicial y sobre todo administrativo, que asegure el combate efectivo, no solamente de las discriminaciones retributivas directas, sino de las indirectas (en particular de aquellas –las más frecuentes actualmente-, que van en contra de las mujeres), cuyo descubrimiento requiere, además de metodologías, del suficiente soporte administrativo y judicial.

CONCLUSIONES

La pregunta principal de esta investigación se considera resuelta mediante la absolución de las preguntas parciales formuladas, a saber:

1. ¿Cuál es la incidencia del principio general de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral?

El principio general de igualdad y no discriminación, tal y como hoy se concibe y que constituye el eje de la construcción democrática contemporánea, ha tenido desarrollos importantes en el campo laboral, al punto de constituir el eje del Derecho del Trabajo. En sus orígenes iluministas, la igualdad fue eminentemente de índole formal o ante la ley, lo que permitía al legislativo dispensar tratos diferenciados, aduciendo la utilidad común, dentro de un falso universalismo. Pero los ulteriores desarrollos del principio llevaron a que éste se orientara también a exigir que hasta el mismo legislativo, al producir la ley, se ciñera a él (igualdad en la ley).

Surge el concepto de igualdad de trato: dos entes se considerarán iguales, no porque lo sean en todas sus características, sino porque lo son en algunas relevantes (igualdad por equiparación), descartando las que no lo sean. Y se considerarán desiguales aquellos que, compartiendo algunos elementos iguales, exhiban otros significativamente disímiles (igualdad por diferenciación). El concepto de no discriminación cobra entonces importancia crucial: no deberá reconocerse trato desigual por motivos ilegítimos.

El refinamiento del principio de igualdad ha llevado a que se distinga entre discriminación directa e indirecta. La primera consiste en negar la igualdad de trato con base expresa en motivos irrelevantes (sexo, edad, raza, procedencia social, opinión política, creencias religiosas, etc.). La indirecta consiste en invocar el cumplimiento de una norma, criterio, política o práctica aparentemente neutros, que termina dando un trato desfavorable a ciertas personas o colectivos (efecto adverso), salvo que aquellos puedan justificarse como proporcionales, necesarios y adecuados.

Estos conceptos son plenamente aplicables en el terreno laboral. En la relación de trabajo, la pretensión liberal de que las partes son iguales fue rápidamente desvirtuada por los hechos, que muestran –por el contrario-, una desigualdad estructural de las partes, lo que se evidenció palmariamente en las relaciones de trabajo dependiente surgidas en las sociedades capitalistas tempranas. En ellas, el trabajo se consideró una mercancía con valor de cambio, para lo cual surge una noción funcional al mercado: el concepto de trabajo abstracto, en contraposición al trabajo concreto, propio de las corporaciones preindustriales. De esta manera, la relación de trabajo se concibió con carácter eminentemente patrimonial, entre sujetos libres e iguales, que intercambian una mercancía (el trabajo) y un precio (el salario), lo que llevó a ignorar el contenido profundamente humano del trabajo. Ante la explotación y precariedad que generó esta concepción del trabajo concebido como objeto de intercambio se proclamó su mentís: “el trabajo no es una mercancía” (Constitución de la OIT, 1919).

Aceptado el carácter no mercantil del trabajo, el Derecho Laboral compensa la desigualdad vertical estructural de las partes mediante el llamado Estatuto del Trabajo, un conjunto de normas de derecho necesario y de orden público, que constituye un límite a la autonomía contractual de las partes. Pero además, esa tarea niveladora la hace mediante la adopción de dos estrategias: en el campo individual, imponiendo restricciones al poder de subordinación;

en el campo colectivo, protegiendo la autonomía colectiva. Adicionalmente, busca la paridad de trato entre los trabajadores (igualdad horizontal), impidiendo que se dispensen tratos diferenciados entre ellos, sin razones objetivas.

Ello tendrá importantes repercusiones en el salario, donde el principio de igualdad se expresará mediante dos postulados –“a trabajo igual salario igual” y “a trabajo de igual valor salario igual”), a los cuales se refiere la siguiente pregunta de investigación.

2. ¿Cómo concretan el principio general de igualdad y no discriminación en el campo de la retribución, los principios “a trabajo igual salario igual” y “a trabajo de igual valor salario igual” y cuáles son sus alcances y diferencias?

Una de las consecuencias más importantes de la igualdad horizontal de los trabajadores – resultado además de la concepción humanista y no meramente mercantil del trabajo-, es el deber del empleador de reconocer a sus trabajadores un salario igual, cuando la labor de éstos sea la misma. Esta igualdad retributiva es diferente a la que describieron los economistas clásicos en las primeras sociedades de mercado, donde existía una igualdad natural de los salarios (cuyo monto obedecía al coste de subsistencia del trabajador y su familia), únicamente alterada por circunstancias específicas y excepcionales.

El derecho a la igualdad salarial se ha expresado mediante dos postulados: “a trabajo igual salario igual” (*TI*) y “a trabajo de igual valor salario igual” (*TIV*). El primero fue inicialmente adoptado en la Constitución mejicana de 1917. El segundo fue inicialmente consagrado por la Constitución de la OIT (1919), reiterado en la Declaración de Filadelfia (1944) y reafirmado en la enmienda a la Constitución de la OIT de 1946.

El principio *TI* combate sobre todo las discriminaciones salariales directas, en tanto que el principio *TIV* es más idóneo para enfrentar las indirectas. El primero se opone a las

segregaciones retributivas cuando los trabajadores efectúan la misma labor y no existen razones objetivas y válidas de diferenciación. El segundo, a las discriminaciones salariales, incluso entre cargos diferentes, cuando éstos poseen el mismo valor. Ambos principios reflejan las justicias conmutativa y distributiva.

Aunque cada principio tiene significados y alcances distintos, en la primera mitad del siglo XX se consideraron equivalentes, hasta el Convenio 100 de la OIT, que describió los ribetes propios del principio *TIV*. Desde entonces el principio *TIV* se ha utilizado sobre todo para combatir las discriminaciones salariales entre hombres y mujeres, aunque por naturaleza podría aplicarse en favor de otros colectivos y minorías.

Como resultado de esta investigación, se concluye que las diferencias entre los principios *TI* y *TIV* se resumen en:

- i) *TI* compara contenidos de las tareas, en tanto que *TIV* compara los valores de ellas;
- ii) En *TI* se exige que los trabajadores que se comparan realicen el mismo trabajo, mientras que *TIV* exige que los trabajos de ambos exhiban el mismo valor;
- iii) En *TI* se exige identidad en las labores, mientras que en *TIV* se demanda su equiparación o equivalencia;
- iv) En *TI* se evalúa el desempeño; en *TIV* se valora el cargo;
- v) El *TI* busca sobre todo la igualdad formal; *TIV* pretende la igualdad material.

Es claro que el postulado *TIV* es más idóneo para alcanzar el objetivo antidiscriminatorio entrañado en el principio de igualdad retributiva, toda vez que mediante aquel se combaten no solamente las segregaciones retributivas directas sino también las indirectas, cosa que no logra el postulado *TI*.

3. ¿Específicamente, qué significa el trabajo de igual valor?

El valor del trabajo puede apreciarse principalmente desde tres puntos de vista: desde el mercado, desde la productividad del trabajador y desde la naturaleza misma del trabajo.

En la perspectiva del mercado, el valor del trabajo es el que señala la oferta y la demanda, según la abundancia o escasez de personas que puedan acreditar las condiciones o calificaciones exigidas. La valoración del trabajo por el mercado usualmente refleja los prejuicios culturales o ideológicos propios de la sociedad, por ejemplo con respecto a ciertas minorías o a las mujeres. En ciertas circunstancias, la valoración del mercado puede ser relevante, sobre todo cuando se trata de la apreciación de calificaciones exigidas por el aparato productivo, cuando ellas son realmente escasas.

El valor del trabajo también puede evaluarse en función de la contribución del trabajador a las metas empresariales (rendimiento, productividad). Los sistemas retributivos basados en esta clase de apreciación serán legítimos, en la medida en que ellos no encubran sesgos segregacionistas.

En tercer lugar, el valor del trabajo puede apreciarse según su naturaleza misma. Este enfoque es acorde con el principio jurídico de igualdad salarial propio del Derecho del Trabajo contemporáneo. Alude a la naturaleza del trabajo mismo, a su valor intrínseco, al margen de factores extrínsecos a esa índole (como los fijados por el mercado) y con abstracción de la contribución individual o subjetiva de un determinado trabajador a las metas empresariales. En cualquier caso, el verdadero valor del trabajo también es ajeno a factores de tipo discriminatorio. De esta manera, dos trabajos poseerán igual valor, cuando su significado o utilidad sean equiparables, aun cuando sean diferentes. Y su retribución deberá ser la misma, salvo diferenciaciones basadas en factores objetivos.

Para encontrar el valor de un trabajo deben estimarse cuatro factores: capacidades, esfuerzo, responsabilidades y condiciones de trabajo. Al tenerse en cuenta estos cuatro factores,

la valoración del trabajo adquiere neutralidad, lo que permite combatir tanto las discriminaciones directas como las indirectas.

De los métodos utilizados para valorar el trabajo, los de tipo cuantitativo o analítico son los que ofrecen mayor neutralidad, es decir, alejan la posibilidad de que el trabajo sea apreciado con fundamento en factores ilegítimos, particularmente el sexo de quien desempeña la labor. En efecto, los métodos cuantitativos o analíticos, al diseccionar los trabajos en sus distintos componentes y asignar a éstos un puntaje, permiten valorar dichos trabajos de manera más objetiva y libre de sesgos y prejuicios.

En cuanto a los ámbitos de comparación para aplicar el principio *TIV*, deben distinguirse dos aspectos: de un lado, si las comparaciones se realizan entre trabajadores vinculados con un mismo empleador o con empleadores distintos; de otro lado, si las comparaciones se verifican entre trabajadores que desempeñan coetáneamente sus trabajos (sincronía), o entre trabajadores que realizan actualmente un trabajo y trabajadores que lo hicieron en época anterior, pero que ya no lo desempeñan (diacronía). Con respecto a la primera situación, aquí se concluye que la aplicación del principio es viable cuando el factor clave de comparación es la existencia de un parámetro común para los trabajos que se cotejan, parámetro que permite hacer el comparativo entre los trabajos que se desempeñen al servicio de uno o más empleadores cobijados por ellos (por ejemplo una misma convención colectiva, o una misma clasificación profesional). No se considera procedente la aplicación del principio cuando no exista dicho parámetro.

Con respecto al segundo aspecto, aquí se concluye que los comparativos pueden hacerse tanto con trabajos sincrónicos como con trabajos diacrónicos, pero siempre y cuando subsista en ambos momentos el parámetro objetivo común de comparación y no hayan surgido elementos que justifiquen objetivamente un trato retributivo disímil.

El principio *TIV* ha tenido una mayor aceptación en países industrializados. En América Latina, a pesar de que la práctica totalidad de los países de la región han ratificado el Convenio 100 de la OIT, dicho principio no ha tenido mayor arraigo, pues persiste el principio *TI* en muchas legislaciones internas y en la práctica.

El núcleo de las críticas al principio *TIV* radica en que éste no es consistente con la flexibilidad laboral que se exige en las economías de mercado. Sin embargo, frente a tal cuestionamiento, debe decirse que los beneficios de la flexibilidad no es justo atribuirlos únicamente a alguno de los actores de las relaciones laborales, sin contraprestación alguna. De ahí que el principio *TIV*, con su sentido de justicia sobre todo distributiva, no deba relegarse incondicionalmente a los dictámenes del mercado y, por el contrario, su aplicación deba dilucidarse con moderación y equilibrio. De ahí que en casos en que se enfrenten la valoración del mercado u otra proveniente del empleador, con la del principio *TIV* y ello acarree una flagrante discriminación, la solución debería darse con fundamento en la aplicación de este último principio. En casos menos nítidos, la solución se encontraría en una ponderación entre los criterios mercantiles, productivos y de valor intrínseco del trabajo, tal y como se ha adoptado por algunos tribunales.

4. ¿Cuáles son las causas de la discriminación salarial en contra de las mujeres?

La discriminación en contra de las mujeres es un hecho evidente, que sólo se ha contrarrestado con vigor a partir del siglo XX. La discriminación retributiva en contra de ellas se inscribe en esa segregación general. Según la concepción iluminista, lo privado (el hogar, el ámbito doméstico), que es donde se verifica el mantenimiento de la vida, la sobrevivencia y la reproducción, es el sitio natural de la mujer, en tanto que lo público –reino de la libertad, la autonomía, la igualdad, la ciudadanía y la democracia, todas realizaciones de la Razón-, es el terreno del varón.

Dado que el trabajo asalariado, en la modernidad, se considera integrante de lo público, la mujer es extraña e inadecuada para tal actividad. A partir de la Revolución Industrial a fines del siglo XVIII en Europa, se permitió el ingreso de las mujeres al trabajo fabril y asalariado, inicialmente en labores que se consideraban extensión de aquellas que les eran propias en el ámbito hogareño. Pero también su ingreso a las fábricas se justificó por el menor costo de su trabajo frente al de los varones, dado que su retribución se estimaba como complementaria en el sostenimiento del hogar, cuyo principal responsable era el marido, o el padre de familia. Sin embargo, la irrupción femenina al ámbito fabril no significó su alejamiento de las labores del hogar. De ahí que su trabajo se considerara intermitente o poco estable, razón adicional para su baja retribución. Todos estos factores hicieron que la mano de obra femenina fuera mirada con recelo por los trabajadores varones, lo que influyó en parte para que se fortaleciera el trabajo a domicilio a cargo de las mujeres.

Tanto en la primera como la segunda guerra mundiales, el reclutamiento de los hombres para las filas de combate de los países involucrados –y por tanto su abandono de las actividades productivas asalariadas-, acarreó la necesidad del ingreso masivo de mujeres a trabajos que hasta entonces se consideraban inapropiados para ellas. Y ello fue la ocasión para demostrar que las mujeres podían desempeñarse en muchas actividades laborales hasta entonces vedadas para ellas, en igualdad de condiciones con los varones.

La transición del estado liberal al estado social de derecho supuso el compromiso estatal con el principio de igualdad y no discriminación, y particularmente con la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Pero la igualdad retributiva entre hombres y mujeres por lo general no es posible lograrla con la aplicación del principio *TI*, particularmente frente a las segregaciones encubiertas, sino con la del principio *TIV*, que además permite combatir las desigualdades originadas en la

consideración de que existen trabajos exclusivos para mujeres o para hombres, consideración que se basa en prejuicios arraigados en la sociedad.

Las discriminaciones hacia las mujeres pueden ser horizontales o verticales. Las primeras ocurren cuando, o bien se les confina al desempeño de ciertas ocupaciones que se consideran –sin fundamento objetivo- sólo propias de ellas, o bien cuando -permitiéndoseles ocupar cargos que también son desempeñados por varones-, no se les reconoce igualdad de trato con éstos. A su vez, por la forma en que se ejerce la discriminación retributiva en contra de las mujeres, ésta se clasifica en directa e indirecta. La directa se presenta cuando se reconoce a las mujeres un trato salarial diferente, simple y expresamente por razón de su sexo. Es indirecta, cuando la consecuencia o efecto de un trato aparentemente neutro de que ellas son objeto, termina desfavoreciéndolas mayoritariamente.

Si bien se registran avances indudables, la segregación en contra de la mujer es persistente en el mundo: su trabajo sigue siendo subvalorado, en general, frente al de los hombres: en promedio orbital devengan el 77% del salario de los varones, brecha que corre paralela al hiato en las tasas de empleo y participación en la fuerza de trabajo global. Y ello, a pesar de que el grado de preparación académica de las mujeres ha aumentado sensiblemente y superado el de los varones en muchos países. También se observa en el nivel global una marcada discriminación ocupacional entre los sexos, pues las mujeres siguen estando mayormente representadas en ciertas ocupaciones, que a su vez son comparativamente menos remuneradas.

5. ¿Cuál de las dos acepciones del principio de igualdad retributiva es más idóneo para combatir las discriminaciones salariales en contra de las mujeres?

A raíz del Convenio 100 de la OIT (1951), el principio *TIV* logró consolidarse como un postulado importante para combatir las desigualdades salariales entre mujeres y hombres, de una manera que no se había logrado en la primera mitad de la misma centuria, cuando ese

principio se incluyó en la Constitución original de la OIT. Aquí se sostiene que ello se debió a que la reflexión crítica sobre las desigualdades entre varones y mujeres alcanzó a mediados de la pasada centuria un grado de maduración suficiente, debido a la confluencia de distintos factores, como el papel de las mujeres en los aparatos productivos durante la segunda conflagración mundial, la influencia de las medidas de igualdad entre los sexos tomadas por el estado soviético, la Declaración Universal de los DDHH de 1948, la consolidación del accionar de la OIT después de la Declaración de Filadelfia, los aportes del movimiento feminista norteamericano y europeo, y los desarrollos doctrinales sobre el principio de igualdad y no discriminación en los estados sociales de derecho.

Pero la igualdad retributiva entre hombres y mujeres por lo general no es posible lograrla con la aplicación del principio *TI*, particularmente frente a las segregaciones encubiertas, sino con la del principio *TTV*, que además permite combatir las desigualdades salariales originadas en la consideración de que existen trabajos exclusivos para mujeres o para hombres, por las supuestas mejores características de los segundos con respecto a las primeras.

Según el Convenio 100, una vez instaurado el principio en la legislación nacional, los métodos para su aplicación podrían ser determinados por las autoridades o por medio de contratos colectivos. Existen varios métodos, pero todos deben surtir una serie de etapas: conformación de una comisión de evaluación de los puestos de trabajo, selección de los puestos de trabajo que van a ser objeto de evaluación, selección del método de evaluación, acopio de información, análisis de resultados, determinación del valor de los puestos de trabajo, cálculo de las diferencias salariales entre los empleos de igual valor y corrección de las respectivas brechas salariales.

6. ¿Cómo ha sido, en la práctica, la aplicación del principio de igualdad retributiva en Colombia, tanto por la jurisprudencia como por la ley y los gobiernos a lo largo del tiempo?

En este trabajo se encuentra que las primeras consagraciones normativas del principio de igualdad retributiva en Colombia a principios del siglo pasado, se hicieron bajo la concepción “a trabajo igual salario igual”: Ley 10 de 1934 y Ley 149 de 1936. En ambos casos, el principio *TI* se dirigía a prohibir las diferencias salariales entre trabajadores extranjeros y colombianos, en perjuicio de éstos.

Más tarde, el art. 5º de la Ley 6ª de 1945 entronizó el principio *TI* para todos los trabajadores en general, sin distinguir su carácter nacional o foráneo. Una diferencia llamativa de esta norma, con respecto a la que más tarde consagraría el CST, es que habla de “trabajos equivalentes” y no de trabajos iguales, pues ambas expresiones tienen significados distintos. Sin embargo, la jurisprudencia colombiana ha asimilado que ambas expresiones tienen el mismo alcance, aunque el art. 5º de la Ley 6ª se aplica fundamentalmente a la equidad salarial entre trabajadores oficiales.

Examinando el art. 143 del CST de 1950, que introdujo expresamente el principio *TI* en Colombia, se halla que existió una evidente influencia de la Constitución mexicana de Querétaro (1917), del art. 86 de la primera Ley Federal del Trabajo de México de 1931 y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

En Colombia, según el art. 143 del CST, las diferencias salariales por un trabajo igual no podrán cimentarse en motivos discriminatorios, como “*el sexo, la nacionalidad, la raza, la religión, la opinión política o las actividades sindicales*”. Sin embargo, esta enumeración de motivos ilegítimos no es taxativa, porque ha de tenerse en cuenta la “norma en blanco” antidiscriminatoria que trae el Convenio 111 de la OIT, ratificado por Colombia: “*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”.

Para que opere el principio *TI*, se requiere desempeñar una labor que corresponda al mismo puesto de trabajo, en jornada y con condiciones de eficiencia también iguales. De estos tres elementos, el cardinal es el de las condiciones de eficiencia, pues si así no fuera, bastaría que los puestos de trabajo y las jornadas fueran los mismos, para considerarse los trabajos como iguales, sin tener en cuenta las productividades de los trabajadores que se comparan.

La jurisprudencia colombiana ha admitido que ciertas condiciones personales, como la mayor antigüedad, capacitación, calificaciones académicas o experiencia, pueden considerarse factores anejos a la eficiencia y relevantes para establecer diferenciaciones retributivas.

Sin embargo, aquí se afirma que las condiciones de eficiencia deberían ser actuales y tangibles, vale decir, no potenciales o que denoten alguna probabilidad de que sucedan. Se sostiene que sólo en ciertas ocasiones, y no como regla general, esos factores son admisibles para diferenciaciones salariales: la antigüedad, cuando se pretenda reconocer la asiduidad o perseverancia en el trabajo durante tiempo significativo y no la inferencia de que ella acarrea necesariamente eficiencia; o cuando la experiencia sea factor valioso e imprescindible para desempeñar la labor en forma óptima. La formación académica o capacitación también podría serlo, pero cuando el trabajador sea objeto de un plan de carrera sistemático dentro de la empresa, o cuando dichas calificaciones sean imprescindibles y objetivamente exigibles para ocupar un cargo (en cuyo caso, ciertos pagos extras, como por ejemplo las primas técnicas, serían admisibles). Cuando existan escalafones o sistemas de clasificación profesional, y el trabajador esté ubicado en ellos al mismo nivel de otro u otros trabajadores, pero devengue salario inferior a éstos, se presumiría su eficiencia igual a la de éstos y no se requeriría un ejercicio comparativo de eficiencia para concluir que su salario debe ser igual. Finalmente, el

hecho de surtir un período de entrenamiento en un nuevo cargo, sería elemento que sustente, de forma proporcionada y razonable, una menor retribución, comparativamente con quien ya realiza de forma plena y confiable ese mismo trabajo.

Salvo algunas excepciones, la jurisprudencia ha sostenido que el principio *TI* solamente se aplica en el caso de labores que se desarrollen simultáneamente, y no admite cotejos entre una labor que se desarrolle en la actualidad con una que se ejecutó en el pasado (asincronía). Aquí se sostiene que el cotejo y la nivelación salarial serían viables, cuando ambos trabajadores estén cobijados por el mismo parámetro de comparación, como una convención colectiva o una clasificación profesional.

El actual CST incorpora una norma (art. 74, inciso), que se refiere a la igualdad retributiva entre trabajadores colombianos y extranjeros *“que desempeñen iguales funciones”*. Sin embargo, aquí se considera que este precepto sobra, pues el art. 2º del CST ordena que el régimen laboral rige en todo el territorio colombiano *“para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”*.

El principio *TI* tiene excepciones, según la jurisprudencia colombiana. Para la Corte Suprema de Justicia, ellas se presentan cuando los trabajadores están cobijados por regímenes de cesantías distintos, cuando las diferencias salariales emanen de la negociación colectiva (aunque esta última postura ha sido matizada posteriormente), o cuando éstas sean producto del cumplimiento de ciertas cláusulas específicas de las convenciones colectivas o de reestructuraciones empresariales o intervenciones o tomas de posesión administrativas. Por su parte, la Corte Constitucional –en posición que acá se comparte-, no considera que el pertenecer a distintos regímenes de cesantía sea motivo relevante para una diferencia salarial en caso de trabajos iguales. Ha aceptado que, frente a decisiones de tutela, pueden admitirse diferencias salariales, cuando ellas se deriven de diversas convenciones colectivas, siempre y cuando esas

disimilitudes salariales sean “razonable y objetivamente fundadas” y no sean consagradas dentro de la misma convención. La jurisdicción ordinaria laboral será la competente para juzgar la validez de las diferencias salariales surgidas de la aplicación de las distintas convenciones colectivas.

El principio *TI*, que tiene origen laboral, se ha extendido a materias pensionales (a trabajo igual pensión igual), aunque no de manera absoluta, pues hay situaciones –ha dicho la Corte Constitucional-, que justifican regímenes diferentes. Aquí se encuentra que este principio extendido subyace en algunas importantes sentencias de ese alto tribunal, particularmente en la C-258/13.

7. ¿Cuál es el actual mandato constitucional en materia de igualdad retributiva en Colombia (*TI* o *TIV*)?

En la presente investigación se afirma que el principio *TIV* –contenido en el Convenio 100 de la OIT-, se instauró en Colombia con ocasión de la promulgación de la Constitución de 1991 y se tornó en norma interna obligatoria desde 1997, cuando fue promulgado dicho instrumento internacional. Ello a pesar de que tal convenio había sido ratificado por el estado colombiano en 1963, pues bajo la anterior Carta Fundamental –que era dualista, o sea que preconizaba la separación entre el Derecho Internacional y el derecho interno-, la ratificación de los tratados internacionales no los convertía –como si sucede ahora bajo la vigente Constitución, que es monista moderada-, en normas internas válidas.

Los tratados internacionales ratificados en Colombia, o bien poseen índole rigurosamente constitucional (art. 93, primer inciso: bloque de la constitucionalidad en estricto sentido), o bien tienen naturaleza legal (art. 53 superior, inciso 4º), pero en este último caso, además, esos tratados actúan simultáneamente como elementos hermenéuticos de los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución. El Convenio 100 de la OIT, que consagra el

principio *TIV* para la remuneración entre mujeres y hombres, aunque técnicamente contiene un derecho fundamental (como se deriva de su inclusión en la Declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, de la OIT), y debería, por tanto incluirse como integrante del bloque de la constitucionalidad en sentido estricto, aún no ha sido declarado como tal por la Corte Constitucional, según la atribución que ese alto tribunal se confirió mediante la sentencia C-401/05. Ello significa que dicho convenio tiene actualmente en Colombia naturaleza de ley y coetáneamente de norma hermenéutica constitucional (para determinar el alcance de los artículos 13 –igualdad y no discriminación-, 53 –remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo-, y 43 –igualdad de derechos de mujeres y hombres- de la Constitución), por lo cual, sin duda, es el parámetro para regular la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en Colombia.

También aquí se sostiene que el principio *TIV* –como se ha explicado en esta monografía-, debe interpretarse, no en sentido estricto (trabajos rigurosamente de igual valor), sino en sentido amplio, lo que significa que exige igual retribución no solamente por los trabajos de igual valor, sino también por los trabajos iguales. Así ha de interpretarse el postulado constitucional (art. 53) de “*remuneración (...) proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*”.

De esta manera, aquí se afirma que, por efecto de la irradiación que tienen los principios constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico, el principio *TIV* debe presidir la heurística que se haga de toda norma infraconstitucional en materia retributiva en Colombia.

8. ¿Han sido coherentes las leyes colombianas con lo que prescribe el bloque de la constitucionalidad en materia de equidad salarial?

No. Se concluye de esta investigación que la práctica totalidad de las políticas y normativas internas proferidas en Colombia con posterioridad a la vigencia interna del

Convenio 100, que consagra el principio *TIV* (leyes 731/2002, 823/2003, 1257/2008 y 1496/2011 y Decreto 4463/2011), no han instaurado ni reforzado en forma clara tal principio, sino que han persistido en aludir al principio *TI*, en clara contraposición a los mandatos constitucionales. Ello, no obstante las reiteradas observaciones de la CEACR de la OIT, que instan al estado colombiano a armonizar su legislación y políticas internas con el mencionado principio.

Particularmente con respecto al art. 7º de la Ley 1496 de 2011, que modifica el art. 143 del CST y se dirige concretamente a combatir las discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres, debe decirse que, aparte de cambiar el encabezado de este precepto para enunciar el principio *TIV*, deja incólume el texto original del mismo, o sea, conserva el mismo texto de 1950, que consagra el principio *TI*. Por eso se afirma que el nuevo texto del art. 143 CST es un precepto confuso y sincrético. Aparte de ello, al examinar el proceso parlamentario que llevó a la expedición de esta ley, se concluye que –por una u otra razón–, se termina eludiendo comprometerse expresamente con el principio *TIV*.

Ante lo dicho en precedencia, cabe preguntarse: ¿cuál de los dos principios de equidad retributiva impera legalmente en Colombia (*TI* o *TIV*)?. Para dar respuesta a este interrogante es necesario decir, en primer lugar, que el nuevo art. 143 del CST debe interpretarse a la luz de la Constitución. Y ésta indica –según se ha señalado en la respuesta a la pregunta 7–, que el derecho a la igualdad y no discriminación en materias retributivas se rige por el principio *TIV*, en su acepción amplia antes descrita. De ahí se concluye que el sincretismo literal del actual art. 143 CST debe resolverse en ese mismo sentido: “a trabajo igual o de igual valor debe corresponder igual salario”. A este corolario también se arriba al examinar el nuevo art. 143 a la luz del principio, propiamente de índole laboral, de *in dubio pro operario* (según el cual,

cuando una norma jurídica tenga varias interpretaciones posibles, el juez ha de elegir aquella que sea más favorable al trabajador).

9. ¿Cuál es el salario que debe pagarse en Colombia por un trabajo igual o de igual valor?

La determinación de cuál debe ser el salario que ha de pagarse por un trabajo igual o de igual valor, exige definir la causa de la obligación salarial a cargo del empleador. Al respecto se han propuesto tres teorías: las contractualistas o sinalagmáticas (que encuentran tal causa en la prestación efectiva del servicio), las de la disponibilidad (que la hallan en la disposición del trabajador a ejecutar el trabajo contratado) y las de la relación de trabajo o la subordinación (según las cuales la obligación de pagar el salario radica en la existencia misma de la relación de trabajo).

La teoría sinalagmática falla al momento de explicar porqué, bajo ciertas circunstancias, subsiste la obligación de pagar el salario a pesar de que no haya prestación del servicio. La de la disponibilidad tampoco atina al momento de explicar la razón por la cual se cancela el salario aún por lapsos en que el trabajador no está disponible para prestar el servicio. En cambio, la teoría de la relación de trabajo explica más eficientemente la causa del pago del salario, aun cuando el trabajador no preste el servicio o no esté en disposición de hacerlo, pues aún en tales circunstancias la relación de trabajo subsiste.

En la normativa internacional analizada aquí, se encuentra que la causa de la obligación salarial para trabajos iguales o de igual valor, radica por regla general en la relación de trabajo o subordinación, como se evidencia, por ejemplo, en las directivas comunitarias europeas y en el Convenio 100 de la OIT.

En Colombia, se afirma aquí, la causa jurídica de la obligación salarial es el hecho del trabajo, o sea, la relación de trabajo, que se traduce en la subordinación. Esto se afirma porque la relación de trabajo es el factor común que subyace a lo largo de la normativa del trabajo, a pesar de la existencia de artículos que específicamente se refieren al sinalagma o a la disponibilidad del trabajador. De ahí que la remuneración que se pague por un trabajo igual o de igual valor debe corresponder a esa causa genérica y no solamente a la prestación efectiva del servicio o a la disponibilidad. Ello, sin perjuicio de que en ciertas circunstancias específicas previstas por la legislación, los móviles inmediatos de la retribución sean estas últimas.

10. ¿A cuál de las partes corresponde hoy en Colombia la carga de la prueba en los procesos judiciales que involucren tratos salariales discriminatorios?

Un avance importante del derecho antidiscriminatorio comparado, es –separándose de los postulados clásicos del *onus probandi*-, invertir la carga probatoria y ubicarla en cabeza del demandado. Esta inversión va incluso más allá del principio de la carga dinámica de la prueba, pues se adjudica definitivamente el gravamen probatorio al empleador o empleador, y se exige a la parte accionante sólo la carga de aportar al proceso pruebas indiciarias o principios de prueba, que lleven al juez o funcionario a erigir una apariencia de discriminación retributiva (presunción *iuris tantum*). Corresponderá a la accionada desvirtuar la presunción, arrimando al proceso pruebas que lleven a comprobar la existencia de razones objetivas y proporcionales para el trato diferenciado, o la inexistencia de igual valor en los trabajos.

En Colombia, por largo tiempo la carga de probar la discriminación salarial correspondía a la parte afectada por ella, por aplicación analógica del art. 177 del CPC, norma que fue modificada por el art. 167 del CGP, que introduce para el juez la posibilidad de aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba. Sin

embargo, poco tiempo antes de entrar en vigencia el CGP, la Ley 1496 de 2011 implantó -específicamente para los procesos en donde se ventilen pretensiones de nivelación salarial por equidad retributiva-, la presunción de trato discriminatorio en contra del empleador o ex empleador y la inversión del *onus probandi*, consistente en adjudicar a éstos últimos el gravamen de desvirtuar tal presunción.

Esta innovación de la Ley 1496 de 2011 implica cuatro efectos: i) Al introducir una norma procesal propia, ya no es necesario recurrir, como antes, a normas supletorias del derecho procesal civil o procesal general; ii) En materia de nivelación salarial, no es posible que el juez recurra a la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, consagrado en el CGP; iii) La Ley 1496 de 2011 impone claramente el *onus probandi* al empleador o ex empleador; iv) A la parte accionante corresponde arrimar al proceso al menos una prueba indiciaria, que muestre un trato salarial diferente.

11. ¿Cómo llevar a la práctica el principio *TIV* en Colombia?

La implantación del principio *TIV* en Colombia requiere por parte del estado la adopción de un conjunto de medidas en distintos frentes (político, social, económico y cultural), previstas en una política pública que vaya más allá de la expedición de normas jurídicas o de acciones administrativas o judiciales aisladas.

Esa política debería incluir:

- i) Asegurar la comprensión de manera clara del principio *TIV* por parte de las autoridades públicas, que incluya sus diferencias con el principio *TI*.
- ii) Definir el alcance práctico, funcional y geográfico, que se buscará en la aplicación del principio *TIV*, con un énfasis especial en su aplicación a la remuneración

femenina. Sería prudente pensar en una aplicación progresiva, comenzando, quizás, con experiencias piloto.

- iii) Establecer unos objetivos cuantificables, obtenibles en los tiempos previstos.
- iv) Diseñar las estructuras del sistema, de forma que se asegure la aplicación del principio *TIV* (métodos idóneos de valoración, procedimientos y entidades responsables de fomentar y hacer efectivo el principio y la infraestructura material y humana necesaria.
- v) Cuantificar los costos económicos del sistema.
- vi) Señalar las fuentes de financiación del sistema.
- vii) Producir las regulaciones y adecuaciones jurídicas necesarias, generales y reglamentarias, coherentes con el principio *TIV*.
- viii) Establecer acciones afirmativas, si fuera del caso.
- ix) Diseñar planes de formación, con participación de la universidad, dirigidos a jueces, funcionarios, sindicatos, trabajadores y empleadores.
- x) Establecer mecanismos de seguimiento, estadística, fomento o reconocimiento (sellos de calidad, por ejemplo) y evaluación.

La experiencia internacional demuestra que la implantación del principio *TIV* no es asunto sencillo, sobre todo porque ella debe apoyarse en un sistema jurídico, judicial y sobre todo administrativo, que asegure el combate efectivo, no solamente de las discriminaciones retributivas directas, sino de las indirectas (en particular de aquellas –las más frecuentes actualmente–, que van en contra de las mujeres), cuyo descubrimiento requiere, además de metodologías, del suficiente soporte administrativo y judicial.

Así, en suma, se considera respondida la pregunta central de esta investigación ¿cuál de los dos principios de igualdad retributiva rige jurídicamente en Colombia, el de “a trabajo igual

salario igual” o el de “a trabajo de igual valor salario igual”?: en Colombia, pese a que las leyes expedidas en los últimos años sobre la materia, no han expresado formalmente de manera clara la adopción del principio “a trabajo de igual valor salario igual” y a despecho también de que tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria han reconocido claramente el postulado *TI* y no el *TIV*, es este último principio el que rige actualmente -en la esfera estrictamente jurídica- en el Derecho del Trabajo colombiano y no el tradicional principio “a trabajo igual salario igual”. A tal conclusión se arriba cuando se descubre, según se ha demostrado aquí, que el principio *TIV* se ha incardinado en el bloque de constitucionalidad colombiano, al ser ratificado el Convenio 100 de la OIT en armonía con la incorporación del Convenio 111 de la misma organización. Y tal respuesta adquiere mayor contundencia, al encontrarse que el postulado *TIV* es demostradamente más apto para enfrentar las discriminaciones salariales indirectas –de las que son frecuente objeto las mujeres, además de otros colectivos-, con lo cual se contribuye al cumplimiento de los objetivos del estado social de derecho.

REFERENCIAS

- AAUW (2016). *The Simple Truth about the Gender Pay Gap (Spring 2016)*. En: <http://www.aauw.org/research/the-simple-truth-about-the-gender-pay-gap/>. Recuperado el 25 de marzo de 2016.
- Abramo, L. *et al*, ed. (2002). *Cuestionando un mito: costos laborales de hombres y mujeres en América Latina*. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Recuperado el 17 de noviembre de 2015 en http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/cuestionando_un_mito_AL.pdf
- Ackerman, M. (1998). *La negociación colectiva como instrumento para la aplicación del Convenio 111 de la OIT*. Santiago de Chile: Oficina Internacional del Trabajo.
- Alarcón Cabrera, C. (1987). Reflexiones sobre la igualdad material. *Anuario De Filosofía Del Derecho* (4) pp. 31-42.
- Albaladejo, M. (2002). *Derecho civil. Introducción y parte general* (10ª ed.). Barcelona: Bosch.
- Albuquerque, R. (1995). *Derecho del Trabajo* (T. I). Santo Domingo: Editora Lozano.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2007a). *Teoría de la argumentación jurídica* (2a ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2007b). *Teoría de los derechos fundamentales* (2a ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Alonso Olea, M. (1961). *La Ley de 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer*. Recuperado el 22 de noviembre de 2015 en la base de datos dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112514.pdf
- Alonso Olea, M. (1987). *De la servidumbre al contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Althusser, L. & Balibar, E. (s.f.). *Para leer El Capital*. México: Siglo XXI Editores.
- Anzures, J.J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 22, 3-51.
- Amelung, F., Milla, D. & Peñas, V. (2011). Manifestaciones del derecho a la igualdad en el ámbito iberoamericano y europeo. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá. 4, 391-412. Recuperado el 6 de julio de 2016 en http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9856/manifestaciones_zuera_AF_DUA_2011.pdf?sequence=1
- Amorós, C. (1994)._"Espacio público, espacio privado y definiciones ideológicas de 'lo masculino' y 'lo femenino'", en Amorós, Celia, *Feminismo, igualdad y diferencia*, México: UNAM, PUEG, pp. 23-52.
- Arango, R. ((2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de derecho público*, Universidad de los Andes, 12, 185-212.
- Arango, L G. (1991). El proletariado femenino entre los años 50 y 70. En: *Mujeres en la historia de Colombia*. T. 2, pp. 502-527. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Archila, M. (1991). *Cultura e identidad obrera. Colombia 1910-1945*. Bogotá: CINEP.
- Aristóteles (s.f.). *Ética Nicomaquea*. Medellín, Colombia: Editorial Bedout S.A.
- Aristóteles (1986). *Política*. (C. García & A. Pérez, Trad.). Madrid: Alianza Editorial.
- Asscher-Vonk, I. P. (1993). Equal Pay in the Netherlands. En Eyraud F. (coord.). *Equal pay protection in industrialised market economies In search of greater effectiveness* (pp. 107-124). Geneva: International Labour Office.
- Baldassarre, A. (2001). *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Ballestrero, M. V. (2011). Le energie da lavoro tra soggetto e oggetto. En S. Canestrari *et al* (Eds). *Trattato di Biodiritto* (T. I) (pp. 855-870). Milano: Giuffré Editore.
- Banco Mundial (2013). *Informe sobre el desarrollo mundial –Empleo*. Washington: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial.
- Bar, A. (2010). La nueva Constitución de la Unión Europea: el Tratado de Lisboa y la reforma de los tratados constitutivos. *Revista Teoría y realidad constitucional*, 25, 167-210.
- Barassi, L. (1953). *Tratado de Derecho del Trabajo* (T. I). Buenos Aires: Editorial Alfa.
- Barbagelata, H.H. (1985). *El Derecho del Trabajo en América Latina*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Barbagelata, H.H. (2009). *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Bares, A. (2016). *Why Comparable Worth Legislation Would Do More Harm than Good*. WorldatWork. Recuperado el 31 de marzo de 2016 en: <https://www.worldatwork.org/adimComment?id=38793>.
- Barrere U., M. A. (2002). La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión. Ponencia presentada en las “*Jornadas sobre políticas locales entre mujeres y hombres*”. Álava, España.
- Barrere U., M. A. (2007). *Legislación y jurisprudencia antidiscriminatorias por razón de sexo-género*. Recuperado el 02 de febrero de 2015 de http://www.f-3.net/defentsoria/2007/ponencias/Maggy_Barrere_Ponencia.pdf
- Barrere U., M. A. (2008). Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio. En: *Mujeres, derechos y ciudadanías: hacia la igualdad por la discriminación* (pp. 45 a 71). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Baylos, A. (1991). *Derecho del trabajo. Modelo para armar*. Madrid: Editorial Trotta.
- Beauvoir, S. (2005). *El segundo sexo*. Madrid: Ediciones Cátedra (Grupo Amaya S.A.)
- Bebel, A. (1977). *Mujer y socialismo*. Madrid: Akal Editor.

- Becker, G. S. (1991). *A treatise on the family (Enlarged edition)*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press.
- Berkovitch, N. (1999). *From motherhood to the citizenship. Women's rights and international organisations*. Baltimore and London. The Johns Hopkins University Press.
- Bermúdez, R.E. (2007). *Mujeres obreras e identidades sociales, Cali 1930-1960*. Medellín: La Carreta Editores y Universidad ICESI.
- Bernal P., C. (2002). “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Recuperado 27 de febrero de 2015 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>
- Bernal P., C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Revista Doxa*, Núm. 26. 225-238. Recuperado el 17 de marzo de 2015 en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/estructura-y-lmites-de-la-ponderacin-0/>
- Bernal P., C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bloch, E. (2011). *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Blume, I. (2010). *Igualdad salarial entre hombres y mujeres en el Perú. De la construcción teórica a la aplicación práctica*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Bobbio, N. (2001). *Derecha e izquierda*. Madrid: Punto de lectura (Santillana) 3ª ed.
- Bolívar, S. (1922). *Discurso en el Congreso de Angostura*. San José de Costa Rica: J. García Monge, ed.
- Bonino, C. & Aragón, J. (2003). *La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre mujeres y hombres*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Borrajó, E. (1961). Configuración jurídica del salario. *Revista de Política Social*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 50, 5-26.
- Botero, G. (2013). *El impacto del Código General del Proceso en el estatuto procesal del trabajo y de la seguridad social*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

- Bowles, S. (2010). *Microeconomía. Comportamiento, instituciones y evolución*. Recuperado el 11 de enero de 2016 en: http://bowlesmicroeconomia.uniandes.edu.co/capitulos/Microeconomia_Bowles_Completo.pdf
- Branciforte, L. (2010). La polifacética imagen de las mujeres en la Unión Soviética en los años veinte y treinta. En M. Huguet & C. González (Eds). *Historia y pensamiento en torno al género*. (pp. 21-48). Madrid: Dykinson S.L.
- Bredow, L. (2003). La peripecia local de un principio universal. *Revista Educación Obrera*. 128, 9-13.
- Bryde. B-O (2007). *Fundamental rights as guidelines and inspiration: german constitutionalism in international perspective*. 25, 189-208. Peace Palace Library. Recuperado el 23/07/2016, en <http://www.peacepalacelibrary.nl/plinklet/index.php?sid=related&ppn=305104314>
- Buendía, P. (2004, 1º de diciembre). GEES. Recuperado 4 de Enero de 2015, de http://www.gees.org/articulos/la_declaracion_de_los_derechos_humanos_en_el_islam_9
- Burdeau, G. (1959). *La Democracia*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- Cabanellas de Torres, G. (2001). *Compendio de derecho laboral* (T. I) 4ª. ed. Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L.
- Cain Miller, C. (2016, 18 de marzo). As women take over a male-dominated field, the pay drops. *New York Times*. Recuperado en 5 de abril de 2016 en: http://www.nytimes.com/2016/03/20/upshot/as-women-take-over-a-male-dominated-field-the-pay-drops.html?ref=business&_r=2
- Camacho, G. (1961). *Derecho del Trabajo*, T. I. Bogotá: Editorial Temis.
- Canadá (2016). Justice Laws Website, R.S.C., 1985, c. H-6. Recuperado el 5 de agosto de 2015 en <http://laws.justice.gc.ca/eng/>
- Carlos II (1791). *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*. T. II. Recuperado el 19 de septiembre de /2015 en

<https://books.google.com.co/books?id=1W3nyXa9I7YC&pg=PA309&lpg=PA309&dq=mita+indios+igualdad&source=bl&ots=Z8GerIaQQc&sig=FDRWDZh8luN6TaQFRBII0e38Ygo&hl=es-419&sa=X&ei=YNZ2UeK1BePQ0gGgl4DwBQ#v=onepage&q=>

Carmona C., E. (1994, Abril 1). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista De Estudios Políticos (nueva época)*, 265-285.

Casas, M.E. *et al* (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa* (A. Supiot, Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Castro, M. (2007). *El sistema normativo del salario: Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo*. Madrid: Dykinson.

Cazzetta, G. (2010). *Estado, juristas y trabajo*. Madrid: Marcial Pons.

CCC. Código Civil colombiano (1969). 8ª ed. Bogotá: Ed. Voluntad.

CCNCC-España (2016). *Guía de la negociación colectiva 2016*. Ministerio de empleo y seguridad social. Recuperado el 26 de abril de 2016 en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Guia/GUIA_NC_2016.pdf

Cepeda, M. J. (1991). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991* (2ª ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.

Chicha, M. T. (2006). *A comparative analysis of promoting pay equity: Models and impacts*. Geneva: International Labour Organisation.

CHRC - Canadian Human Rights Commission. (2016). Recuperado el 15 de abril de 2016 en <http://www.chrc-ccdp.ca/eng>

Cifuentes, E. (1998). *La eficacia de los DDFF frente a particulares*. Cuadernos Constitucionales, 27, 8-60. Recuperado el 16/07/2016 en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/119/pl1119.htm>

Condorcet (1945). *Influencia de la revolución de América sobre Europa*. Buenos Aires: Editorial Elevación.

Congreso de la República (2010), Proyecto 015-2010-Cámara, Gaceta 1027. Recuperado el 12/07/2012 en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=12&p_numero=015&p_consec=27690

Congreso de la República (2010). Proyecto 015-2010, Gaceta 556. Recuperado el 12/07/2012 en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=015&p_consec=26468

Congreso de la República (2011), Proyecto 279-2011-Senado y 015-Cámara, Informe de Conciliación, Gaceta 984-2011. Recuperado el 12/07/2012 en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=123&p_numero=015&p_consec=31346

Congreso de la República (2011), Proyecto 279-2011-Senado-Comisión 7ª. Recuperado el 12/07/2012 en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1034&p_numero=279&p_consec=30933

Congreso de la República (2011), Proyecto 279-2011-Senado-Plenaria. Recuperado el 12/07/2012 en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1698&p_numero=279&p_consec=31436

Congreso de la República (2014). Proyecto 177-2014, Cámara, Recuperado el 5 de mayo de 2016, en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=177&p_consec=40728

Congreso de la República (2015). Proyecto 165-2015, Senado. Recuperado el 5 de mayo de 2016 en: http://www.fenalco.com.co/sites/default/files/PL-2014-N117C-2015-N165S-P3_28IGUALDAD_SALARIAL29_20160614.doc.pdf

Consejo de Estado, Sección Segunda (21 de Octubre de 1980), expediente 2891 [CP Aydée Anzola Linares].

Conseil Constitutionnel Francaise (2015). *Constitution de 1791*. Recuperado el 12 de febrero de 2015 en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>

Conseil Constitutionnel Francaise (2015). *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789*. Recuperado el 12 de febrero de 2015 en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/constitucion/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789.142936.html>

Constaín, M.A. (1975). *Jurisprudencia del Trabajo* (Vol. III). Bogotá: Temis.

Corigliano, N. & Nechemias, C. (2001). *Encyclopedia of Russian Women's Movements*. Westport-London: Greenwood Publishing Group.

Corominas, A., et al (2002). *Herramientas para detectar la discriminación salarial. La valoración de puestos de trabajo*. Universidad Politécnica de Cataluña. Recuperado el 11 de abril de 2016 en https://www.researchgate.net/publication/268180238_HERRAMIENTAS_PARA_DETECTAR_LA_DISCRIMINACION_SALARIAL_LA_VALORACION_DE_PUESTOS_DE_TRABAJO

Corte Interamericana de DDHH (2003). *Opinión consultiva # 018*. Recuperado 4 de abril de 2015, de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

Costa Reyes, A. (2005). *El crédito salarial*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía.

Coves, A. D., Corominas, A. et al (2002). *La valoración de puestos de trabajo y la discriminación retributiva*. Ponencia para las 2as Jornadas Discriminación salarial. El derecho a trabajar en igualdad. Palacio de Congresos de Córdoba (España)

Coves, A., et al (2000). *Against gender discrimination in pay structures: equal pay for equal value and job evaluation*. Helsinki: University of Helsinki.

Cuenca, M. (2008). Clasificación profesional, formación y promoción. En B. Quintanilla & F. Valdés Dal-Ré (Dir). *Igualdad de género y relaciones laborales* (pp. 111-119). Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.

CVRIA (1976). TJCE. Sentencia del 8 de abril de 1976. Asunto 43/75 (caso Defrenne II).

Recuperado el 20 de abril de 2016 en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5d11e7c2978a7421f95ea940d6a0b3982.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchmNe0?text=&docid=88931&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=953863>

CVRIA (1980). TJCE, sentencia del 27 de marzo de 1980, asunto 129/79, caso Macarthys.

Recuperado el 20 de abril de 2016 en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90506&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=958101>

CVRIA (1989). TJCE. Asunto 109/88 (Caso Danfoss). Recuperado el 22 de febrero de 2016, en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96004&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1027350>

CVRIA (1989). TJCE. Asunto 109/88 (Caso Danfoss). Recuperado el 22 de febrero de 2016, en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96004&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1027350>

CVRIA (1993). TJCE. Asunto C-127/92 (caso Enderby). Recuperado el 8 de abril de 2016, en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1019921>

CVRIA (1999). TJCE. Asunto C-167/97 (Caso Seymour-Pérez). Recuperado el 23 de febrero de 2016 en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-167/97&td=ALL>

CVRIA (2001). TJCE, asunto 381/1999 (Caso Brunnhofer), recuperado el 14 de abril de 2016 en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dc8b55e3ede2704d9ca468fa1f233a7f66.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMbNz0?text=&docid=46464&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11226>

CVRIA (2002). TJCE, asunto 320/00 (Caso Lawrens), recuperado el 20 de abril de 2016 en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d52117eaae0ac645ab99b1953b8af6b744.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbN10?text=&docid=47665&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=313021>

CVRIA (2004). TJCE. C-256/01 (Caso Allonby). Recuperado el 8 de abril de 2016, en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d557d7cbc6cf1d4b558501820e32e9f957.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbNr0?text=&docid=48839&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=591267>.

CVRIA (2004). TJCE. C-256/01 (Caso Allonby). Recuperado el 8 de abril de 2016, en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d557d7cbc6cf1d4b558501820e32e9f957.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbNr0?text=&docid=48839&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=591267>

CVRIA (2007). Asunto C-54/07 (caso Feryn). Recuperado el 17/06/2016 en

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67586&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=97114>

CVRIA (2013). TJCE. C-427/11 (Caso M. Kenny). Recuperado el 15 de abril de 2016 en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0427>

CVRIA. (1986a). TJCE. Sentencia del 10 de julio de 1986. Asunto C-237/85 (Caso

Rummler). Recuperado el 15 de abril de 2016 en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d51bbb2885c3e3426381f89cdacafb9795.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSc310?text=&docid=94157&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1390867>

CVRIA. (1986b). TJCE. Asunto 170/84 (Caso Bilka). Recuperado el 22 de febrero de 2016, en:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=es&jur=C,T,F&num=170/84&parties=Bilka>.

CVRIA. (1986b). TJCE. Asunto 170/84 (Caso Bilka). Recuperado el 22 de febrero de 2016, en:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=es&jur=C,T,F&num=170/84&parties=Bilka>.

Dalla Costa, M.R. & James, S. (1975). *El poder de la mujer y la subversión de la comunidad*. Bogotá, Buenos Aires, Madrid, México: Siglo Veintiuno Editores S.A.

DANE (2015). Encuesta Nacional de Hogares, trimestre enero-marzo de 2015. Recuperado el 15 de mayo de 2016 en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/especiales/educacion/Bol_edu_2014.pdf

DANE (2016). Encuesta nacional de hogares, trimestre enero-marzo de 2016. Recuperado el 15 de mayo de 2016 en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/cp_sex0_ene_mar16.pdf

Da Silva, A. (2016). *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016 en http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p173_180.pdf

David, A. I. (2007). *Mujer y trabajo en Medellín. Condiciones laborales y significado social, 1850-1906*. Medellín: Instituto para el Desarrollo de Antioquia, IDEA.

Davis, M. (2016). *An Historical Introduction to the Campaign for Equal Pay*. Recuperado el 28 de marzo de 2016 en: <http://www.unionhistory.info/equalpay/roaddisplay.php?irn=820>.

De la Cueva, M. (1970). *Derecho mexicano del trabajo*, T. I (12ª ed.). México: Editorial Porrúa S.A.

De la Garza, E. (2000). El papel del concepto de trabajo en la teoría social del siglo XX. En *Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo* (E. de la Garza, Dir.), pp. 15-35. México: Fondo de Cultura Económica.

Devis, H. (1967). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. III. Bogotá: Editorial Temis.

- Dex, S. (1991). *La división sexual del trabajo. Revoluciones conceptuales en las ciencias sociales*. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Díez-Picaso, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. 5ª ed. Madrid: Civitas.
- Discriminar*. En DRAE (s.f.). Recuperado el 25/02/2015 en <http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2>
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2003). *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona-Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica S.A. y Editorial Paidós, SAICF.
- EEOC-USA (1991). *Civil Rights Act 1991*. Recuperado el 3 de marzo de 2016, en: http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/cra_1991.html
- Efficacy*. En Merriam-Webster's online dictionary (s.f.). Recuperado el 10/05/2016 en <http://www.m-w.com/dictionary/efficacy>
- Efficiency*. En Merriam-Webster's online dictionary (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2016 en <http://www.merriam-webster.com/dictionary/efficiency>.
- Eficacia*. En DRAE (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2016 en <http://dle.rae.es/?id=EPQzi07>
- Eficiencia*. En DRAE (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2016 en <http://dle.rae.es/?id=EPVwpUD>
- EHRC-UK (2016). *Work of equal value*. Recuperado el 28 de marzo de 2016 en: <http://www.equalityhumanrights.com/private-and-public-sector-guidance/employing-people/guidance-employers-about-their-rights-under-equality-act-2010/equal-pay/checklists-equal-pay-practice/3-work-equal-value>
- Elósegui (2006). Igual salario por trabajo de igual valor. *Persona y derecho*. Vol. I, 54, 119-150.
- Emakunde (1997). *Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribuciones entre mujeres y hombres para un trabajo de igual valor*. Recuperado el 13 de abril de 2016 en: <http://www.emakunde.euskadi.eus/u72->

[publicac/es/contenidos/informacion/pub_guias/es_emakunde/adjuntos/codigo_practico_igualdad_retribuciones_es.pdf](#)

Engels, F. (1969). El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. En *C. Marx-F. Engels, obras escogidas* (pp. 482-669). Moscú: Editorial Progreso.

Engels, F. (1974). *La situación de la clase obrera en Inglaterra*. Buenos Aires: Talleres. Gráficos Cartofex.

Engle, E. (2009). Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review*. 5(2), 165-173. Recuperado el 16/07/2016, en: <http://scholar.google.com/scholar?hl=es&q=Third+Party+Effect+of+Fundamental+Rights+%28Drittwirkung%29&btnG=&lr=>

Equipares (2016). *Manual del Sistema de Igualdad de Género, Equipares*. Recuperado el 10/05/2016 en http://equipares.org/el_sello/

Equivaler. En DRAE (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2016 en <http://dle.rae.es/?id=G0aX7z8>

Ermida Uriarte, Ó. (2006). “Caracteres, tendencias y perspectivas del derecho del trabajo en América Latina y en Europa”, en *Revista de derecho social-Latinoamérica*, Núm.1. Buenos Aires: Ediciones Bomarzo latinoamericana.

ERT. (2008). Declaración de principios para la igualdad. Recuperado 10 de enero de 2014 de http://www.luisvivesces.org/upload/34/56/declaracion_principios_igualdad.pdf

Escot, L, Fernández, J. & Poza, C. (2009). La división del trabajo entre los miembros de la pareja: evolución, ideas y fundamentos teóricos. Pensar como un economista. Homenaje al profesor Andrés Fernández Díaz. Madrid: Editores Valentín Bote *et al*, Delta Publicaciones Universitarias.

ETUC (2014). *Bargaining for equality*. Brussels: ETUC. Recuperado el 13 de abril de 2016, en: https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/publication/files/bargaining_equality_en.pdf

- Eurostat (2016). *Gender Pay Gap*. Recuperado el 8 de septiembre de 2016 en <http://ec.europa.eu/eurostat/web/equality/data/database>
- Eurostat (2016). *Part-time employment as percentage of the total employment, by sex, age and citizenship (%)*. Recuperado el 8 de septiembre de 2016, en <http://ec.europa.eu/eurostat/web/equality/data/database>
- Eyraud, F. et al (1993a). Equal pay: An international overview. En Eyraud F. (coord.). *Equal pay protection in industrialized market economies: In search of greater effectiveness*. (pp. 1-21). Geneva: International Labour Organisation.
- Eyraud, F. (1993b). Igualdad de remuneración y valor del trabajo en los países industrializados. *Revista Internacional del Trabajo*, 112, 2, pp. 235-252.
- Fernández A., J. A. (2001). *Configuración jurídica del salario*. Granada: Editorial Comares.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Figuerola, A. (2010). *Igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en el marco de la Unión Europea*. Recuperado el 31/03/2016 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2877>,.
- Fioravanti, M. (2003). *Los derechos fundamentales* (4ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Flanagan, T. (1987a). Equal pay for work of equal value: An historical note. En *Journal of Canadian Studies*, Vol. 22, núm. 3, pp. 5-19.
- Flanagan, T. (1987b). Equal Pay for Work of Equal Value: Some Theoretical Criticisms. En *Canadian Public Policy / Analyse de Politiques*, Vol. 13, No. 4, pp. 435-444.
- Fredman, S. (2013). *The right to equal pay for work of equal value*. Oxford University. Recuperado el 23 de noviembre de 2015 en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WG/ESL/BackgroundPaper2.doc>
- Fustel de Coulanges, N. D. (1965). *La ciudad antigua*. Barcelona: Editorial Iberia S.A.
- Galcerán, M. (2006). Producción y reproducción en Marx. En D.A. Cantos, M. Legarreta & A. Pérez (Eds.). *Laboratorio Feminista. Transformaciones del trabajo desde una perspectiva feminista*. (pp. 13-26). Madrid: Tierradenadie Ediciones S.L.

- Galvis, L. A. (2010). *Diferenciales salariales por género y región en Colombia: una aproximación con regresión por cuantiles*. Documentos de trabajo sobre economía regional Núm. 131. Cartagena: Banco de la República.
- García Ortega, J. (1994). *Las desigualdades salariales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Trascasas, A. (2013). Retribución y no discriminación por razón de sexo. Algunas reflexiones en torno a la negociación colectiva. En: Figueruelo, A. (Dir) y Martín, M. L. (Coord), *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- García, A. (1981). *Derecho del trabajo*. Bogotá: Temis.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona-Buenos Aires: Ediciones Paidós.
- Ghezzi, G. & Romagnoli, U. (1995) *Il rapporto de lavoro* (3ª ed.). Bologna: Zanichelli Editore S.p.A.
- Gold, M. (2001). *An introduction to the law of employment discrimination* (2a ed.). New York: Cornell University.
- Goldman, W. Z. (2010). *La mujer, el estado y la revolución*. Buenos Aires: Ediciones IPS.
- González, G. (1991). *Derecho individual del trabajo* (7ª ed). Medellín: Editorial Diké.
- Gorz, A. (1995). *Metamorfosis del trabajo*. Madrid: Editorial Sistema.
- Government of Canada (2016). *Pay Equity*. En:
http://www.esdc.gc.ca/en/jobs/workplace/human_rights/pay_equity/intro.page?
 Recuperado el 27 de marzo de 2016.
- Gunderson, M. (1994). *Comparable worth and gender discrimination: An international perspective*. Geneva: International Labour Office.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez* (6a ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Hakim, C. (2000). *Work-lifestyle choices in the 21st century: preference theory*. Oxford: Oxford University Press.

- Haraway, D.J. (1995). *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Valencia: Ediciones Cátedra.
- Harriman, A. & Holm, C. (2001). *Steps to Pay Equity –An easy and quick method for the evaluation of work demands*. Estocolmo: JämO
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hegel, G.W.F. (s.f.). *Propedéutica filosófica*. Caracas: Editorial Equinoccio-Universidad Simón Bolívar.
- Hegel, G.W.F. (1980). *Filosofía del Derecho*. México D.F.: Ediciones Casa Juan Pablos, S.A.
- Heide, I. (1999). Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea. *Revista Internacional del Trabajo* (V. 118, núm. 4, pp. 425-460).
- Heikkerö, J. *et al* (1993a) Equal pay in Finland. En Eyraud F. (coord.). *Equal pay protection in industrialised market economies: In search of greater effectiveness* (pp. 63-77). Geneva: International Labour Office.
- Hellmüller K, Morach, D., Peterhans, C. & Tang, L. (2010). *Establishment of Good Practice Standards for Compensation*. Basel: University of Applied Sciences Northwestern Switzerland. 1-85.
- Hernández, J. (2006). *La guerra civil española y Colombia*. Bogotá: Universidad de la Sabana y Editorial Carrera 7ª.
- Hernández S, *et al* (2010). *Metodología de la investigación*. (5ª ed.). México: McGraw-Hill.
- Hobsbawm, E. (1964). *Las revoluciones burguesas. Europa 1789-1848*. Madrid: Ediciones Guadarrama.
- Hobsbawm, E. (1987). *El mundo del trabajo. Estudios históricos sobre la formación y evolución de la clase obrera*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Hurd, S., Murray, P. & Shaw, B. (1984). Comparable worth: a legal and ethical analysis. *American Business Law Journal*, 22, 407-427.

- ILO (2007). *ABC of women workers' rights and gender equality*. 2^a ed. Geneva: International Labour Office.
- ISO (2011). *10667-1:2011. Assessment Service Delivery-Procedures and methods to assess people in work and organizational settings*. Recuperado el 7 de julio de 2016 en <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:10667:-1:ed-1:v1:en>
- James, H. (2007). *Las bostonianas*. Barcelona: Random House Mondadori S.A.
- Jaramillo, A.M. (1995). Mujeres y vinculación laboral en Colombia. En: *Mujeres en la historia de Colombia*. T. 1, pp. 387-423.
- Jaramillo, J. (1996). *El pensamiento colombiano en el siglo XXI*. Bogotá: Planeta Colombiana Editorial S.A.
- Jayme, M. & Sau, V. (1996). *Psicología diferencial del sexo y el género*. Barcelona: Icaria Editorial S.A.
- Jellinek, G (2000). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Juan Pablo II (1981). *Laborem Exercens*. Recuperado el 9 de septiembre de 2015 en http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html
- Juan XXIII (1961). *Mater et Magistra*. Recuperado el 19 de septiembre de 2015 en: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html
- Justia, U.S. Supreme Court (1849). *Luther v. Borden* US 1. Recuperado el 10 de noviembre de 2016, en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>
- Justia, U.S. Supreme Court (1974). *United States v. Nixon* 418 U.S. 683. Recuperado el 10 de noviembre de 2016, en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/case.html>
- Justia, U.S. Supreme Court (1973). *Green vs McDonnell Douglas*, 411 US 792. Recuperado el 4 de abril de 2016, en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/792/case.html>

- Justia, U.S. Supreme Court (1981). *County of Washington v. Gunther* 452 U.S. 161. Recuperado el 27 de noviembre de 2015, en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/161/>
- Kahn-Freund, O. (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España.
- Kant, E. (1975/1788). *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Kant, E. (2004). *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kant, E. (2005/1797). *La metafísica de las costumbres*. 4ª edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- Kant, I. (1986/1793). *Teoría y práctica*. (M. F. Pérez, R. Rodríguez & J. M. Palacios, Trad.). Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Kant, I. (1989/1797). *La metafísica de las costumbres*. (A. Cortina & J. Conill, Trad.) Bogotá: Editorial Tecnos S. A.
- Kant, I. (2010a/1795). Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico. En *Kant* (Vol. II, pp. 663-712) (J. Muñoz, Trad.). Madrid: Editorial Gredos.
- Kantz, C. B. & Baitsch, C. (1996). *L'égalité des salaires en pratique*. Zürich-Géneve: Bureau Fédéral de l'égalité entre femmes et hommes.
- Kelsen, H. (2001). *¿Qué es la justicia?* (13a ed.). México: Distribuciones Fontamara.
- Keynes, M. (1943). *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lamarca, I. (2008). El principio de igualdad en los supuestos de las mujeres víctimas de violencia de género y/o doméstica. Recuperado el 5 de febrero de 2015 de http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1532_1.pdf
- Laporta, F. (1985). “*El principio de igualdad: Introducción a su análisis*”. Sistema, Revista de Ciencias Sociales, Nro. 67, pp. 3-31, Editorial Sistema, Madrid.

- Lee, E. (1994). Orígenes y vigencia de la Declaración de Filadelfia. *Revista Internacional del Trabajo* (V. 113, Núm. 4, pp. 331-550). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Lenin, V. (1960). El estado y la revolución. En *Obras escogidas* (Vol. 2). Moscú: Editorial Progreso.
- León XIII (1968/1891). *De Rerum Novarum, sobre la cuestión obrera*. Bogotá: Ediciones Paulinas.
- Locke, J. (1722/s.f.). Tratado del gobierno Civil. Buenos Aires: Editorial Claridad.
- López-Romero, M.P. (2011). El largo camino hacia la igualdad en la clasificación y promoción profesionales. En: *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva* (Sanguineti, W., Dir., Martín, M.L., Coord.). Albacete: Editorial Bomarzo.
- Lorber, L & Kirk, J. R. (1983). A Status Report on the Theory of Comparable Worth: Recent Developments in the Law of Wage Discrimination. En *Public Personnel Management*. Vol. 12, 4, 332-344.
- Losurdo, D. (2005). *Contrahistoria del liberalismo*. Madrid: El Viejo Topo.
- Lousada, J. F. (2004). La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral. En *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*. 7, 321-392. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Lousada, J. F. (2012). La prueba de la discriminación en el derecho comunitario. *Revista de Derecho Social*, 60, 125-138.
- Lousada, J. F. (2014). El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Valencia: Tirant lo Blanch
- Lousada, J. F. (coord.) (s.f.). *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Lynch, J. (2006). *Simón Bolívar*. Madrid/Barcelona: Crítica, S.L.
- Marcotte, M. (1987). *Equal pay for work of equal value*. Kingston: Queen's University IRC-School of Policy Studies.

- Martín, M. A. (2004). *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*. Granada: Universidad de Granada.
- Martínez, A. (1995). Mujeres y familia en el siglo XIX, 1819-1899. En: *Mujeres en la historia de Colombia*. T. 2, pp. 292-321. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Maruani, M. (2002). *Trabajo y empleo de las mujeres*. Caracas: Editorial Fundamentos.
- Marx, C. & Engels, F. (1974). *La ideología alemana*. 5ª Ed. Barcelona-Montevideo: Ediciones Pueblos Unidos y Ediciones Grijalbo S.A.
- Marx, C. (1997). *Introducción general a la crítica de la economía política/1857* (25ª ed.). México D.F., Madrid: Siglo Veintiuno editores.
- Marx, C. (2003). *Trabajo asalariado y capital*. Madrid: Fundación Federico Engels.
- Marx, C. (s. f./1867). *El Capital. Crítica de la economía política* (Vol. I). México, D.F: Ed. Fuente Cultural.
- Marx, C. y Engels, F. (1969). Manifiesto del partido comunista. En *C. Marx F., Engels Obras escogidas* (pp. 29-63). Moscú: Editorial Progreso.
- Marx, C. y Engels, F. (s.f.). *La ideología alemana*. Montevideo: Ediciones Pueblos Unidos.
- Marx, K. (1969). Crítica del programa de Gotha. Glosas marginales al programa del partido obrero alemán. En *C. Marx, F. Engels, Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso.
- Mayor M., A. (1964). *Ética, trabajo y productividad en Antioquia*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo.
- McDermott, P. (1993). Equal pay in Canada. En Eyraud F. (coord.). *Equal pay protection in industrialised market economies In search of greater effectiveness* (pp. 43-59). Geneva: International Labour Office.
- Menéndez, P. (2009). Nociones básicas en materia de igualdad. En: Núñez-Cortés, P. (Dir.), *Nociones básicas sobre igualdad en las relaciones laborales* (pp. 15-25). Madrid: Tecnos.

- México-Orden Jurídico (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado el 21 de julio de 2015 en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>
- México-Orden Jurídico (2015). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Programa del Partido Liberal Mexicano del 1º de julio de 1906*. Recuperado el 10/11/2015 en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/antecedentes.php>
- Min. Igualdad-España. (2010). *Igualdad retributiva*. Madrid: Ministerio de Igualdad.
- Miranda, M.J. (2006). El paso de la sociedad fábrica a la metrópoli. En D.A. Cantos, M. Legarreta & A. Pérez (Eds.). *Laboratorio Feminista. Transformaciones del trabajo desde una perspectiva feminista*. (pp. 47-57). Madrid: Tierradenadie Ediciones S.L.
- Molina, C. (1994). *Dialéctica feminista de la Ilustración*. Barcelona: Anthropos.
- Molina, C.E. (2005). *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- Molina, G. (1978). *Las ideas liberales en Colombia, 1849-1914* (5ª ed.). Bogotá: Ediciones Tercer Mundo.
- Mondy, R.W. & Noe, R.M. (2005). *Administración de recursos humanos*. 9ª ed. México: Pearson Educación.
- Montoro, A. (1980). *Supuestos filosófico-jurídicos de la justa remuneración*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Montoya M., A. (2008). *Derecho del trabajo* (28 ed.). Madrid: Tecnos.
- Moore, M.V. & Abraham, Y.T. (1994). Comparable worth: is it a moot issue? Part II: the legal and juridical posture. *Public Personnel Management*, V. 23, Nr. 2, 263-286.
- Morris, A., & Nott, S. (1991). *Working women and the law. Equality and discrimination in theory and practice*. London-New York: Sweet & Maxwell.
- Munck, R. (2002). *Globalización y trabajo*. Madrid: El Viejo Topo.
- Muñoz, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis.

- Muriel, J.H. (2011). *¿La concesión portuaria como una modalidad de privatización?*. Recuperado el 13 de noviembre de 2016 en <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36722/39509>
- NARA (*National Archives and Record Administration*) (2015), USA. Recuperado el 24 de febrero de 2015 en: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html
- Naranjo de la Cruz, R. (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la buena fe*. Madrid: BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- O'Higgins, P. (1997). Labour is not a commodity –an Irish contribution to international labour law. *Industrial Law Journal*. V. 26, núm. 3, pp. 225-234.
- OECD (1991). *Equal pay for work of comparable worth. The experience of industrialized countries*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.
- Oelz, M., Olney S. & Tomei, M. (2013). *Igualdad salarial. Guía introductoria*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Official Home of UK Legislation (1975). *Sex discrimination Act 1975*. Recuperado 21 de febrero de 2015 en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/65/contents>
- OIT (1948). *Labour Gazette*, pp. 972-979. Recuperado el 5 de septiembre de 2015, en <http://socserv.mcmaster.ca/oldlabourstudies/onlinelearning/article.php?id=289>
- OIT (1950). *Igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina. Informe V (2)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (1950). *Igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina. Informe VII (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (1951). *Igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina. Informe VII (2)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

- OIT (1986a). *Evaluación de tareas*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (1986b). *Igualdad de remuneración. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (1996). *Igualdad en el empleo y la ocupación*, Informe III (4 B), CIT 83^a. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2003). *La hora de la igualdad en el trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2007). *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2007b). *Informe III (Parte 1A)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2008a). *Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y el trabajo decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2008b). *Promoción de la igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos. Guía detallada*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2011). *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe I (B)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2012a). *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2012b). *Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2013). *Igualdad salarial. Guía introductoria*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2015). *Informe mundial sobre salarios 2014/2015*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

OIT (2016). Normlex. Ratificación del Convenio 100. Recuperado el 3 de julio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312245

OIT (2016). *Reglamento CIT*. Recuperado el 11 de noviembre de 2015 en <http://www.ilo.org/ilc/Rulesfortheconference/lang--es/index.htm#Article 24>

OIT (2016a). *Las mujeres en el trabajo. Tendencias*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

OIT (2017). *Tesaurus*. Recuperado el 4 de junio de 2017 en <http://www.ilo.org/inform/online-information-resources/terminology/thesaurus/lang--es/index.htm>.

OIT-CEACR (1990). Solicitud directa al gobierno de Colombia. 77ª reunión CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2083358

OIT-CEACR (1992) Solicitud directa al gobierno colombiano. 79ª reunión CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2108757

OIT-CEACR (1994). Solicitud directa al gobierno de Colombia. 81ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2126805

OIT-CEACR (1997). Solicitud directa al gobierno de Colombia. 85ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2149380

OIT-CEACR (1999). Solicitud directa al gobierno de Colombia. 87ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2177104

OIT-CEACR (2002). Solicitud directa al gobierno de Colombia. 90ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:2177104

OIT-CEACR (2004). Solicitud directa al gobierno de Colombia. 92ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:2234229

OIT-CEACR (2007). Solicitud directa al gobierno de Colombia. 96ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:2273470

OIT-CEACR (2008). Solicitud directa al gobierno de Colombia. 97ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:2277210

OIT-CEACR (2009). Observación al gobierno de Colombia. 98ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:2301616

OIT-CEACR (2010). Observación al gobierno de Colombia. 99ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:2319518

OIT-CEACR (2012). Observación al gobierno de Colombia. 101ª CIT. Recuperado el 18 de junio de 2016 en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:2699043

OIT-CEACR (2013). Observación al gobierno de Colombia. 102 Reunión. Recuperado el 18 de junio de 2016 en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3077947

OIT-CEACR (2017). Observación al gobierno de Colombia. 106 Reunión. Recuperado el 24 de junio de 2017 en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3298496

Ojeda-Avilés, A. (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Revista PUCP* # 60. (pp. 375-402)

Okuyama, A. (1993a). Equal Pay in Japan. En Eyraud F. (coord.). *Equal pay protection in industrialised market economies In search of greater effectiveness* (pp. 95-106). Geneva: International Labour Office.

ONU (1960). *Salario igual por trabajo igual*. Nueva York: Naciones Unidas.

ONU (1989). Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Observación General 18. Recuperado 10 de enero 2015 en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1404>

ONU (2016a). Declaración Universal de los derechos humanos. Recuperado el 11 de febrero de 2015 en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

ONU (2016b). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Recuperado el 11 de febrero de 2015 en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Ortega, J. (1971). *Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo*, 7ª ed. Bogotá: Editorial Temis.

Ortega, J. (1982). *Código Civil* (con notas, concordancias y jurisprudencia). 15ª edición. Bogotá: Temis.

Ortiz, D.A. (1992). Lectura 09 "La interpretación constitucional", de Konrad Hesse (extraído del libro "Escritos de derecho constitucional"). Madrid (1992). Recuperado el 13 de noviembre de 2016 en https://works.bepress.com/david_ortiz/47/

- Padavic, I. & Reskin, B. F. (2002): *Women and Men at Work*. Second edition. Thousand Oaks, California: Pine Forge Press.
- Palomeque, M.C. (1987). *Derecho del trabajo e ideología* (3ª ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Palomeque, M.C. (2011). *La igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Salamanca: Ratio Legis.
- Palomeque, M.C., & Álvarez, M. (2012). *Derecho del trabajo* (20ª ed.). Madrid: Editorial Centro de Estudios Manuel Areces.
- Parlamento Europeo (2016). Recuperado el 14 de noviembre de 2016 en www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.1.pdf
- Pérez (2015). Nuevas tendencias en materia de clasificación profesional en Europa y EEUU. Recuperado el 4 de marzo de 2016 en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21546/nuevas_perez_2015.pdf?sequence=1
- Pérez Luño, A. (2007). *Dimensiones de la igualdad* (2a ed.). Madrid: Dykinson.
- Pérez Z., J. (s.f). *La igualdad de oportunidades: requisito indispensable para realizar la igualdad política*. Recuperado 20 de marzo de 2015 en: http://www.uv.es/sfpv/quadern_textos/v40p115-124.pdf
- Phelps, H. (1990). *Las desigualdades de salarios*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Pineda, J.A. (2009). Distribución del ingreso, género y mercado de trabajo en Colombia. *Mercado laboral colombiano. Cuatro estudios comparativos* (pp. 18-32). Bogotá: Oficina Internacional del Trabajo.
- Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales* (163-171). Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS-Editorial del Puerto.
- Pío XI (1931). *Cuadregesimo Anno*. Bogotá: Ediciones Paulinas.
- Pisarello, G. (2007) *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta.

- Plá, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo* (3ª ed.). Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Platón (-389/1952). “Gorgias, o de la retórica”, en *Diálogos*. Buenos Aires: Espasa-Calpe Argentina S.A.
- Platón (-389/1963). *La República*. Madrid: Aguilar.
- Platón (-389/2002). *Las Leyes*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- PNUD-Mintrabajo. *Sello de equidad laboral Equipares*. Recuperado el 10 de mayo de 2016 en:
http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/operations/projects/womens_empowerment/sello-de-equidad-laboral-equipares.html#
- Polanyi, K. (1989). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. Madrid: Ediciones Endymion.
- Potencia*. En DRAE (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2016 en <http://dle.rae.es/?id=Trbc5zu>
- Productividad*. En DRAE (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2016 en <http://dle.rae.es/?id=UH8mXZv>
- Productivity*. En *Merriam-Webster's online dictionary* (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2016 en <http://www.merriam-webster.com/dictionary/productivity>
- Quadra-Salcedo, T. (1981) *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas
- Quintanilla, B. (1996). *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons.
- Quintanilla, B. (2008). Transversalidad de género. En B. Quintanilla & F. Valdés Dal-Ré (Dir). *Igualdad de género y relaciones laborales* (pp. 45-87). Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Quintanilla, B. (s.f.). *Valoración de puestos de trabajo: discriminación retributiva*. Recuperado el 10 de febrero de 2016, en:
http://cdd.emakumeak.org/ficheros/0000/0148/discrimina_3_c.pdf

- Radbruch, G. (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. México D.F., Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Radbruch, G. (1952). *Filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Radding, C. (1994). El Noroeste: Sonora. En *Visión histórica de la frontera norte de México*, (T. 5, pp. 98-208). México: Universidad Autónoma de Baja California.
- Ramm, T. (1994). “Epílogo: El nuevo orden del derecho del trabajo, 1918-1945”, en *La Formación Del Derecho Del Trabajo en Europa*. Bob Hepple (comp.). Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. London: Oxford University Press.
- Restrepo, C. (Comp.) (2003). *Constituciones políticas nacionales de Colombia* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Revista Internacional del Trabajo (julio de 1944). La Vigésima sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Vol. XXX, núm 1.
- Ricardo, D. (1959/1817). *Principios de economía política y tributación*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Ripert, Georges (1955). *Les forces créatrices du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Rodríguez-Piñero, M. & Fernández, M. (1986). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez-Piñero, M. (1966). La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo. En *Revista de Política Social*, 71, 147-167.
- Rosaldo, M.Z. (1979). Mujer, cultura y sociedad: una visión teórica. En O. Harris & K. Young (comps.), *Antropología y feminismo*. Barcelona: Anagrama, pp. 153-180.
- Rosenfeld, M. (1998). Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. *Derechos y Libertades*, 411-443.
- Rousseau, J. J. (2013/1775). *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

- Rousseau, J.J. (s.f.). *Emilio o de la educación*. Madrid: Edaf.
- Rousseau, J.J. (sin fecha/1762). *El contrato social*. Buenos Aires: Editorial Tor.
- Rubio, F. (1991, Abril 1). “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”. *Revista Española De Derecho Constitucional* (31), 13-36.
- Rubio, F. (1993). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Sáez, C. (1994). *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Sáez, C. (1995). Las discriminaciones indirectas en el trabajo. *Cuadernos de relaciones laborales*. 6, 67-80. Madrid: Universidad Complutense.
- Sagrada Biblia (1958). J. Straubinger (Trad.). Chicago-México: The Catholic Press Inc.
- Saldaña, E.M. (2013) Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad de la empresa privada y el sector público. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 119, 91-118. Cádiz:
- Santo Tomás (1990). *Suma de Teología*. T. III. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Scelle, G. (1922). *Le Droit ouvrier: tableau de la législation française actuelle*. Paris: Librairie Armand Colin.
- Scheepers, J. (s.f.) *Equal pay for work of equal value*. South African Labour Guide. Recuperado el 22 de agosto de 2015 en <http://www.labourguide.co.za/equal-pay-for-work-of-equal-value>
- Schwabe, J. (Comp.) (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. México: Fundación Konrad Adenauer, A.C.
- Scott, J. W. (1993). La mujer trabajadora en el siglo XIX. En G. Duby & M. Perrot (dir), *Historia de las mujeres. El siglo XIX*. Madrid: Taurus, pp. 1-18.
- Sen, A. (1995). *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza Editorial.

- Sen, A. (1997). *Bienestar, justicia y mercado*. Barcelona: Paidós.
- Serrano, M.J. (2008). El derecho a la igualdad retributiva por razón de género. En B. Quintanilla & F. Valdés Dal-Ré (Dir). *Igualdad de género y relaciones laborales* (pp. 121-175). Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Sewell, W. (1992). *Trabajo y revolución en Francia*. Madrid: Taurus Ediciones.
- Sheppard, C. (2012, Junio). Normas antidiscriminatorias internacionales y desigualdad laboral: la igualdad, un concepto en expansión. *Revista Internacional del Trabajo*, 131 (1-2), 1-22.
- Sinzheimer, H. (1927/1984). “La esencia del derecho del trabajo”, en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*. Madrid: IELSS, 1984.
- Smith, A. (1958/1776). *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones* (2ª Ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Spelfogel, E. (jan. 1981). Equal pay for work of comparable value: A new concept. *Labor Law Journal*, 30-39.
- Spiropoulos, A.C. (1996). Defining the Business Necessity Defense to the Disparate Impact Cause of Action: Finding the Golden Mean. *North Carolina Law Review*, 74, 1479-1557.
- Standing, G. (1999). Global feminization through flexible labor: A theme revisited. *World Development*, Vol. 27, No. 3, pp. 583-602. Oxford: Pergamon Press.
- Stiglitz, J.E. (2012). *El precio de la desigualdad*. Bogotá: Taurus.
- Stuart Mill, J. (1951/1848). *Principios de economía política, con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Stuart Mill, J. (2005). *El sometimiento de las mujeres*. Madrid, México, Buenos Aires, San Juan y Santiago: Ed. Edaf S.A.
- Suárez, F. (1960). El origen contractual de la relación jurídica de trabajo. *Revista de Política Social*, 48, 69-126.

- Supiot, A. (1996). *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de trabajo y asuntos sociales.
- Supiot, A. (2007). *Homo Jurídicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina S.A.
- Supiot, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia*. Madrid: Península.
- Supiot, A. (coord.). (1999). *Trabajo y empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch,
- Tawney, R. (1952). *Equality* (4ª ed.). New York: Capricorn Books.
- TC España (1991). Sentencia STC-145/1991. Recuperado el 7 de abril de 2016, en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1784>
- Thornton, M. (1993a). Equal pay in Australia. En Eyraud F. (coord.). *Equal pay protection in industrialised market economies: In search of greater effectiveness* (pp. 23-37). Geneva: International Labour Office.
- Tocqueville, A. (1957/1835). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tomei, M. (2003). Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo. *Revista Internacional del Trabajo* 122 (4), 455.
- Trabajo*. En DRAE (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2016 en <http://dle.rae.es/?id=aBuhX28>
- Tribunal Constitucional alemán. BVerfGE 7, 198 – Lüth, Primera Sala, 15 de enero de 1958. Recuperado el 17/05/2015 en: <http://es.slideshare.net/Valedome/lectura-2-tribunal-constitucional-federal-alemn-caso-luth>,
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1968). *Belgium Linguistics Case*. Recuperado el 29 de mayo de 2015 en [http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"Belgium Linguistics Case - ‘In the case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v Belgium’ \(Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64\)\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{\)

- Trimiño, C. (2013). *Aportaciones del feminismo liberal al desarrollo de los derechos políticos de las mujeres*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Turcott, A. (s.f.). *La Causa. Interpretación comparativa del derecho francés y español con el derecho mexicano en su origen*. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado el 4 de julio de 2015 en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art/art11.pdf>
- UE (2014). *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*. Recuperado el 9 de marzo de 2016 en: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/140319_gpg_es.pdf
- UE (2016). *Report no equality between women and men, 2015*. Brussels: European Union.
- UE Diario Oficial C326 (2012). Versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Recuperado el 14 de noviembre de 2016 en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>
- UK (2010). *Code of Practice*. Recuperado el 20 de febrero de 2016 en: http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/EqualityAct/equalpaycode.pdf
- United Kingdom (1970). *Equal Pay Act*. Recuperado el 26 de agosto de 2015 en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1970/41/section/1>.
- United Kingdom (2010). *Equal Pay Act*. Recuperado el 26 de agosto de 2015, en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/65>.
- United Kingdom (2011). *Equal Pay Statutory Code of Practice*. London: Equality and Human Rights Commission. Recuperado el 26 de agosto de 2015 en <https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/equalpaycode.pdf>
- UN-Women (1995). *United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women*. Recuperado el 8 de febrero de 2016 en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/economy.htm>
- Valdés Dal-Re, F. (2010). *Relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Madrid: Reus S.A.

- Veneziani, B (1993). “Negociación colectiva y disciplina autónoma del conflicto”, en *La negociación colectiva en América Latina*. Ojeda Avilés, A. y Ermida Uriarte, Ó. (editores). Madrid: Instituto europeo de relaciones industriales y Editorial Trotta S.A.
- Veneziani, B. (1994). “La evolución del contrato de trabajo”, en *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*. Bob Hepple (comp.). Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Verdross, A. (1980). *Derecho Internacional Público*. 6ª edición. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Vial, J. (1976). *Nacimiento y desarrollo de la civilización industrial*. Madrid: Colección EDAF universitaria.
- Villacorta M., L. (2006). *Principio de igualdad y estado social. Apuntes para una relación sistemática*. Santander: Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria.
- Villasmil, H. (2012). La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del Derecho del Trabajo Latinoamericano: Huella y sentido de un encuentro virtuoso. *Revista Relaciones Laborales*. 12, 59-90. Madrid.
- Vivero, J.B. (2005). La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos; recursos humanos*. 272, 3-58.
- Von Bogdandy, A. (2010). Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales. Biblioteca jurídica virtual UNAM. Recuperado el 14 de noviembre de 2016 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3019/7.pdf>
- Walsh, D. J. (2013). *Employment law for human resource practice* (4ª ed.). South-Western Publishing Co.
- Webb, S. & B. (2004). *La democracia industrial*. Madrid: Biblioteca Nueva. Fundación Francisco Largo Caballero.
- WEF (2015). *The Global Competitiveness Report 2015-2016*. Recuperado el 9 de marzo de 2016 en: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2015-2016/>

WEF (2017). *Global Gender Gap Report*. Recuperado el 4 de enero de 2018 en: <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2017/key-findings/>

Westen, Peter (1990). *Speaking of Equality. An Analysis of the Rethorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*. Princeton (New Jersey): Princeton University Press.

Wirth, L. (2002). *Romper el techo de cristal. Las mujeres en puestos de dirección*. Madrid: OIT y Ministerio de Trabajo y Asuntos Social de España.

Würtenberger, T. (2002). *Interpretación del Derecho Constitucional (desde una perspectiva realista)*. Recuperado el 13 de noviembre de 2016 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1975988.pdf>

Zetkin, C. (1972). *La cuestión femenina y la lucha contra el reformismo*. Barcelona: Editorial Anagrama.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA CITADA:

Sentencias del Tribunal Supremo del Trabajo y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

(31/05/1947) Gaceta del T., T. II, núms. 5-16, pp. 156 y 159.

(01/09/1952) [MP Alejandro Córdoba Medina]

(5/05/1956), TST, D del T, Vol. XXIV, núm. 142-144, p. 207, en Ortega Torres, 1971, p. 250.

(15/04/1968) Gaceta Judicial 2300-2302 [MP José Enrique Arboleda Valencia]

(13/06/1970). Gaceta Judicial P. 634, T. CXXXIII [MP Bolívar Portillo]

(30/03/1971) [MP Jorge Gaviria Salazar]

(23/09/1977) [MP José Eduardo Gnecco Correa]

(27/05/1982) Rad. 8323 [MP Fernando Uribe Restrepo]

(30/01/1992) Rad. 4756 [MP Manuel Enrique Daza Álvarez]

(12/02/1993) Rad. 5481 [MP Hugo Suescún Pujols]

(06/02/1995) Rad. 7178 [MP Rafael Méndez Arango]

(07/07/1995) Rad. 7420 [MP José Roberto Herrera Vergara]

(07/02/1996) Rad. 7807 [MP Ramón Zúñiga Valverde]

(15/02/1996) Rad. 7871 [MP Francisco Javier Escobar Henríquez]

(30/09/1996) Rad. 8793 [MP Fernando Vásquez Botero]

(30/09/1996) Rad. 8798 [MP Fernando Vásquez Botero]

(30/07/1997) Rad. 9735 [MP José Roberto Herrera Vergara]

(24/09/1997) Rad. 9676 [MP Fernando Vásquez Botero]

(25/09/1997) Rad. 9255 [MP Fernando Vásquez Botero]

(15/07/1998) Rad. 10728 [MP Germán Gonzalo Valdés Sánchez]

(11/08/1998) Rad. 10804 [MP José Roberto Herrera Vergara].

(21/10/1998) Rad. 10970 [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

(10/12/1998) Exp. 11173 [MP José Roberto Herrera Vergara]

(08/07/1999) Rad. 11928 [MP Germán Gonzalo Valdés Sánchez]

(05/07/2000) Rad. 13346 [MP Germán Gonzalo Valdés Sánchez]

(23/08/2001) Rad. 16502 [MP Germán Gonzalo Valdés Sánchez]

(13/12/2002) Rad. 19089 [MP Luis Gonzalo Toro Correa]

(29/10/2002) Rad. 20072 [MP Germán Gonzalo Valdés Sánchez]

(05/03/2003) Rad. 19244 [MP Fernando Vásquez Botero]

(10/04/2003) Rad. 20837 [MP Luis Javier Osorio López]

(08/07/2003) Rad. 21913 [MP Germán Gonzalo Valdés Sánchez]

(19/05/2005) Rad. 24312 [MP Camilo Humberto Tarquino Gallego]

(24/05/2005) Rad. 23148 [MP Carlos Isaac Náder]

(10/06/2005) Rad. 24272 [MP Gustavo José Gnecco Mendoza]

(15/02/2006) Rad. 25741 [MP Isaura Vargas Díaz]

(24/03/2006) Rad. 24300 [MP Carlos Isaac Náder]

(25/04/2006) Rad. 25742 [MP Francisco Javier Ricaurte Gómez]

(25/04/2006) Rad. 24425 [MP Isaura Vargas Díaz]

(09/08/2006) Rad. 24336 [Gustavo José Gnecco Mendoza]

(20/10/2006) Rad. 28441 [MP Luis Javier Osorio López]

(2/11/2006) Rad. 26437 [MP Gustavo José Gnecco Mendoza]

(23/01/2007) Rad. 27724 [MP Eduardo Adolfo López Villegas]

(27/03/2007) Rad. 27998 [MP Isaura Vargas Díaz]

(24/04/2007) Rad. 27851 [MP Isaura Vargas Díaz]

(17/03/2009) Rad. 34520 [MP Elsy del Pilar Cuello Calderón]

(31/03/2009) Rad. 31186 [MP Gustavo José Gnecco Mendoza]

(18/05/2009) Rad. 33673 [MP Gustavo José Gnecco Mendoza]

(03/06/2009) Rad. 35593 [MP Luis Javier Osorio López]

(22/07/2009) Rad. 32249 [MP Eduardo Adolfo López Villegas/Elsy del Pilar Cuello Calderón]

(02/08/2011) Rad. 40192 [MP Camilo Humberto Tarquino Gallego]

(21/02/2012) Rad. 33167 [MP Francisco Javier Ricaurte Gómez]

(28/02/2012) ^A nulación Rad. 50795 [MP Luis Gabriel Miranda Buelvas]

(24/04/2012) Rad. 44291 [MP Francisco Javier Ricaurte Gómez]

(08/05/2012) Rad. 40356 [MP Elsy del Pilar Cuello Calderón]

(06/09/2012) Rad. 37804 [MP Carlos Ernesto Molina Monsalve]

(04/12/2012) Anulación Rad. 55501 [MP Carlos Ernesto Molina Monsalve]

(10/07/2013) SL447-2013, Rad. 41089 [MP Jorge Mauricio Burgos Ruiz]

(03/07/2013) Rad. 40509, SL403-2013 [MP Jorge Mauricio Burgos Ruiz]

(05/11/2014) SL16404-2014, Rad. 43090 [MP Gustavo López Algarra]

(26/11/2014) SL16217, Rad. 45830 [MP Carlos Ernesto Molina Monsalve]

(10/12/2014) SL17462-2014, Rad. 44317 [MP Carlos Ernesto Molina Monsalve]

(06/05/2015) SL5464, Rad. 46853 [MP Jorge Mauricio Burgos Ruiz]

(06/05/2015) SL6570-2015, Rad. 45894 [MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo]

(11/02/2015) SL1327-2015, Rad. 44834 [MP Elsy del Pilar Cuello Calderón]

(05/04/2017) SL-5584-2017, Rad. 43641 [MP Jorge Luis Quiroz Alemán]

Sentencias de la Corte Constitucional:

(05/06/1992), T-407/92 [MP Ciro Angarita Barón]

(19/06/1992), T-422/92 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

(09/12/1992), T-593/92 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(25/02/1993) C-071/93 [MP Alejandro Martínez Caballero]

(28/07/1993), T-290/93 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(27/10/1993), T-483/93 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(13/05/1994) T-230/94 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

(17/05/1994) T-233/94 [MP Carlos Gaviria Díaz]

(27/06/1994), T-293/94 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(11/08/1994), C-356/94 [Fabio Morón Díaz]

(15/09/1994), C-410/94 [MP Carlos Gaviria Díaz]

(15/04/1995), T-420/95 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

(28/02/1995) T-079/95 [MP Alejandro Martínez Caballero]

(13/03/1995) T-102/95 [MP Alejandro Martínez Caballero]

(30/03/1995) T-143/95 [MP Antonio Barrera Carbonell]

(18/05/1995) C-225/95 [MP Alejandro Martínez Caballero]

(02/08/1995), SU-342/95 [MP Antonio Barrera Carbonell]

(09/11/1995) SU-509/95 [MP Fabio Morón Díaz]

(16/11/1995) C-521/95 [Antonio Barrera Carbonell]

(28/11/1995) T-553/95 [MP Carlos Gaviria Díaz]

(04/12/1995) C-578/95 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

(26/01/1996) T-026/96 [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

(07/03/1996) C-100/96 [MP Alejandro Martínez Caballero]

(30/05/1996), SU256/96 [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

(09/09/1996) T-418/96 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(23/09/1996) T-466/96 [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

(22/11/1996), T-638/96 [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

(09/12/1996) C-710/96 [MP Jorge Arango Mejía]

(16/12/1996), T-715/96 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

(21/01/1997) T-005/97 [MP Antonio Barrera Carbonell]

(17/07/1997) T-330/97 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(15/10/1997) SU-519/97 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(25/09/1997), C-470/97 [MP Alejandro Martínez Caballero]

(15/10/1997), SU-519/97 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(30/10/1997), SU-547/97 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(27/11/1997), C-622/97 [MP Hernando Herrera Vergara]

(03/12/1997) C-654/97 [MP Antonio Barrera Carbonell]

(06/05/1998) C-191/98 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

(22/07/1998), T-373/98 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

(03/08/1998) T-394/98 [MP Fabio Morón Díaz]

(10/08/1998) C-400/98 [MP Alejandro Martínez Caballero]

(23/09/1998), T-523/98 [MP Hernando Herrera Vergara]

(22/10/1998) T-604/98 [MP Antonio Barrera Carbonell]

(12/11/1998), SU-667/98 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(12/11/1998) C-665/98 [MP Hernando Herrera Vergara]

(11/12/98) T-782/1998 [MP Alfredo Beltrán Sierra]

(03/02/1999) C-055/99 [MP Carlos Gaviria Díaz]

(28/04/1999), C-273/99 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

(13/07/1999), T-503/99 [MP Carlos Gaviria Díaz]

(10/08/1999) T-568/99 [MP Carlos Gaviria Díaz]

(23/08/1999) C-608/99 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(22/09/1999) C-708/99 [MP Álvaro Tafur Galvis]

(03/02/2000) T-097/06 [José Gregorio Hernández Galindo]

(06/03/2000) T-256/00 [MP José Gregorio Hernández Galindo]

(23/03/2000) T-335/00 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

(29/03/2000), C-371/00 [MP Carlos Gaviria Díaz]

(05/04/2000), C-385/00 [MP Antonio Barrera Carbonell]

(14/04/2000) T-439/00 [MP Alejandro Martínez Caballero]

(01/05/2000) T-540/00 [MP Fabio Morón Díaz]

(10/05/2000), C-531/00 [MP Álvaro Tafur Galvis]

(11/10/2000) C-1369/00 [MP Antonio Barrera Carbonell]

(18/01/2001) T-022/01 (MP Cristina Pardo Schlesinger]

(28/06/2001), T-677/01 [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

(25/07/2001) C-774/01 [MP Rodrigo Escobar Gil]

(18/02/2002) T-103/02 [MP Jaime Córdoba Triviño]

(28/01/2003), C-034/03 [MP Eduardo Montealegre Lynett]

(28/01/2003) C-042/03 [MP Jaime Córdoba Triviño]

(22/04/2003) C-313/03 [MP Álvaro Tafur Galvis]

(09/07/2003) C-551/03 [MP Eduardo Montealegre Lynett]

(10/07/2003), T-555/03 [MP Clara Inés Vargas Hernández]

(20/08/2003), T-724/03 [MP Jaime Araújo Rentería]

(01/07/2004) T-642/04 [MP Rodrigo Uprimny Yepes]

(09/07/2004) T-666/04 [MP Rodrigo Uprimny Yepes]

(17/11/2004), T-1149/04 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

(08/02/2005), C-100/05 [MP Álvaro Tafur Galvis]

(23/08/2005) C-878/05 [MP Alfredo Beltrán Sierra]

(14/04/2005) C-401/05 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

(24/05/2006) C-397/06 [MP Jaime Araújo Rentería]

(04/10/2006) C-825/06 [MP Jaime Araújo Rentería]

(05/12/2006) T-1040/06 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

(03/05/2007), C-310/07 [MP Nilson Pinilla Pinilla]

(19/07/2007), T-545A/07 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

(15/08/2007), T-632/07 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

(27/09/2007), T-798/07 [MP Jaime Córdoba Triviño]

(22/11/2007), T-1011/07 [MP Clara Inés Vargas Hernández]

(04/03/2008), T-238/08 [MP Mauricio González Cuervo]

(29/05/2008), T-552/08 [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

(23/04/2009), T-291/09 [MP Clara Elena Reales Gutiérrez]

(22/09/2009), C-663/09 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

10/12/2006), C-930/09 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
(11/02/2010), T-083/10 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
(26/03/2010), T-231/10 [MP María Victoria Calle Calle]
(05/07/2011), T-516/11 [MP Nilson Pinilla Pinilla]
(27/07/2011), T-583/11 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
(16/02/2012) T-085/12 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
(30/03/2012), T-271/12 [MP Nilson Pinilla Pinilla]
(23/08/2012), T-657/12 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
(23/10/2012), T-833/12 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
(01/04/2013) T-171/13 [MP Jorge Iván Palacio Palacio]
(07/05/2013) C-258/13 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
(13/09/2013) T-634/13 [MP María Victoria Calle Correa]
(06/05/2014) T-276/14 [MP María Victoria Calle Correa]
(18/02/2015) T-069/15 [MP Martha Victoria Sáchica Méndez]
(26/10/2016) C-586/16 [MP Alberto Rojas Ríos]

VITA

- Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia, 1977.
- Ex Magistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (2010-2014).
- Conjuez de la misma Sala, actualmente.
- Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
- Exdirectivo de recursos humanos en entidades públicas y organizaciones privadas (1975-2006).
- Exbecario del curso de especialización sobre libertad sindical de la OIT y las Universidades de Bolonia y Castilla-La Mancha), 2000.
- Especialización en Diálogo Social y Autonomía Colectiva (Universidad de Castilla-La Mancha), 2000.
- Especialización en normas internacionales del trabajo (Centro Internacional de Formación OIT, Montevideo), 2001.
- Actualmente profesor en posgrado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en las universidades Javeriana y del Rosario de Bogotá, del Norte de Barranquilla, ICESI y San Buenaventura de Cali y de Antioquia y Autónoma Latinoamericana de Medellín.
- Consejero técnico de la delegación colombiana ante la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 2003, 2005, 2007, 2009, 2011, 2013, 2014 y 2015.
- Ex Coordinador de investigación en Derecho Laboral y seguridad social de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2009-2010.
- Autor de varios ensayos en materia de Derecho del Trabajo, publicados en revistas nacionales y extranjeras.
- Autor del libro “Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano”, Editorial Temis S.A., 2005.