

Permitido discriminar

El vacío regulatorio
del periodo previo al
contrato de trabajo
en Colombia



Natalia Ramírez-Bustamante

Coordinadora académica

PERMITIDO DISCRIMINAR
EL VACÍO REGULATORIO DEL
PERIODO PREVIO AL CONTRATO
DE TRABAJO EN COLOMBIA

DOI: <http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789587985535.9789587985542.97895>

COMITÉ EDITORIAL

Helena Alviar García

Libardo José Ariza

Manuel Iturralde

Laura Porras Santillana

René Urueña

Natalia Ramírez-Bustamante (directora de la colección)

Permitido discriminar

El vacío regulatorio del periodo previo
al contrato de trabajo en Colombia

Natalia Ramírez-Bustamante
(coordinadora académica)

Nombres: Ramírez Bustamante, Natalia, autor, coordinador académico.

Título: Permitido discriminar : el vacío regulatorio del periodo previo al contrato de trabajo en Colombia / Natalia Ramírez Bustamante (coordinadora académica)

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | 174 páginas : ilustraciones ; 17 x 24 cm.

Identificadores: ISBN 9789587985528 (rústica) | 9789587985535 (e-book) | 9789587985542 (e-pub)

Materias: Discriminación en el trabajo – Aspectos jurídicos | Igualdad de oportunidades en el empleo – Aspectos jurídicos

Clasificación: CDD 344.01133–dc23

SBUA

Primera edición: enero del 2024

© Natalia Ramírez Bustamante. Autora y coordinadora académica

© Laura Porras-Santanilla, María Camila Salazar, Juanita Santamaría, Antonia Celis, Felipe Guzmán, Gabriel Olejua, Juan Felipe Parra, Natalia Ramírez, Libardo José Ariza, Verónica Mora Godoy, Ana María Muñoz Segura

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, Bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 339 4949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

ediciones@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-552-8

ISBN *e-book*: 978-958-798-553-5

ISBN epub: 978-958-798-554-2

DOI: <http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789587985535.9789587985542.9789587985528>

Corrección de estilo: Marcela Garzón

Diagramación interior y de cubierta: Angélica Ramos

Imagen de cubierta: *Sin título*, Diego Cadena

Impresión:

Nomos impresores

Diagonal 18 Bis n.º 41-17

Teléfono: 601 208 6500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada ni o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

1. SIN LEY: EL VACÍO REGULATORIO DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL LABORAL EN COLOMBIA	1
<i>Natalia Ramírez-Bustamante</i>	
2. DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO Y MATERNIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO: SER MUJER Y MADRE EN EL MERCADO LABORAL	23
<i>Natalia Ramírez-Bustamante</i>	
<i>Laura Porras-Santanilla</i>	
<i>María Camila Salazar Larsen</i>	
<i>Juanita Santamaría</i>	
3. PROMESAS INCUMPLIDAS: LA PERSISTENCIA DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL EMPLEO EN COLOMBIA	69
<i>Antonia Celis</i>	
<i>Felipe Guzmán</i>	
<i>Gabriel Olejua</i>	
<i>Juan Felipe Parra</i>	
<i>Natalia Ramírez-Bustamante</i>	
4. EL TRABAJO LOS HARÁ LIBRES: EL ACCESO AL MERCADO LABORAL PARA LAS PERSONAS CON ANTECEDENTES PENALES	113
<i>Libardo José Ariza</i>	
<i>Verónica Mora Godoy</i>	
5. LA MÁQUINA DE LA VERDAD: PRUEBAS DE POLÍGRAFO Y ACCESO AL MERCADO LABORAL	139
<i>Ana María Muñoz Segura</i>	
<i>Libardo José Ariza</i>	

CONCLUSIÓN

CAMINOS HACIA LA IGUALDAD

163

Natalia Ramírez-Bustamante

SOBRE LOS AUTORES

173

Sin ley: el vacío regulatorio de la etapa precontractual laboral en Colombia^{*,**}

Natalia Ramírez-Bustamante

Juana (29 años): “Después de la especialización empecé a buscar trabajo. Duré como un año en la búsqueda. No encontraba trabajo y me salió uno y, preciso, quedé embarazada. Entonces, yo llamé, no había firmado un contrato, pero ya me habían dicho: ‘listo, usted está contratada’. [...] Cuando me llamaron yo ya tenía cinco días de haberme enterado que estaba embarazada. Entonces, yo les comenté la situación, pues, porque era como lo más honesto. Entonces, me dijeron que, pues no, que no me contrataban [...]”¹.

En el periodo previo a la firma del contrato de trabajo los empleadores y potenciales empleados se entrelazan en un complejo juego en el que los primeros tienen mucho poder y los candidatos al empleo tienen muy poco. Los empleadores, por su parte, intentan conocer a sus potenciales empleados tanto como puedan y para ello despliegan herramientas como pruebas psicológicas y psicotécnicas, entrevistas, visitas domiciliarias y, en ocasiones, les piden someterse a pruebas de polígrafo. Por otro lado, los potenciales empleados ponen

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789587985535.9789587985542.97895.1>

** Agradezco a Juan Felipe Parra por su apoyo en la investigación y revisión de este artículo; también la lectura y los comentarios de Laura Porras y Andrés Rodríguez, así como los de los pares evaluadores. Finalmente, gracias a Rodrigo Ramírez Montoya, mi padre, lector detallado, y mi primer profesor de derecho.

¹ Natalia Ramírez-Bustamante y Paola Camelo Urrego, “Yo aborita pienso más en mis hijos que en mí”: *Experiencias de mujeres cuidadoras de niños menores de 12 años en Bogotá*. Proyecto Quanta-Cuidado y Género, 2022, 11, <https://cuidadoygenero.org/wp-content/uploads/2022/07/Mujeres-cuidadoras-ninos-menores.pdf>.

su mejor cara, intentan resaltar sus fortalezas y ocultar sus debilidades frente a sus competidores, pero se deben someter a los exámenes que propongan sus posibles empleadores. En ese juego los empleados, y sobre todo aquellos que pertenecen a grupos tradicionalmente discriminados, llevan las de perder. Y actualmente, más allá de la norma constitucional de protección a la igualdad y a la no discriminación, los trabajadores no tienen derecho que los ampare². En efecto, el periodo previo a la firma del contrato laboral en Colombia no está regulado. Debido a este vacío, en algunas ocasiones las pruebas a las que someten los empleadores a los trabajadores resultan violatorias de los derechos de los candidatos y, en muchos otros casos, los candidatos son víctimas de sesgos discriminatorios que los excluyen ilegítimamente del empleo.

En el caso de Juana, son los costos asociados a la maternidad lo que la excluye del empleo como se muestra en el artículo sobre género de este libro. La experiencia de Juana, que es la de muchas mujeres colombianas, podría ayudarnos a entender por qué, pese a que las mujeres en nuestro país acumulan más años de educación que los hombres, enfrentan un mayor desempleo y un alto porcentaje de ellas está fuera de la fuerza laboral. Como ella, muchas mujeres colombianas educadas y con interés de trabajar son víctimas de discriminación, lo que les impide acceder a un empleo. A muchas otras les piden pruebas de embarazo como requisito para darles trabajo³, y a otras les incluyen este tipo de pruebas de manera subrepticia en los exámenes preocupacionales

² Técnicamente también existe el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, que entró en vigor en Colombia luego de su ratificación mediante la Ley 22 de 1967. El artículo 1 señala: “A los efectos de este convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, 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 trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismos apropiados”. Sin embargo, más allá de invitar a los Estados a que ratifiquen el convenio a formular políticas de igualdad de oportunidades y trato, el convenio no establece sanciones en caso de incumplimiento. Así, pese al reconocimiento de la Corte Constitucional de que los convenios de la OIT hacen parte de nuestro sistema de fuentes jurídicas, la ausencia en el convenio y en la ley que lo ratificó de obligaciones específicas y sanciones por incumplimiento pueden reducir su eficacia.

³ De acuerdo con la Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2015, al 30 % de mujeres les habían pedido una prueba de embarazo como requisito para acceder a un empleo. En un reprocesamiento de los microdatos de esa misma encuesta hicimos un hallazgo llamativo: a mayor nivel educativo, mayor prevalencia de la realización de pruebas de embarazo. Véase: Natalia Ramírez-Bustamante y Paola Camelo-Urrego, *Determinantes de la participación de las mujeres en el mercado laboral*. Proyecto Quanta-Cuidado y Género, 2021, 15, <https://cuidadoygenero.org/wp-content/uploads/2021/07/Determinantes-participacion-4.pdf>.

comunes en los procesos de selección⁴. Como muestra este libro, las mujeres no son las únicas desaventajadas en ese juego de poder. También lo son los miembros de minorías étnicas y las personas con antecedentes penales para nombrar solo algunos.

A lo largo de estas páginas entendemos la discriminación en el acceso al empleo como aquella situación en la cual personas que están igualmente capacitadas, y que son asimismo aptas para un empleo, son tratadas de manera diferente y adversa cuando pertenecen a un grupo tradicionalmente discriminado.

En sus treinta años de funcionamiento la Corte Constitucional (C. Const.) se ha pronunciado comparativamente poco sobre la discriminación en el acceso al empleo⁵. Las otras Altas Cortes han expedido pocas sentencias sobre el tema⁶. Este relativo vacío jurisprudencial es, en parte, el resultado de un vacío regulatorio: en Colombia no existe una regulación del periodo precontractual en materia laboral. Como consecuencia, un trabajador que es víctima de discriminación en el acceso al empleo privado solo cuenta con dos alternativas jurídicas: una acción de tutela o una acción por daños ante la jurisdicción civil. Los jueces laborales, que serían los jueces naturales de este tipo de controversias, no son competentes para conocerlas porque su competencia inicia con el perfeccionamiento del contrato de trabajo, como he argumentado antes, lo que no ha ocurrido durante el periodo previo a su acuerdo⁷.

⁴ Como he mostrado mediante investigación cualitativa, algunos empleadores incluyen pruebas de embarazo de manera subrepticia en los exámenes médicos durante la etapa previa a la firma del contrato. Véase: Natalia Ramírez-Bustamante, “‘A mí me gustaría, pero en mis condiciones no puedo’: maternidad, discriminación y exclusión en el mercado laboral colombiano”. *Revista CS*, n.º Especial (2019): 241-270.

⁵ En una investigación que adelantamos con Juan Felipe Parra hemos encontrado aproximadamente cuarenta sentencias en las cuales las Altas Cortes se refieren al periodo precontractual. La gran mayoría han sido expedidas por la C. Const., un puñado por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y algunas más por el Consejo de Estado (CE). Pese a todo, comparativamente con los otros temas de derecho laboral, este es un tema escasamente estudiado por nuestros jueces.

⁶ En el 2021 el CE resolvió, como juez de tutela, un caso cuyos hechos ocurren en el periodo precontractual pero su desenlace se produce luego del perfeccionamiento de la relación laboral. Se trata del caso de una patrullera de la Policía Nacional que oculta el hecho de estar casada y de tener dos hijos durante el proceso de selección adelantado por la institución. Después de tres años de servicio, se inicia una investigación disciplinaria al cabo de la cual la Oficina de Control Interno de la Policía la declaró disciplinariamente responsable, le impuso sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de trece años. El CE declaró que los requisitos establecidos por la resolución relevante de la Policía que les prohíbe a los aspirantes a pertenecer a la institución estar casados o tener hijos es inconstitucional y que la presunta infracción “no tendría ninguna relevancia de cara a la prestación del deber funcional precisamente por ser contraria a los cánones constitucionales”. CE, Sec. Tercera. Sent. 11001-03-25-000-2020-01 (AC), may. 21/2020. M. P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁷ El artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social limita la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral indicando que esta solo conoce: “1. Los conflictos jurídicos que se

La segunda alternativa —una acción por daños ante la jurisdicción civil— es de difícil materialización por varias razones. Primero, parece difícil que los daños que podría acreditar un trabajador como consecuencia de un acto discriminatorio en el acceso al empleo sean de tal magnitud que justifiquen el recurso a la jurisdicción. Segundo, el trabajador puede verse desestimulado a demandar a causa de la lentitud y congestión del sistema de justicia. Tercero, para adelantar un proceso de este tipo, el trabajador necesitaría estar representado por un abogado y asumir los costos económicos y transaccionales del proceso en un contexto como el colombiano, en el que los trabajadores no suelen llevar sus conflictos laborales ante la autoridad⁸.

Por su parte, la primera alternativa —una acción de tutela—, aunque más ampliamente disponible, es escasamente utilizada con este fin. Algunas razones que podrían explicar el bajo uso de la acción de tutela pueden ser la poca disposición de los trabajadores a llevar sus conflictos ante la autoridad competente que ya mencioné, la falta de claridad sobre los derechos asociados a los procesos de selección laboral —entre ellos los derechos a la intimidad y a no ser discriminado— y, finalmente, la falta de transparencia en estos procesos, lo que les impide a los candidatos a un empleo conocer las razones por las cuales no son vinculados o deducir si han sido objeto de discriminación en el acceso al empleo. De ahí que contemos con tan pocas sentencias sobre el asunto. Otra manera de interpretar el bajo número de pronunciamientos de la C. Const. sobre el tema distinto al análisis de la voluntad de litigio del candidato es asumir que nuestros procesos de selección no están contaminados por actos discriminatorios, o alternatively, que la discriminación en los procesos de selección de personal, si existe, no debe ser muy frecuente. Pero la investigación social que recogemos en este libro, en cambio, señala

origen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”, lo cual excluye el periodo precontractual o previo al perfeccionamiento del contrato laboral. Exploré por primera vez este argumento en el siguiente artículo: Natalia Ramírez y Andrés Páez, “Análisis jurídico de la discriminación algorítmica en los procesos de selección laboral”, en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, coordinado por René Urueña y Natalia Ángel (Bogotá: Ediciones Uniandes, pendiente de publicación).

⁸ La Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana del 2020 encontró que el 61 % de quienes tenían conflictos derivados de la relación laboral no hicieron nada para solucionar dicha situación, lo que significa que no acudieron a un juez ni al Ministerio del Trabajo para tramitar una queja. Departamento Nacional de Planeación (DNP), *Necesidades jurídicas en Colombia 2020. Identificación y caracterización* (Bogotá: DNP, sin publicar), citado en Natalia Ramírez-Bustamante, “Cumplimiento de la regulación y conflictividad laboral en Colombia. Contribución a la misión de empleo 2021”, *Borrador 3 Trabajo y Derecho*, Universidad de los Andes, diciembre del 2021, <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/cumplimiento-de-la-regulacion-dic16-2021.pdf>.

su altísima incidencia. Casi podría decirse que la discriminación en el acceso al empleo muestra una persistencia estructural en todo el mundo, en todos los contextos en los que se la estudia.

Aunque existen muchas otras causas de discriminación que influyen en el acceso al empleo, que incluyen clase social⁹, orientación sexual¹⁰, historia crediticia¹¹, creencias religiosas¹², filiación política¹³, tener una discapacidad¹⁴ y cuestiones estéticas como el atractivo físico¹⁵, el peso¹⁶ o la altura¹⁷, o tener

⁹ Existen diversos marcadores de clase o estatus social. Algunas investigaciones se han concentrado en el estudio de las formas en que las señales del habla, las señales culturales o el vestido funcionan como indicadores de clase social; otras evalúan el efecto de las redes sociales o del estatus del trabajador dependiendo de su conexión con terceros. Véanse, por ejemplo: Sandra Forsythe, Mary F. Drake y Charles E. Cox, "Influence of applicant's dress on interviewer's selection decisions", *Journal of Applied Psychology* 70, n.º 2 (1985): 374-378; Paul DiMaggio, "Sociological perspectives on the face-to-face enactment of class distinction", en *Facing social class: How societal rank influences interaction*, coordinado por Susan T. Fiske y Hazel Rose Markus (Nueva York: Russell Sage Foundation, 2012), 15-38; Lauren Rivera, "Hiring as Cultural Matching: The Case of Elite Professional Service Firms", *American Sociological Review* 77, n.º 6 (2012): 999-1022.

¹⁰ Emir Ozeren, "Sexual Orientation Discrimination in the Workplace: A systematic Review of Literature", *Procedia- Social Behavioral Sciences* 109 (2014): 1203-1215; M. V. Lee Badgett, "Employment and Sexual Orientation: Disclosure and Discrimination in the Workplace", *Journal of Gay and Lesbian Social Services* 4, n.º 4 (1996): 29-52.

¹¹ Marsha L. Nielsen y Kristine M. Kuhn, "Late payments and leery applicants: Credit checks as a selection test", *Employee Responsibilities and Rights Journal* 21, n.º 2 (2009): 115-130.

¹² Michael Wallace, Bradley R. E. Wright y Allen Hyde, "Religious affiliation and hiring discrimination in the American south: A field experiment", *Social currents* 1, n.º 2 (2014): 189-207.

¹³ Phillip Roth, Jason B. Thatcher, Philip Bobko, Kevin D. Matthews, Jill E. Ellingson y Caren B. Goldberg, "Political Affiliation and employment screening decisions: The role of similarity and identification processes", *Journal of Applied Psychology* 105, n.º 5 (2020): 472-486; Lemaro Thompson, "Seeing Red and Blue: Political Discrimination at work", *Journal of Management Inquiry* 30, n.º 4 (2021): 454-460.

¹⁴ Vegar Bjørnshagen y Elisabeth Ugreninov, "Disability Disadvantage: Experimental Evidence of Hiring Discrimination against Wheelchair Users", *European Sociological Review* 37, n.º 5 (2021): 818-833.

¹⁵ Pascale Desrumaux, Sabine De Bosscher y Véronique Léoni, "Effects of Facial Attractiveness, Gender and Competence of Applications on Job Recruitment", *Swiss Journal of Psychology* 68, n.º 1 (2009): 33-42; Magumi Hosoda, Eugene F. Stone y Gwen Coats, "The Effects of Physical Attractiveness on Job-Related Outcomes: A Meta-Analysis of Experimental Studies", *Personnel Psychology* 56, n.º 2 (2003): 431-462; Karen Zakrzewski, "The Prevalence of 'Look'ism in Hiring Decisions: How Federal Law Should be Amended to Prevent Appearance Discrimination in the Workplace", *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 7, n.º 2 (2005): 431; Daniel Hamermesh, *Beauty Pays: Why attractive people are more successful* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2011).

¹⁶ Elizabeth Kristen, "Addressing the Problem of Weight Discrimination in Employment", *California Law Review* 90, n.º 1 (2002): 57-109; Karol Mason, "Employment Discrimination Against the Overweight", *University of Michigan Journal of Law Reform* 15, n.º 2 (1982): 337-362; Molly Henry, "Do I Look Fat? Perceiving Obesity as a Disability Under the American with Disabilities Act", *Ohio State Law Journal*, 68 (2007): 1761.

¹⁷ Isaac Rosenberg, "Height Discrimination in Employment". *William and Mary Law Student Publications* 3 (2009): 907-953; Paul Steven Miller, "Coming Up Short: Employment Discrimination Against Little People". *HARV. Civil Rights Civil Liberties Law Review* 231 (1987): 231.

perforaciones¹⁸ o tatuajes¹⁹ en partes visibles del cuerpo, entre otras, en esta publicación nos concentramos en estudiar tres factores de discriminación: ser mujer, pertenecer a una minoría étnica y contar con antecedentes penales. Elegimos estas tres áreas de investigación con el fin de iniciar la discusión con algunos de los temas en los que los investigadores principales teníamos experiencia y algunos de los cuales consideramos que tienen mayor incidencia en nuestro mercado de trabajo. Esperamos que otros investigadores se interesen por avanzar en los factores de discriminación que no exploramos en este libro.

Con esta obra hacemos un primer aporte a un debate novedoso pero aplazado en nuestro contexto y que merece una discusión exhaustiva y basada en la evidencia disponible. Por eso, lo primero que nos propusimos con la revisión de la literatura especializada fue ofrecer un diagnóstico de la incidencia de la discriminación en el acceso al empleo. La conclusión es contundente: en todos los contextos en los que se ha realizado este tipo de estudios, el resultado es el mismo. Existe una amplia discriminación en el acceso al empleo en contra de mujeres, personas de razas minoritarias y personas con antecedentes penales. Esperamos que la literatura revisada en este libro motive una conversación en torno a las características que debería tener un modelo regulatorio para evitar la discriminación en el acceso al empleo que avance en la materialización del derecho al trabajo en nuestro país. El cuarto capítulo del libro llama la atención sobre otra práctica no regulada, aunque ampliamente extendida en nuestros procesos de selección: las pruebas de polígrafo. En su conjunto, este ensayo preliminar, los cuatro artículos que componen la obra, y el acápite de conclusiones, esperan llamar la atención sobre lo problemático que resulta no contar con una regulación del periodo precontractual en materia laboral.

La carencia en nuestro ordenamiento de un sistema de reglas unificadas y coherentemente organizadas para la gestión de los procesos de selección es problemática por varias razones, de las que solo mencionaré cuatro. En primer lugar, la falta de regulación genera inseguridad tanto para empleadores

¹⁸ James C. McElroy, James Summers y Kelly Moore, "The effect of facial piercings on perceptions of job applicants", *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 125, n.º 1 (2014): 26-38.

¹⁹ Alguna de la escasa jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre los requisitos admisibles para el acceso al empleo ha estudiado casos de candidatos a distintos tipos de ocupaciones que son descartados por portar tatuajes en lugares visibles del cuerpo. Sobre este tema se pronuncian por ejemplo las siguientes sentencias: C. Const., Sent. T-547, ago. 28/2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C. Const., Sent. T-413 jun. 28/2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

como para trabajadores, pues no es claro qué conductas están permitidas y cuáles prohibidas en el curso de un proceso de selección. Esto deriva, en segundo lugar, en la posibilidad de que se generen controversias judiciales por prácticas que puedan parecer discriminatorias al candidato, lo que aumenta los costos de transacción de los procesos de selección. Tercero, en ausencia de regulación de este periodo, los aspirantes a una vacante quedan expuestos al poder amplio del empleador en el establecimiento de requisitos, pruebas y entrevistas que puedan vulnerar sus derechos a la igualdad e intimidad, pero que son aceptados por estos, aun conociendo su carácter discriminatorio o violatorio de la ley, ante la posibilidad de que conduzcan a una fuente de empleo. Cuarto, la popularidad de las prácticas discriminatorias en el acceso al empleo termina por crear *apartheids* laborales de grupos de ciudadanos que, aunque equipados de manera similar para el empleo en capacidades o formación, no logran nunca insertarse en el empleo formal a causa de la barrera infranqueable que genera la discriminación.

Sesgos implícitos, sesgos explícitos y discriminación en el acceso al empleo

Puede parecer difícil de entender la urgencia de regular un periodo que nunca ha estado regulado en nuestro contexto. De una forma u otra, diría un escéptico, nuestros mercados de trabajo son relativamente heterogéneos. Tal vez la homogeneidad que se observa en términos de un reducido número de mujeres, personas afro e indígenas y personas con antecedentes penales en el empleo en Colombia tenga más que ver con las preferencias de los miembros de esos grupos que con barreras de acceso al mercado laboral²⁰. Sin embargo, la forma generalizada en que los seres humanos nos dejamos influenciar por sesgos inconscientes permite entender la profundidad del problema que enfrentamos. El test de asociación implícita (TAI) es una herramienta

²⁰ Argumentos similares se han utilizado en otros contextos para justificar la resistencia a los estatutos antidiscriminación en el empleo. Una versión clásica de este debate puede apreciarse en los siguientes textos: Gary Becker, *The economics of discrimination* (Chicago: The University of Chicago Press, 1971), 13; Richard Posner, "The Efficiency and Efficacy of Title VII", *University of Pennsylvania Law Review* 136, n.º 2 (1987): 513-521; John Donohue, "Is Title VII Efficient?", *University of Pennsylvania Law Review* 134, n.º 6 (1985): 1411-1431; John Donohue, "Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A reply to Judge Posner", *University of Pennsylvania Law Review* 136, n.º 2 (1987): 523-551.

fundamental en este camino de develación de los sesgos que afectan la forma en que juzgamos a otras personas; se trata de un examen diseñado para detectar asociaciones subconscientes.

Desde su introducción en 1998, millones de personas han tomado un TAI²¹. Este test es la pieza central de un proyecto de investigación cognitiva con sede en la Universidad de Harvard. Inicialmente, se diseñó para entender las diferencias individuales en los procesos cognitivos sociales tales como las actitudes implícitas y los estereotipos²²; en la actualidad, el test requiere que quienes lo toman relacionen rápidamente pares de variables a partir de los cuales es posible concluir que una persona tiene una tendencia, por ejemplo, a asociar a los hombres con las ciencias exactas y a las mujeres con las artes y la literatura²³. Este tipo de resultado sugeriría que existe un sesgo implícito de quien tomó el test en contra de las mujeres en la ciencia.

La aptitud del test para medir el comportamiento de las personas es motivo de controversia, y varias críticas se han elevado en contra de su potencial predictivo en términos de cómo se comportarán en el futuro quienes lo toman²⁴. De acuerdo con sus defensores, el test tiene capacidad predictiva en el agregado, es decir, reuniendo los resultados de cientos de miles de iteraciones, pero no puede predecir el comportamiento individual, salvo que cada persona tome el test en varias ocasiones y luego promedie sus resultados²⁵. En todo caso, el TAI ha resultado ser una herramienta útil en al menos dos sentidos: por un lado, intenta superar el obstáculo de la corrección política que hace que cada vez sea menos común que las personas declaren abiertamente sus sesgos o sus prejuicios; por otro lado, ha puesto sobre la mesa lo penetrante y generalizado que es el efecto de los sesgos implícitos y llama la atención sobre los efectos sociales del prejuicio.

²¹ El test está disponible en <https://www.projectimplicit.net/>.

²² Anthony G. Greenwald y Mahzarin R. Banaji, "Implicit Social Cognition: Attitudes, self-esteem, and stereotypes". *Psychological Review* 102, n.º 1 (1995): 4-27.

²³ Para una descripción del test, véase: Anthony G. Greenwald, Debbie E. McGhee y Jordan L. K. Schwartz, "Measuring Individual Differences in implicit cognition: The Implicit Association Test", *Journal of Personality and Social Psychology* 74, n.º 6 (1998): 1464-1480.

²⁴ Jesse Singal, "The Creators of the IAT Should Get their Story Straight", *New York Magazine*, 5 de diciembre del 2017, <https://nymag.com/intelligencer/2017/12/iat-behavior-problem.html>; German Lopez, "For years, this popular test measured anyone's racial bias. But it might not work after all", *Vox*, 7 de marzo del 2017, <https://www.vox.com/identities/2017/3/7/14637626/implicit-association-test-racism>.

²⁵ Lopez, "For years".

En mis cursos pido habitualmente a mis estudiantes que tomen un TAI. En algunas ocasiones, busco que se enfrenten a las dificultades de materializar el derecho a la igualdad una vez somos conscientes de que los sesgos implícitos afectan cómo hacemos juicios sobre el mundo. Si la igualdad requiere intervenciones regulatorias que sobrepasen el efecto de los sesgos implícitos, el proyecto de sociedades más igualitarias es mucho más complejo de lo que solemos reconocer. En otros casos, busco que los estudiantes entiendan el efecto potencial de los sesgos implícitos en actividades cotidianas relacionadas con el mundo del trabajo como la selección de personal, las evaluaciones de desempeño de trabajadores o los procesos disciplinarios. En este caso, el ejercicio busca cuestionar la “objetividad” en estos procesos y resaltar las formas en que los prejuicios de los evaluadores afectan y pueden dar al traste con las trayectorias laborales de miembros de grupos tradicionalmente desaventajados o discriminados.

En general, el objetivo pedagógico de este ejercicio es tanto introspectivo como prospectivo. Siempre les pido a mis estudiantes que reflexionen acerca del diagnóstico que les hace el test; que se pregunten, por ejemplo, si los sorprenden los resultados que obtienen, y que reflexionen sobre qué les dicen a ellos acerca de su propia historia personal. Semestre tras semestre me encuentro con estudiantes atónitos: por ejemplo, jóvenes estudiantes feministas cuyos resultados “revelan” sesgos a favor de los hombres y en contra de las mujeres; estudiantes cuyas historias familiares contradicen los estereotipos porque, por ejemplo, sus madres son más activas laboralmente que sus padres, o sus madres son las proveedoras económicas principales o exclusivas de sus hogares y pese a ello asocian a las mujeres con domesticidad y a los hombres con trabajo económicamente productivo; o con estudiantes altamente comprometidos con proyectos antidiscriminatorios cuyos resultados revelan un sesgo en contra de personas afro o de orientación sexual diversa. Me interesa que, a partir de sus propios resultados, los estudiantes comprendan los grandes retos que enfrentamos en la materialización de verdaderos proyectos incluyentes y antidiscriminatorios, con el fin de estimularlos a pensar en diseños institucionales que nos permitan superar las barreras que imponen nuestros propios sesgos cognitivos. Este libro busca también ser un aporte en esa dirección.

En efecto, los resultados que reportan los estudiantes que toman mis cursos semestre tras semestre a partir de sus TAI reiteran lo que encontramos en la literatura especializada y que presentamos en tres de los capítulos que

componen esta obra: los miembros de grupos tradicionalmente discriminados, como las mujeres, las personas de razas minoritarias y quienes tienen antecedentes penales, obtienen peores resultados cuando tratan de conseguir trabajo y esos peores resultados son el producto de la discriminación en el acceso al empleo. Así, lo primero que encontrarán los lectores de este libro, en cada uno de los capítulos que lo componen, son unas revisiones exhaustivas de literatura sobre la discriminación por género, raza, antecedentes penales y sobre el uso de pruebas de polígrafo en el acceso al empleo. Estas revisiones ofrecen los antecedentes actualizados de la investigación en cada uno de esos temas mediante los cuales es posible identificar las líneas de trabajo que ha perseguido la academia, las metodologías utilizadas y sus principales hallazgos.

Gran parte de la literatura que presentamos en esos tres capítulos se basa en estudios experimentales que involucran el diseño de hojas de vida similares, comparables en todas las credenciales educativas y laborales y solo diferentes en el rasgo cuyo peso se quiere evaluar. De este modo, si lo que se quiere es estudiar el impacto de la raza del candidato en los procesos de selección, los currículos incluirán alguna indicación que permita a los evaluadores distinguir la raza de los aspirantes. Uno de los estudios más creativos en su momento fue el de Marianne Bertrand y Sendhil Mullainathan, quienes abordaron el impacto de las diferencias raciales en el contexto laboral estadounidense. En su trabajo, titulado “¿Son Emily y Greg más empleables que Lakisha y Jamal? Un experimento de campo sobre la discriminación en el empleo”, los autores enviaron hojas de vida a ofertas de empleo reales que aparecieron en diarios de Boston y Chicago²⁶. El elemento para sugerir la raza de los candidatos en este caso fueron los nombres, característicamente blancos, como Emily y Greg, o característicamente afro, como Jamal y Lakisha. Entre otros hallazgos, Bertrand y Mullainathan encontraron que los candidatos con nombres “blancos” recibían un 50 % más de llamadas de interés que aquellos con nombres afro. De este hallazgo dedujeron que existía discriminación racial en el mercado laboral estadounidense en contra de los afroamericanos. Hallazgos similares se han producido en muchas variaciones de esta investigación como recogemos en el capítulo 3.

²⁶ Marianne Bertrand y Sendhil Mullainathan, “Are Emily and Greg more Employable than Lakisha and Jamal? A field Experiment on Labor Market Discrimination”, *The American Economic Review* 94, n.º 4 (2004): 991-1013.

Otros de los estudios que los lectores encontrarán en este libro concluyen, sistemáticamente, que ser mujer, ser indígena (o pertenecer a una raza minoritaria) y contar con antecedentes penales disminuye las posibilidades de acceder a un empleo de los miembros de estos grupos sociales. Lamentablemente, la mayor parte de la literatura que reseñamos ha sido producida en Estados Unidos y Europa, y contamos con pocos estudios en América Latina y escasísimos en Colombia que se hayan ocupado de la discriminación en el acceso al empleo de manera experimental²⁷.

Las causas que explican los resultados adversos a unas clases de individuos pueden ser prejuicios explícitos; por ejemplo, la creencia de que las mujeres pueden o deben desempeñar unos tipos de ocupaciones específicas, o sesgos implícitos que, aunque afectan cómo los evaluadores examinan los materiales de aplicación de candidatos a un empleo, son inconscientes para quien los tiene. Se trata de dos formas de discriminación muy distintas, pues de la primera se suele ser consciente y se expresa de manera explícita a través de actos externos. Además, cuando se trata de sesgos explícitos, las víctimas de este tipo de discriminación por lo general tienen una prueba del acto discriminatorio o al menos indicios fuertes de que la discriminación ha ocurrido. Esto es a lo que en otros contextos se denomina una “pistola humeante” o “*smoking gun*”. En contraste, la segunda forma de discriminación, implícita, usualmente no es consciente y se oculta detrás de requisitos “objetivos”, aunque estos puedan tener efectos adversos para unas clases de individuos. Algunos ejemplos pueden aclarar los efectos de ambos tipos de discriminación.

Dentro de la categoría “actos discriminatorios explícitos” podríamos clasificar algunos de los pocos casos de discriminación de género en el acceso al empleo que se han litigado en el país. Se trata por ejemplo de las sentencias T-326/95 o la T-247/10^[28]. En dichas sentencias, la C. Const. evaluó los ca-

²⁷ En Colombia solo existen dos ejemplos publicados de investigación experimental de la discriminación en el acceso al empleo: César Rodríguez, Juan Camilo Cárdenas, Juan David Oviedo y Sebastián Villamizar, *La discriminación racial en el trabajo. Un estudio experimental en Bogotá* (Bogotá: Observatorio de Discriminación Racial y Dejusticia, 2013): 7-29; Ana María Díaz y Luz Magdalena Salas, “Do firms redline workers?”, *Vniversitas Económica* 19, n.º 4 (2019). A esos trabajos se suma el estudio experimental: John Alexander Dueñas, “¿Lo que importa es lo de adentro? El efecto del atractivo físico y la confianza en la percepción de productividad” (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana, 2017). Un estudio no experimental, pero que participa de esta línea de investigación y también producido en Colombia es: Alejandro Gaviria, Carlos Medina y María del Mar Palau, “Las consecuencias económicas de un nombre atípico. El caso colombiano”, *El Trimestre Económico* 37, n.º 307 (2010): 535-552.

²⁸ C. Const., Sent. T-326 jul. 26/1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero y C. Const., Sent. T-247 abr. 15/2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.