Modifica el Código del Trabajo, en materia de discriminación laboral
Boletín N° 6093-13

FUNDAMENTO

En los últimos años ha existido una importante tendencia a nivel mundial orientada a perfeccionar el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, mediante la introducción de reformas a la legislación laboral. Dentro de esta tendencia, el tema de la igualdad y la no discriminación en el trabajo ha tenido un protagonismo importante en las reformas jurídicas y en el desarrollo de políticas públicas.

La Organización Internacional del Trabajo adoptó el 18 de junio de 1998, en Ginebra, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento. Entre los derechos considerados como fundamentales, respecto de los cuales existe para los Estados miembros de la Organización el compromiso de respetarlos, promoverlos y hacerlos realidad, se encuentra la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La citada Declaración de la OIT, considera que son fundamentales el Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), y el Convenio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111). Ambos convenios fueron ratificados por nuestro país en 1971.

La OIT en el Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, titulado "La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean", de 2007, constata respecto de las reformas legislativas de los últimos años que "se tiende claramente a reconocer la necesidad de adoptar disposiciones legales específicas sobre las cuestiones de no discriminación e igualdad en el lugar de trabajo", que "se multiplican y refunden cada vez más disposiciones sobre la no discriminación y la igualdad en forma de textos que abarcan diversos motivos de discriminación", que "en determinadas circunstancias puede ser más fácil e incluso preferible adoptar una legislación específica, centrada en una cuestión concreta", que "abordar la discriminación con una perspectiva diversificada obedece al deseo de garantizar a diario una protección más efectiva y expedita a las víctimas" y que una "novedad interesante ha sido la mayor insistencia en las sanciones", que "otra manera de fomentar la protección frente a la discriminación consiste en prohibir la discriminación indirecta y en invertir la carga de la prueba", que "las Directivas de la Unión Europea preceptúan asimismo la protección contra la victimización como condición *sine qua non,* de suerte que las personas puedan reivindicar el respeto de sus derechos, y autorizan la adopción de medidas de acción positiva con el fin de asegurar en la práctica la plena igualdad a los colectivos protegidos", que existe una tendencia a "la incorporación a una serie de textos legales de disposiciones por las que se prohíbe la discriminación en el lugar de trabajo, por motivos como la edad, la orientación sexual o factores genéticos", que "en lo que respecta a la discriminación por motivo de sexo, en las regiones se han observado progresos considerables en el ámbito de protección dispensado por la legislación", que "otra evolución positiva ha sido la atención y la sensibilización crecientes al acoso sexual, que también es una forma de discriminación por motivo de sexo", y que "la experiencia ha demostrado que las leyes proactivas han resultado especialmente eficaces para determinar y tratar los problemas de discriminación por motivo de sexo en materia de remuneración"[1].

Nuestro país no ha estado ajeno a ese proceso. Preciso es consignar que la Constitución Política en el numeral 16 del Artículo 19 prohíbe "cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos" y que el Código del Trabajo dispone que "son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación".

---

[1] OIT, La igualdad en e1 trabajo: afrontar los retos que se plantean (2007), pp. 60-61.

Importantes reformas de los últimos años han abordado el tema de los derechos fundamentales y, en particular, de la discriminación laboral, tanto en su dimensión sustantiva, como en relación a su tutela jurisdiccional. Podemos mencionar las leyes N° 19.739(discriminación por edad, estado civil y en la postulación a empleos), N° 19.759 (diversas modificaciones al Código del Trabajo, entre otras materias en lo relativo a los derechos fundamentales del trabajador), N° 19.812 (condicionamiento de la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial), N° 20.005 (sobre acoso sexual en el trabajo) y N° 20.087 (nuevo procedimiento laboral).

No obstante los notables avances realizados, se hace necesario introducir nuevos perfeccionamientos a las disposiciones del Código del Trabajo, que den cuenta de los avances que en esta materia se están produciendo en el mundo. En razón de lo anterior, se consideran en la presente moción las siguientes propuestas:

a) Incorporar expresamente la figura de la discriminación indirecta, introduciendo una definición legal de la misma.
Como ha señalado la OIT, "el concepto de discriminación indirecta es particularmente útil a la hora de formular pautas de actuación" y "permite comprobar que la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia a todos por igual puede arrojar resultados sumamente desiguales atendiendo al modo de vida y a las características personales de cada individuo"[2]

b) Considerar en el concepto legal de discriminación también a las conductas que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. De este modo se incorpora en la legislación nacional el criterio del Convenio num. 111 de la OIT, instrumento ratificado por Chile y vigente en nuestro país.

c) Explicitar la sanción de nulidad para las cláusulas y disposiciones discriminatorias, aplicando el principio de que los actos que prohibe la ley son nulos y de ningún valor. Esto cobra particular relevancia al tratarse de derechos fundamentales reconocidos internacionalmente y en la Constitución Política.

d) Precisar que las exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, se admitirán siempre que ellas constituyan requisito esencial y determinante de éste, en razón de su naturaleza. Se concreta el precepto constitucional que sólo admite considerar la capacidad o idoneidad personal como criterio exclusión o preferencia. De este modo, las calificaciones que se exijan deberán corresponder a las necesarias para un determinado empleo dada su naturaleza y, además, el requisito de exclusión o preferencia debe tener cierta importancia, de modo de evitar la arbitrariedad.

e) Finalmente, se incorpora un nuevo artículo sobre las medidas especiales de protección o asistencia y las medidas de acción positiva que tengan por objeto garantizar en la práctica la igualdad, disponiendo que ellas no se consideraran como discriminatorias.

> Disposiciones de este tipo se han venido consagrando en las reformas legales en diversos países, y se ajustan a lo preceptuado en los convenios de la OIT.

Por tanto, y en virtud de las facultades que la Constitución Política de la República nos confiere, venimos en presentar el siguiente

PROYECTO DE LEY

[2] OIT, La Hora de la Igualdad en el Trabajo (2003), p.21.

ARTÍCULO ÚNICO. Introdúcense las siguientes modificaciones al Código del Trabajo:

"*1. Modifícase el artículo 2°, del modo siguiente:*

a) Intercálase en el inciso tercero, entre la palabra "discriminación" y el punto(.) que le sigue, las expresiones "directa o indirecta".

b) Intercálase en el inciso cuarto entre las palabras "objeto" y "anular" las expresiones "o por efecto".

c) Intercálase a continuación del inciso cuarto los siguientes incisos quinto y sexto, nuevos:

"Constituirán discriminación indirecta aquellas disposiciones y prácticas de carácter aparentemente imparcial que redunden en perjuicio de integrantes de un colectivo determinado, anulando o alterando la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Serán nulas las cláusulas de los contratos individuales y de los instrumentos colectivos, así como las disposiciones del reglamento interno de carácter discriminatorio. ".

d) Sustitúyese el actual inciso 5° por el siguiente:

"Con todo, no serán consideradas discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, siempre que ellas constituyan requisito esencial y determinante de éste, en razón de su naturaleza.".

2. Agrégase el siguiente artículo 2° bis, nuevo:

"Artículo 2 ° bis. No se consideraran como discriminatorias las medidas especiales de protección o asistencia y las medidas de acción positiva que tengan por objeto garantizar en la práctica la igualdad o se orienten a eliminar c compensar la discriminación en el empleo y la ocupación. Estas medidas deberán ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido.

Los empleadores podrán adoptar estas medidas en los términos establecidos en el inciso precedente, como asimismo, acordarlas con los trabajadores en los instrumentos colectivos que suscriban.

Se podrán establecer preferencias en la contratación, promoción y formación, de modo que, en igualdad de capacidad e idoneidad, accedan a ellas las personas de los colectivos que tengan desventajas importantes en el empleo y la ocupación".