



LA DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SOCIAL CHILENA

PABLO ARELLANO ORTIZ
Editor



EDICIONES
UNIVERSITARIAS
DE VALPARAÍSO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE VALPARAÍSO

COLECCIÓN DERECHO PUCV



Serie Monografías y Escritos Reunidos

© LA DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SOCIAL CHILENA, 2018
Pablo Arellano Ortiz (Editor)

Registro de Propiedad Intelectual N° 296.277
ISBN: 978-956-17-0797-9

Derechos Reservados
Tirada: 200 ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Calle Doce de Febrero 21, Valparaíso
Fono: 32 227 3902 - Fax: 32 227 3937
Email: euvsa@pucv.cl
www.euv.cl

Diseño: Mauricio Guerra P.
Corrección de pruebas: Osvaldo Oliva P.

Imprenta Salesianos S.A.
HECHO EN CHILE

ÍNDICE

Presentación

DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SOCIAL CHILENA:
LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR SU ESTUDIO

Pablo Andrés Arellano Ortiz 9

CONFERENCISTAS EXTRANJEROS

REDISTRIBUTION, RECOGNITION AND ANTI-DISCRIMINATION
STANDARDS IN AN ERA OF EXCLUSION: TOO MANY WORDS AND
RESULTS FOR THE FEW

Lucie Lamarche 23

LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY DIMENSIONS OF
DISCRIMINATION IN SOUTH AFRICA AND AUSTRALIA:
SELECTED COMPARATIVE PERSPECTIVES

Marius Olivier 33

INVESTIGACIONES COMENTADAS

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VÍA PARA PROMOCIÓN
DE LA CONCILIACIÓN DE TRABAJO Y VIDA FAMILIAR

Eduardo Caamaño Rojo 55

Comentarista

Bruno Baranda Ferrán 73

EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS MAYORES	
Rodrigo Palomo Vélez	81
Comentarista	
Alfredo Sierra	103
Comentarista	
Carmen Elena Domínguez S.	107
Comentarista	
Daniela Castro DelMiglio	121
REFLEXIONES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DEL DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN	
Fernando Muñoz León.	137
Comentarista	
José Francisco Castro Castro	157
Comentarista	
Alejandra Fernández Durán.	163
PRINCIPIOS Y CRITERIOS NORMATIVOS PARA JUSTIFICAR LA ELECCIÓN DE LOS MOTIVOS SOSPECHOSOS NO LISTADOS EN EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO	
Matías Rodríguez Burr.	171
Comentarista	
Sergio Gamonal C.	203
Comentarista	
Juan Pablo Severin Concha	209
Comentarista	
Ximena López Avaria	219

PONENCIAS LIBRES

ANÁLISIS DE LA LEY 20.348, LEY DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES, A 8 AÑOS DE SU PUBLICACIÓN: ¿EN QUÉ FALLÓ LA NORMATIVA PARA DISMINUIR LA BRECHA DE REMUNERACIONES? Juan Antonio Núñez Rojas	227
LA DISCRIMINACIÓN EN EL OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN POR SUPERVIVENCIA POR ACCIDENTES DE TRABAJO Yenny Pinto Sarmiento	239
DISCRIMINACIÓN A LOS TRABAJADORES INMIGRANTES NO TÉCNICOS Sebastián Andrade Trujillo y José Luis Caamaño Gutiérrez	253
SALUD INCOMPATIBLE CON EL CARGO A LA LUZ DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN Dagmar Salazar Mesa y Javier Valencia Pozo	265
EL PERMISO EN CASO DE SUSCRIBIR UN ACUERDO DE UNIÓN CIVIL: ¿DISCRIMINACIÓN ENTRE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO Y EL PRIVADO? Camilo Rivera Castillo	283
EL DESAHUCIO Y LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN EL DERECHO CHILENO. ALGUNOS ALCANCES SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL Diego Ignacio Rosas Bertin	297
LOS AUTORES Listado alfabético de autores	317

Presentación

DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SOCIAL CHILENA: LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR SU ESTUDIO

PABLO ANDRÉS ARELLANO ORTIZ*

Una de las cuestiones más complejas que le ha tocado resolver al derecho es la solución frente a una eventual situación de discriminación. Dilucidar si el criterio se encuentra permitido o prohibido es una decisión en extremo compleja. El derecho debe decidir si, por motivos que considere justificados, permitirá una diferenciación o, por el contrario, si dicha diferenciación resulta sancionable.

Esta cuestión general tiene su correlato en la legislación social. Es en esta área del derecho donde se pueden encontrar una diversidad de situaciones en que el derecho ha sido confrontado a regular la discriminación. Por otro lado, se puede constatar que las referencias a la discriminación en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia nacional se han vuelto cada vez más frecuentes. Es por dicha razón que se planteó realizar una reunión científica en torno a cómo la legislación social ha recepcionado la cuestión de la discriminación.

Como hemos señalado en otras ocasiones, en Chile el tema de la discriminación se ha desarrollado en forma muy embrionaria, lo que ha hecho que algunos sostengan que es prácticamente imposible evitar este tipo de conductas discriminatorias. Es incuestionablemente un tema de gran relevancia que requiere una preocupación especial de los involucrados en él, y por ello, es materia a enfrentarse en el futuro; una sociedad moderna no puede permitirse el lujo de ser una sociedad discriminatoria¹.

* Especialista en Derecho del Trabajo, Unidad de Derecho Laboral y Reforma, Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la OIT, Ginebra (Suiza); Investigador, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Las opiniones expresadas incumben sola-

Esta obra reúne los trabajos presentados en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y Seguridad Social organizadas por la Facultad y Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, que se desarrolló en torno a la discusión sobre la discriminación en la legislación social chilena.

Sin embargo, tanto una reunión científica, como una obra como ésta, plantea la dificultad sobre qué debe entenderse como marco de trabajo en relación a la discriminación en la legislación social chilena. Ello porque la aproximación a la discriminación puede tener muchas aristas de interés para el jurista laboral. Se puede apreciar que la discriminación puede estar referida a aspectos previos a la contratación, también a derechos individuales de la relación de trabajo, tales como la movilidad laboral o las remuneraciones. Por otra parte, el tema se manifiesta de manera relevante en el contexto del derecho colectivo, por ejemplo, como una práctica antisindical, o bien, como una problemática que puede ser asumida por los actores sociales a través de los procesos de negociación colectiva, según lo ha explicitado la reforma laboral de la ley N° 20.940. Finalmente, en relación a las prestaciones de seguridad social, se advierten también implicancias del derecho a la no discriminación, pues estas pueden estar focalizadas de forma preferente a determinados individuos, excluyendo a otros.

Se puede entender, entonces, que la discriminación inunda el derecho social y lo ocupa en forma transversal. El jurista laboral no puede hoy en día desarrollar su actuar sin estar en conocimiento de la manera cómo se reconoce y proyecta este derecho fundamental en nuestra legislación. He aquí el aporte que esta colección de trabajos pretende cumplir: aportar a la discusión nacional de un texto con rigor científico analítico sobre la discriminación en el derecho social nacional.

Los trabajos que se han recopilado fueron seleccionados para la reunión científica por un Comité Científico integrado por los profesores Manuel Núñez Poblete, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Alejandro Guzmán Brito, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Francisco Tapia Guerrero, Pontificia Universidad Católica de Chile; Valeria Zuñiga Aravena, Jueza del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, y por quien presenta esta obra. Se ha intentado realizar una selección rigurosa de trabajos que cumplieran con un alto estándar metodológico y analítico.

En estas líneas quisiéramos profundizar brevemente acerca de la necesidad de realizar un estudio sobre la discriminación mediante una revisión no exhaustiva, ya que implicaría una obra completa dedicada a ello, de algunas normas de la legislación

mente al autor y no representan necesariamente los puntos de vista de la Organización Internacional del Trabajo. Email arellano@ilo.org

internacional del trabajo y de la nacional chilena relativas a la discriminación. En relación a la normativa internacional mencionaremos algunos de los instrumentos internacionales emanado de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y también uno de los instrumentos emanados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por otro lado, una mirada al ordenamiento chileno nos lleva a afirmar que en relación a la discriminación se está en presencia de luces y de sombras. Estaríamos en presencia de una serie de contradicciones, no necesariamente normativas pero si eventualmente conceptuales del sistema de relaciones laborales chileno.

A nivel internacional se puede encontrar una mención a la idea de discriminación en las normas relativas a derecho humanos contenidas en los instrumentos de la Organización de Naciones Unidas. Resulta necesario mencionar, y no en forma exhaustiva, algunas normas. En la Declaración Universal de Derechos Humanos² se contiene la noción de igualdad en su artículo 1 al indicar que “*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*”. Además, en su artículo 2 complementa dicha norma al establecer ciertos criterios que atentan contra el principio general de igualdad, a saber : “*Toda persona tiene 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”.

El artículo 7 nos indica ya más explícitamente la existencia del derecho humano contra la discriminación, cuando señala: “*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”.*

En relación al trabajo se indica en el artículo 23 en su número 2 que “*Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*”.

¹ WALKER ERRAZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, PABLO, *Derecho de las relaciones laborales, Tomo 1 Derecho Individual del Trabajo* (Librotecnia, Santiago, 2016), p. 149.

² Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ contiene por su lado diversas normas relativas a la igualdad y a la garantía de la no discriminación. Así, encontramos el artículo 2 número 2, a saber: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. También se puede mencionar el artículo 3, que establece: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto*”.

En relación al trabajo cabe mencionar la norma contenida en la letra c) del artículo 7 a saber: “*Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad*”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ también considera dentro de sus normas el respeto y garantía de la igualdad y la no discriminación. Encontramos el artículo 2, que indica: “*1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. Otra norma que se puede mencionar es el artículo 3, a saber: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto*”. Ahora bien, las normas a nuestro parecer más atingentes de este pacto son los artículos 26 y 27. El artículo 26 señala “*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*”, y por su parte el artículo 27 indica : “*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en*

³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio N° 111 de 1958, el cual es acompañado de la Recomendación N° 111 del mismo año, señala en su artículo 1.1. lo siguiente en relación al término discriminación: “*Artículo 1. 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.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

*3. A los efectos de este Convenio, los términos **empleo** y **ocupación** incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.*

Podemos notar que la discriminación para la legislación internacional del trabajo abarca múltiples aspectos. Cabe destacar que este instrumento ha sido ratificado por nuestro país con fecha 20 de septiembre de 1971. Al respecto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha señalado⁵, en relación a nuestra legislación, comentarios relativos a los motivos de discriminación, la discriminación por sexo, la desigualdad en materia de remuneraciones y sobre el uso de las tablas de mortalidad diferenciadas por sexo en pensiones de vejez. Como se puede apreciar la evaluación de la CEACR es bastante amplia al momento de revisar la legislación social chilena.

Cabe agregar que dentro de las normas que emanan de la OIT se encuentra a su vez la “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo” del año 1998 la cual indica entre su texto que :*“todos los miembros de la organización, hayan o*

⁵ Revisar Observación (CEACR) - Adopción: 2016, Publicación: 106ª reunión CIT (2017), Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) - **Chile** (Ratificación : 1971). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3294933

no ratificado los convenios pertinentes se comprometen a respetar, promover y hacer realidad los derechos y principios en materia de libertad sindical y negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación". De esta manera se hace obligatorio para los países miembros de la OIT los siguientes convenios: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), y Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

En esta breve revisión normativa en relación a la legislación chilena nos referiremos en particular a tres normas: la Constitución Política de la República, el Código del Trabajo y a la ley Zamudio. No obstante como ya hemos mencionado, referencias a los problemas jurídicos que conlleva la discriminación pueden encontrarse en otros cuerpos normativos de la legislación social chilena. Alguno de los cuales son analizados en los trabajos que se incluyen en esta obra.

La Constitución Política de la República (CPR) en una norma contenida dentro de las garantías constitucionales relativa al trabajo prescribe explícitamente que se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Se trata del número 16 del artículo 19 el cual establece: "*La libertad de trabajo y su protección.*

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

Sin embargo, esta norma no es la única que se debe considerar al momento de revisar la normativa aplicable a legislación social chilena. Existe una norma de carácter general relativa a la igualdad que se debe tener en cuenta. Se trata del número 2 del artículo 19 de la CPR, el cual indica: "*La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Esta norma fija el principio básico en relación a la igualdad de trato dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Además, se puede encontrar que en esta materia la propia CPR le ha puesto un límite al actuar del Estado. En este sentido el número 22 del artículo 19 de la CPR establece: *“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.*

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

Por último, no se puede olvidar la norma del muchas veces citado inciso 2 del artículo 5 de la CPR. Ya que por dicha vía a nuestro parecer las normas internacionales relativas a derecho humanos pasan a formar parte de un bloque de constitucionalidad. De esta manera, la normativa internacional cobra un valor importante en el ordenamiento jurídico nacional.

Lo preceptuado en la CPR en relación a la igualdad y a la discriminación es recogido por el Código del Trabajo. En particular en los incisos tercero y siguientes del artículo 2° del Código del Trabajo, cuyo texto original proviene de la Ley N° 19.759, aunque la versión actual ha sido modificada por la 20.940⁶. En dicho inciso tercero se prescribe que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación

El inciso 4 del mismo artículo contiene una definición de lo que se entenderá en la legislación laboral por actos de discriminación. La nueva redacción es la siguiente: *“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, **ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad** u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.*

⁶ Sobre esta reforma revisar: WALKER ERRAZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, PABLO, *Derecho de las relaciones laborales, Tomo 2 Derecho Colectivo del Trabajo* (Librotecnia, Santiago, 2017); ARELLANO ORTIZ, PABLO; SEVERIN CONCHA, JUAN PABLO y FERES NAZARALA, MARÍA ESTER (eds), *Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen crítico de la ley núm. 20.940* (Thomson Reuters, Santiago, 2016).

Esta nueva redacción contiene una importante modificación a la protección de las relaciones laborales. Esto debido a que se incorporan nuevos criterios que pueden ser considerados como discriminatorios, a saber: ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad.

Se debe señalar que la existencia de criterios discriminatorios en el Código del Trabajo no impide que se entable una acción de tutela de derechos fundamentales argumentando un criterio no incluido en el listado, por cuanto al menos una parte de la jurisprudencia siempre ha entendido que dicho listado no es taxativo. Ello debido a que siempre se puede recurrir directamente al N° 2 del artículo 19 de la Constitución como justificativo de una vulneración a la garantía de igualdad así como también al N° 16 del mismo artículo que trata precisamente sobre la discriminación arbitraria. Se trata en este caso de una recepción de un principio general en la legislación laboral, pero por ningún motivo se trata de un cierre de criterio. Esto implicaría un problema interpretativo ya que una ley limitaría lo establecido en forma amplia en la CPR.

No obstante lo anterior, resulta muy relevante la incorporación de estos criterios. Se puede señalar por ejemplo la situación de una persona que era discriminada por ser homosexual. Dicho criterio no existía, pudiendo ser considerado discriminación por el hecho de ser hombre o ser mujer pero no por su condición sexual. Ahora se incorpora dicho criterio de orientación sexual, abarcándose de manera más inclusiva a grupos vulnerables de la ciudadanía. En definitiva, se puede considerar que lo que se ha hecho con la ley n° 29.940 corresponde a una precisión terminológica en las categorías incluidas en la definición que miramos con buenos ojos, con la salvedad señalada de poder siempre recurrir a la Constitución.

En relación a la discriminación se puede categorizar las disposiciones establecidas en el artículo 2 del Código del Trabajo como aquellas relativas a la etapa precontractual, las ocurridas durante la relación de trabajo, las que se producen al terminar la misma, y finalmente, las relacionadas con aspectos de orden económico o financiero del trabajador.

En cuanto a la discriminación que se produce antes de la relación laboral, ella puede ocurrir a raíz de los procedimientos de reclutamiento de personal como, por ejemplo, los avisos de contratación que se publican en los medios informativos. Los que eventualmente pueden indicar determinados requisitos discriminatorios. Sobre la discriminación durante la relación de trabajo, ella se produce cuando se discrimina en materia de carrera laboral; por último, la discriminación puede producirse al momento de terminar la relación laboral, cuando se despide a un trabajador.

Sobre el particular, el texto del inciso quinto del artículo 2 del Código del Trabajo, introducido por la Ley N° 19.759, establece que “*Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación*”.

Al respecto, el inciso sexto del artículo 2º, modificado por la ley 19.759 de 2001, dispone que son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquier condición discriminatoria.

Además, el inciso séptimo agregado por el artículo 2º de la Ley N° 19.812 de 13 de junio de 2002 prohíbe la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales, ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

Cabe agregar que dentro de las normas del Código del Trabajo encontramos una relativa a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Ello en consonancia a las disposiciones internacionales sobre este punto, en particular a las relativas a derechos humanos que hacen expresamente mención a esta materia. Así, entonces, encontramos el artículo 62bis del Código del Trabajo que establece : “*El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad*”. Sobre este punto debemos observar que la realidad del mercado de trabajo chileno hace que esta norma sea letra muerta, ya que existe una diferencia importante en las remuneraciones entre hombre y mujeres por el mismo puesto de trabajo.

Una última norma que nos gustaría mencionar de la legislación nacional, aunque no precisamente perteneciente a la legislación laboral es la llamada ley Zamudio,. Se trata de la ley N° 20.609⁷ de 24 de julio de 2012 que establece medidas contra la discrimi-

⁷ Cabe tener presente el Dictamen N° 2660/033, de 18.07.2014 que actualiza la doctrina vigente de esta Dirección, contenida en dictamen N° 3704/134, de 11.08.2004, a la luz de los efectos de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Se establece que el artículo 2º de

nación. Esta norma señala en su artículo 1° que el propósito de dicho cuerpo legal es instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. De esta manera, se debe ordenar el actuar del Estado y sus órganos garantizando la no discriminación. En su artículo 2° esta ley entrega una definición sobre lo que se debe entender por discriminación arbitraria, a saber: *“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”*. Como se puede apreciar se trata de una norma distinta al Código del Trabajo pero que eventualmente puede proteger derechos que se contienen en él, como lo pueden ser los derechos sindicales. Como se trata de un procedimiento específico en materia de discriminación el afectado deberá escoger si sigue dicho procedimiento o si se mantiene con competencia de los Tribunales del Trabajo. Ahora bien, esta ley viene sin duda a consolidar en la legislación chilena la voluntad de protección contra la discriminación.

Nos resulta complejo mencionar si existe o no una influencia en la argumentación en los casos de discriminación resueltos bajo la ley Zamudio o por el Código del Trabajo. Sin embargo, algunas referencias se pueden encontrar. Así, por ejemplo, en relación al sentido de las normas de discriminación del artículo 2 la Corte Suprema ha señalado: *“10° Que, en consecuencia, la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina que la protección a la garantía de no discriminación o principio de igualdad, otorgada por el procedimiento de tutela laboral –de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo–, no queda limitada únicamente a aquellos actos discriminatorios basados en los motivos o criterios que expresamente prevé el artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo, sino que se extiende a todas aquellas discriminaciones o diferencias arbitrarias, prohibidas por el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y por el Convenio OIT N° 111 de 1958; razón por la que corresponde acoger el recurso que se analiza y unificar la jurisprudencia*

la ley N° 20.609 no altera de este modo los principios sobre derechos fundamentales contemplado en el ordenamiento jurídico laboral, particularmente en el artículo 2° del Código del Trabajo en relación al artículo 19 N° 16 de la Constitución Política.

*en el sentido indicado, y anular la sentencia impugnada para, acto continuo y en forma separada, dictar la correspondiente de reemplazo*⁸.

Como se aprecia en la cita a la Corte Suprema, ésta construye una argumentación en la que se incluyen las normas del ordenamiento jurídico interno en relación con la CPR y con las normas internacionales del trabajo. Tal como hemos intentado mostrar en estas breves explicaciones.

Cabe notar, por otro lado, que resulta cada vez más frecuente encontrar sentencias que acogen la vulneración de derechos fundamentales en las que la garantía vulnerada es la de no discriminación. Así, por ejemplo, se puede citar el caso de la discriminación por sexo, en que se señala que no basta con el hecho de que la mujer haya sido despedida encontrándose embarazada para que se alegue la existencia de un trato discriminatorio⁹, o los casos de discriminación por la condición sexual¹⁰. Tan solo por citar algunos de los casos recientes.

A estas alturas nos gustaría presentar la estructura de la obra. Ella se encuentra dividida en tres partes. La primera consagrada a los dos textos correspondientes a los conferencistas que participaron que dan cuenta de la legislación sobre discriminación en Canadá y por otro lado en Sudáfrica y Australia. Ambas exposiciones se realizaron en inglés, y se ha decidido mantener dicho idioma a fin de no perder su contenido en la traducción. Esto a dos trabajos fueron incluido en las jornadas y en esta obra con el objeto de aportar con insumos provenientes de ordenamientos jurídicos en donde la regulación de la discriminación se encuentra en un estado de avance mayor. En una segunda parte, se han incluido los cuatro trabajos principales que fueron seleccionados mediante el comité científico, y se ha incluido, además, los comentarios que les fueron realizados. Finalmente, en una tercera parte se comprenden las ponencias libres que fueron seleccionadas por el comité científico.

Para finalizar tan solo agregar que a nuestro parecer el principio de la no discriminación es básico en el derecho social moderno¹¹. Las legislaciones actuales no pueden sino seguir desarrollando su regulación. Esperamos humildemente que este texto contribuya al debate y desarrollo de esta materia en la legislación social chilena.

⁸ Sentencia de la Corte Suprema, Cuarta Sala, 05 de agosto de 2015, rol N° 23.808-2014.

⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso de 28 de septiembre de 2010 RIT T-19-2010.

¹⁰ Sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 30 de agosto de 2015, RIT T-280-2014.

¹¹ WALKER ERRAZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, Pablo, cit. (n. 2), p 149.

Conferencistas Extranjeros



REDISTRIBUTION, RECOGNITION AND ANTI-DISCRIMINATION STANDARDS IN AN ERA OF EXCLUSION: TOO MANY WORDS AND RESULTS FOR THE FEW

LUCIE LAMARCHE*

Article 1(1) of UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)¹ provides for an enumeration of grounds of racial discrimination that shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin. The factual basis of such discrimination leaves one under the impression that discrimination is based on a bias against immutable personal characteristics. By no standard, does the text of the treaty links the basis of discrimination to the complex reality of social exclusion. State Parties to CERD have to assure to everyone within their jurisdiction effective protection and remedies, namely in the form of damages, if discrimination occurs. This is what many countries did in creating specialized courts dedicated to manage discrimination complaints and to grant appropriate damages as remedies.² This model is reflected in the UN Paris Principles adopted in 1991.³ Such almost simplistic narrative of the fight against all forms of discrimination neglects the fact that from a social justice perspective, the fight against discrimination based on prohibited and enumerated grounds has not been significantly transformative. We wish to explore this finding, by taking inspiration from the Canadian experience.

* Professeure, Faculté de science politique et de droit, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal, Canada, Lamarche.lucie@uqam.ca

¹ UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination , Adopted 1965 and entered in force in 1969.

² In the case of Canada, see DAY, Shelagh; LAMARCHE, Lucie and NORMAN, Ken (eds) *14 Good Reasons for Human Rights Institutions in Canada* (Irwin Law, 2014).

³ UNGA Res 48/34, Dec 20 1993, *Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)*.