

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL AL AMPARO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

Rodolfo Belmar Lara
Asesor Laboral

I. INTRODUCCIÓN

El término de discriminación laboral es la expresión -en el ámbito del derecho del trabajo- de aquello que se indica genéricamente como discriminación, esto es, el concepto asociado a un tratamiento desigual sin justificación, carente de fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad.

Tal como veremos, los actos constitutivos de discriminación laboral pueden producirse al inicio de la relación laboral, durante esta o al momento de extinguirse. En este artículo nos centraremos en el análisis de las acciones discriminatorias que el empleador pueda cometer en la segunda y tercera etapa laboral recién señalada, ello en consideración al nuevo procedimiento de tutela laboral sancionado por la Ley N° 20.087, vigente en la mayoría de las regiones de nuestro país, el cual sanciona los actos de discriminación durante la relación laboral y con ocasión del despido.

II. ¿QUÉ ES LA DISCRIMINACIÓN?

☐ LA OIT Y EL CONVENIO 111 de 1958

El Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 1958, define en su artículo 1° la discriminación, señalando que corresponde a:

- 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; y

- 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.

De igual manera, dejan en claro que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”¹.

De esta manera -entiende la institución- que la discriminación puede manifestarse cuando se busca un trabajo, en el empleo o al dejar este último, tal como se indicó en la introducción. Se entiende por discriminación todo trato diferenciado y menos favorable de determinadas personas en razón de cualquiera de las características antes mencionadas, sin perjuicio de su capacidad para cumplir los requisitos correspondientes al puesto de trabajo.

La OIT ha señalado que “hay discriminación cuando, por ejemplo, a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo religioso minoritario, se le deniega un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de sus creencias religiosas o de su afiliación sindical. La discriminación se manifiesta también cada vez que un trabajador migrante cobra un salario inferior al de un trabajador nacional por un empleo idéntico, o cuando el pago de la remuneración a los trabajadores de una casta inferior o a los trabajadores agrícolas indígenas se retrasa sistemáticamente con respecto a la fecha de cobro de sus colegas de casta superior o no indígenas. También es víctima de discriminación la enfermera o la radióloga que desempeña un trabajo de valor igual al de un técnico paramédico, pero que percibe una remuneración inferior”².

¹ Cfr. LA IGUALDAD EN EL TRABAJO: AFRONTAR LOS RETOS QUE SE PLANTEAN. INFORME DEL DIRECTOR GENERAL. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional Del Trabajo 96.a reunión, 2007 Informe I (B) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO GINEBRA.

² Idem.



La discriminación no es un acto excepcional ni sancionable o repudiable per se, sino un fenómeno sistémico, a menudo intrínseco a las pautas de funcionamiento de las empresas y arraigado en los valores y normas culturales y sociales dominantes.

La discriminación, indica la OIT, puede ser directa o indirecta. "Es directa cuando las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer éstas a un colectivo específico. Entre las formas de discriminación directa figuran ... la imposición por los departamentos de recursos humanos de pruebas de embarazo periódicas con el fin de despedir a las empleadas que están en estado.cuando las empresas que contratan a trabajadoras exigen a éstas que cumplan cierto período de servicio antes de quedar embarazadas³."

La discriminación es indirecta cuando "ciertas normas o prácticas aparentemente neutras tienen efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables, y ello sin justificación alguna. Así, por ejemplo, la organización de cursos de formación fuera de las horas de trabajo, durante los fines de semana o en horas tardías puede traducirse en la exclusión de aquellos trabajadores que pudieran interesarse en asistir, pero que no podrán hacerlo por deber atender sus responsabilidades familiares, exclusión que comprometerá sus perspectivas de carrera. También puede considerarse como una forma de discriminación indirecta el trato diferenciado de algunas categorías específicas de trabajadores traducida en menores prestaciones sociales o remuneraciones. La protección jurídica inferior que en todo el mundo tiene el personal doméstico, integrado principalmente por mujeres mal retribuidas, pertenecientes a minorías étnicas o raciales y a menudo extranjeras, se ha reconocido como forma de discriminación indirecta por motivos de clase, género, raza o condición de migrante"⁴.

Toda discriminación produce efectos desiguales que ponen a las víctimas en una situación de desventaja, lo cual dificulta su acceso a oportunidades de empleo y, a mayor abundamiento, a la igualdad de trato en el lugar de trabajo. La discriminación se traduce asimismo en menor motivación para trabajar y lograr un buen rendimiento, lo cual redundará en menor productividad laboral y en tensiones en el lugar de trabajo, con las consiguientes repercusiones negativas que ello supone en el rendimiento general y el bienestar en el seno de la empresa. Las prácticas y las políticas de gestión de los recursos humanos que previenen la discriminación en el trabajo y promueven la igualdad de trato y de

oportunidades y el abandono de toda distinción arbitraria son provechosas no sólo en el plano personal, sino también en el empresarial⁵.

En realidad, no todas las diferencias de trato son ilícitas; no lo son, por ejemplo, las que se justifican por las exigencias reales del empleo. El ser hombre o mujer puede considerarse un requisito legítimo para ocupar empleos que implican una proximidad física a otras personas o para trabajar en el ámbito de las artes escénicas. Las distinciones basadas en las destrezas o en los esfuerzos exigidos por el trabajo son justas y legítimas, como también lo son las disparidades en la remuneración en función del número de años de formación o de horas trabajadas⁶.

Tampoco son discriminatorias las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para quienes tienen necesidades particulares por razones de género, de discapacidad mental, sensorial o física, o de extracción social. Poner en práctica el principio de la igualdad de oportunidades y de trato supone mucho más que portarse de la misma manera con todo el mundo: requiere además adoptar medidas especiales y adaptar el entorno a sus diferencias. La instalación de rampas de acceso en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidades físicas es un ejemplo de esas medidas, como también lo es el garantizar protección a las trabajadoras durante el embarazo y el puerperio, que es esencial para asegurar una verdadera igualdad con respecto a los hombres en el mundo del trabajo.

III. LA DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO

El artículo 2º del Código del Trabajo dispone que:

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

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 u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

La Dirección del Trabajo ha señalado⁷ que en cuanto a la estructura del tipo infraccional, es posible apuntar como elementos configuradores del ilícito (actos discriminatorios) los siguientes:

1. Una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias);
2. Que dicha diferenciación se base en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social y;
3. Que se produzca como resultado una desigualdad de trato (anulación o alteración de la igualdad de oportunidades).

De la configuración precedentemente esbozada, se desprende con claridad que el legislador excluye cualquier elemento subjetivo o de intencionalidad del sujeto activo a la hora de configurar el acto discriminatorio. Se trata pues de una figura objetiva, es decir, basta para que se produzca discriminación una desigualdad de trato que se verifique a través de algunas de las situaciones vedadas por la norma⁸.

A continuación veremos cómo y de qué manera más común, este principio de no discriminación puede verse afectado durante la relación laboral y al término de ésta.

IV. DISCRIMINACIÓN DURANTE LA RELACIÓN LABORAL

Durante la relación laboral, las conductas discriminatorias se producen, entre otras, respecto de la ausencia de igualdad de trato especialmente en el pago de remuneración por igual función entre hombres y mujeres, y en ciertas medidas compensadoras de la protección de la maternidad.

Respecto de la desigualdad de trato en el pago de igual remuneración por idéntica función, las desigualdades existentes entre las remuneraciones percibidas por hombres y mujeres son significativas.

El principio de que no puede haber diferencias en la remuneración pagadas por "igual función" a hombres y mujeres, o en términos más simples, el derecho de

hombres y mujeres a igual salario por igual función se encuentra explícitamente previsto en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esto significa que la idea de establecer diferentes condiciones de trabajo entre los trabajadores en razón de su sexo constituye una forma de discriminación no aceptable por subjetiva y arbitraria.

Si entendemos que la situación descrita se refiere exclusivamente a una mera diferencia de trato fundada en la falta de experiencia u otro motivo y no a una política desarrollada por las empresas con el objeto de tratar sistemáticamente en forma peyorativa a las mujeres por el solo hecho de ser tales, en principio no habría problemas⁹.

Lo anterior porque nuestro modelo antidiscriminatorio no admite otras diferenciaciones legítimas en materia laboral que no sean estrictamente la capacidad e idoneidad personal de los trabajadores. Ya sea que éstas se produzcan en el acceso al empleo, o bien, en el período pre y post ocupacional, sino se encuentran fundadas en los factores mencionados¹⁰.

La garantía de la igualdad de trato en el trabajo femenino tropieza con los problemas que enfrentan todas las mujeres que desean incorporarse al mercado de trabajo: el cuidado de sus hijos. Por lo anterior, en nuestra legislación no existen normas protectoras del trabajo femenino en sí y todas las normas particulares y específicas están referidas a la protección de la maternidad. Incluso, estas disposiciones han abandonado –lentamente– el carácter de normas establecidas exclusivamente a favor de las trabajadoras, extendiéndose algunos de sus beneficios también a los varones que trabajan, como por ejemplo, mediante la Ley N° 19.272 se permitió al padre gozar del descanso post-natal y del subsidio maternal en caso que la madre falleciera en el parto o durante el descanso puerperal. De igual manera, las Leyes N° 19.250 y 19.505 establecieron permisos y subsidios en caso de enfermedad grave de los hijos que requiriera atención personal de los padres, que puede ser utilizado por el padre o la madre, a elección de ésta, entre otras normas¹¹.

⁷ Ordinario 03704/134 de fecha 11.08.2004.

⁸ Cfr. Idem.

⁹ LIZAMA PORTAL, LUIS. La discriminación laboral en Chile. En https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D128D0766/2/material_docente/objeto/60493 -

¹⁰ Idem.

¹¹ Estas leyes fueron adoptadas para hacerlas compatibles con el Convenio N° 156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981), ratificado por la República de Chile el 14 de octubre de 1994.



V. DISCRIMINACIÓN POST-OCUPACIONAL O COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO

En el término de la relación laboral también se pueden producir conductas discriminatorias, por ejemplo, la decisión del empleador de despedir a un trabajador pudo haber estado motivada por un criterio no justificado desde la perspectiva de la igualdad de trato.

La ley N° 19.010, de 1990, que estableció normas sobre terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo, pretendió vincular el término de la relación laboral a una causa justificada, eliminando la posibilidad de que el trabajador fuese despedido sin expresión de causa mediante la institución del desahucio¹².

De este modo, nuestra legislación laboral actual contempla diversas formas de terminación del contrato de trabajo, estableciendo que puede finalizar por causales objetivas tales como el vencimiento del plazo del contrato, o bien, la conclusión del trabajo o servicio que le dio origen; causales subjetivas tales como aquellas denominadas genéricamente "de caducidad" que el empleador puede invocar, por ejemplo, en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador, ausencias reiteradas y abandono de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, el contrato de trabajo también puede terminar cuando se producen causas económicas. En este caso, el empleador puede invocar la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio prevista en el inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, que señala precisamente que son hechos que la justifican, entre otros, la racionalización o modernización de la compañía, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador.

De conformidad a nuestra legislación laboral, en todos los casos anteriores nos encontramos ante un "despido justificado" entendido como el derecho del empleador para poner término a la relación laboral por alguna de las causales que establece la ley.

Ahora bien, sólo si el empleador invoca la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o el desahucio, y el contrato de trabajo hubiese estado vigente un año o más, deberá pagar una indemnización por años de servicio a los trabajadores. Además, en

estos casos, el empleador debe cumplir con un periodo de preaviso, equivalente a treinta días de anticipación, a menos que pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo¹³.

También se contempla que en aquellos casos en que el empleador no invoque una causal o la invocada fuere declarada improcedente, injustificada o indebida por el juez del trabajo, se tratará de un "despido injustificado". En estas situaciones, el Código del Trabajo no contempla la nulidad del despido pero obliga al empleador al pago de una indemnización equivalente a la del preaviso y a la de años de servicio con un reajuste de un 30%, 50%, 80% o 100% -según sea la causa legal del despido invocada- para esta última, ya que no tenía derecho a terminar la relación laboral.

Asimismo, aunque se exija -por regla general- una causa justificada de término de la relación laboral, la causal de "necesidades de la empresa" ha operado en la práctica por la sola voluntad del empleador, como si se tratara de un verdadero desahucio porque los empleadores invocan esta causal aunque no exista alguna de las situaciones que justifica el despido¹⁴.

Ahora bien, en el caso que un trabajador despedido por la causal de "necesidades de la empresa" demandara por despido injustificado, improcedente o indebido ante los tribunales, podría obtener un eventual aumento del 30% de su indemnización por años de servicios una vez terminado el juicio, pero postergaría a esa fecha la percepción del monto ofrecido por su empleador. Si a ello, se agrega que nuestra legislación laboral, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.087, no contempla la nulidad del despido y el reintegro de los trabajadores en este caso¹⁵, podemos concluir que no existe incentivo económico alguno para que un dependiente despedido por esta causal demande por despido injustificado.

VI. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL Y EL AMPARO A LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL

La Ley N° 20.087, norma que contiene el nuevo proceso laboral, incluye dentro de su contenido un párrafo especial destinado a cautelar los llamados "derechos

¹² A la fecha de la ley, el artículo 155 letra f) del Código del Trabajo vigente en dicha época, permitía el desahucio de los trabajadores, esto es, su despido sin expresión de causa.

¹³ Excepcionalmente, el Código del Trabajo actual permite invocar el desahucio en el contrato de trabajadores de casa particular y respecto de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, siempre que estén dotados a lo menos de facultades generales de administración, en el caso de los trabajadores de casa particular y el personal que desempeña cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

¹⁴ La indemnización legal por años de servicio tiene dos límites, a saber: un total de trescientos treinta días de remuneración (equivalentes a 11 años), y el monto de la remuneración a considerar no puede ser superior a 90 unidades de fomento del último día del mes anterior al pago. Tapia, Francisco. "La flexibilidad en el derecho chileno del trabajo", en La transformación del derecho del trabajo: experiencias de flexibilidad normativa, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago (1992), pág. 92.

¹⁵ La legislación laboral chilena -hasta la dictación de la Ley N° 20.087- sólo contemplaba el reintegro de los trabajadores que gozan de fuero laboral, en el evento que el empleador los haya despedido sin contar con la autorización judicial previa.

fundamentales del trabajador" y conocer de los actos discriminatorios ocurridos en el trabajo, para lo cual establece un procedimiento especial.

De este nuevo procedimiento, puede hacer uso cualquier trabajador u organización sindical que sientan que el empleador comete algún acto de discriminación, siempre que tengan un derecho o interés legítimo en lo demandado y cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción laboral, teniendo dicha causa preferencia respecto de las demás, que se tramiten en el correspondiente tribunal.

El interesado posee un plazo de 60 días contados desde que se produzca acto discriminatorio alegado, el cual se aumentará a 90 días en caso que el afectado concorra en primera instancia a la Inspección del Trabajo.

En efecto, el nuevo artículo 485 del Código del Trabajo dispone que:

El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

La denuncia con la que inicie el procedimiento deberá contener, además de los requisitos generales que establece el artículo 446 del Código del Trabajo (requisitos para la demanda), la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la discriminación alegada, acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente. En el caso que no los contenga, se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación.

El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en su primera resolución, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles¹⁶. En caso de

incumplimiento por parte de la empresa, se arriesga a una sanción consistente en una multa de 50 a 100 UTM, repetible hasta obtener el cumplimiento de la medida decretada.

Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Con el mérito del informe de fiscalización, cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de décimo día.

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Por su parte, si la infracción de los derechos fundamentales que motivan este procedimiento se hubiere originado con ocasión del despido, le corresponde exclusivamente al trabajador afectado el interponer la respectiva denuncia dentro del plazo legal.

En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 (indemnización sustitutiva del aviso previo) y la establecida en el artículo 163 (indemnización por años de servicios), con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 (30, 50, 80 o 100% según corresponda) y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Por otro lado, en el caso que el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones referidas en el párrafo anterior. En caso de optar por la indemnización, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa.

La substanciación del procedimiento que regula la vulneración de las garantías constitucionales se regirá por las reglas generales que establece el nuevo procedimiento laboral; y en relación con esto, la norma probatoria especial que suscribe este procedimiento

¹⁶ Art. 492 Código del Trabajo.



no supone invertir el peso de la prueba, sino facilitarla respecto del trabajador con miras a que el juez pueda conocer de la eventual lesión, debiendo el empleador establecer únicamente la justificación o razonabilidad de las medidas adoptadas.

Por su parte, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al tribunal competente, los hechos de los cuales tome conocimiento, en lo que respecta a alguna vulneración de derechos fundamentales, debiendo acompañar en dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente.

VII. CONCLUSIONES

La incorporación del nuevo procedimiento de tutela, contemplado por la Ley N° 20.087, implica una revolución a nivel laboral, por cuanto, por primera vez en nuestro sistema judicial, se otorga al trabajador una acción encaminada a reclamar respecto de actos de discriminación cometidos durante la relación laboral o con ocasión del despido, sancionando al empleador con multas, indemnizaciones o hasta la reincorporación del dependiente a su puesto de trabajo. De esta manera, se hace más que nunca necesario la buena administración del recurso humano dentro de la organización empresarial, de manera de generar un adecuado sistema de contratación de personal, un correcto ejercicio del poder de mando el interior de la empresa y una correcta aplicación de las causales de despido, a fin de evitar posteriores acciones judiciales.

NUEVOS TELEFONOS
Boletín del Trabajo
a contar del 01 de Abril

Antofagasta (55) 594 155	Santiago (2) 369 9100
Concepción (41) 285 7180	
Puerto Montt (65) 383 539	

www.boletindeltrabajo.cl
info@boletindeltrabajo.cl