



GOBIERNO DE CHILE
DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
S/K (1046)/04

ORD.: N° 3704/134

MAT.: Fija sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2º, del Código del Trabajo, referidos al *derecho a la no discriminación* en el ámbito laboral.

ANT.: Necesidades del Servicio.

FUENTES: Constitución Política de la República, artículos 1º, inciso primero; 19, números 2 y 16; *Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación*, de 1958, (núm. 111), de la OIT, y la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, adoptada en 1998; y Código del Trabajo, artículos 2º, 5º, inciso primero y artículo 154, inciso final.

CONCORDANCIAS: Ordinarios N°s 2856/162, de 30.08.2002 y 698/016, de 11.02.2003.

SANTIAGO, 11.08.2004

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SR. JEFE DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCION

I. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACION COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de *igualdad*. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; y el artículo 19 N° 2 que: “La constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley”. La Constitución Política efectúa un reconocimiento expreso de la *dignidad humana* en relación estrecha con la idea de *libertad e igualdad*, ... conformándose de esta manera, una verdadera «trilogía ontológica» (Humberto Nogueira Alcalá, *Dogmática Constitucional*, Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 113) que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. erigiéndose como factor modelador v fundante de

perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” .

Se reconoce el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental y como tal en una expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana y en “una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona”. De esta manera el derecho a la no discriminación se constituye en un verdadero derecho subjetivo “en tanto ampara y tutela los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero «status jurídico» para los mismos, irrenunciable e irreductible” (Ord. 2856/162, 30.08.2002).

Por su parte, en el plano infraconstitucional el legislador ha desarrollado con mayor amplitud el derecho a la no discriminación laboral en el artículo 2º, del Código del Trabajo, específicamente en sus incisos segundo, tercero y cuarto:

“Son contrarios a los principios de la 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.”.

De esta manera, nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento, en particular a lo prevenido en el *Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación*, de 1958, de la OIT, y la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, adoptada en 1998, instrumento éste que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental.

Así, su categorización como derecho fundamental otorga al derecho a lo no discriminación un contenido preciso e ineludible, propio de este tipo de garantías, al constituirse en límite a los poderes empresariales.

En efecto, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Servicio, el inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, reconoce “la *función limitadora* de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales... Dicha norma está revestida de un indudable valor normativo y dotada de una verdadera *vis expansiva* que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio *favor libertatis*, esto es, en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral. ..., esta norma está llamada a constituirse en la idea matriz o componente estructural básico del contenido material de nuestro sistema normativo laboral.

principio o valor normativo —función *unificadora* o *integradora* de los derechos fundamentales— que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquellos por sobre éstos. Se crea pues, un principio de interpretación de la legislación común *conforme* al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos.” (Ord. 2856/162, 30.08.2002).

Adicionalmente, el principio de no discriminación es utilizado como *instrumento de apoyo para el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales*, en tanto se constituye como elemento condicionante a la hora de permitir ciertos límites que pudieren imponerse por el empleador en el desarrollo de los poderes empresariales. Específicamente la no discriminación se presenta como requisito de cualquier medida de control, cuestión hoy ya no sólo con reconocimiento jurisprudencial sino legal a partir de la dictación de la Ley 19.759, al establecerse que toda medida de control debe aplicarse de manera “general”, “garantizándose la impersonalidad de la medida” (inciso final, del artículo 154, del Código del Trabajo). O, en otros casos, como *elemento determinante* –configurador del tipo– a la hora de vislumbrar la violación de un derecho fundamental, tal y como sucede en materia de violaciones a la libertad sindical en donde las conductas discriminatorias conforman y configuran en gran medida el tipo infraccional (conductas antisindicales).

II. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACION: DELIMITACION

Para un mejor desarrollo del presente análisis resulta conveniente ahondar en el concepto de *igualdad* y *no discriminación*, como nociones esenciales de las normas previamente citadas, buscando con ello identificar con claridad el ámbito de acción en nuestro sistema jurídico y naturalmente en su aplicación y consecuencias en situaciones fácticas concretas.

La noción de *igualdad* en nuestro sistema jurídico, particularmente en la Constitución, discurre sobre dos ejes. El primero, dice relación con la **igualdad en la ley** (igualdad de derechos), esto es, sobre la idea de que todas las personas son iguales (“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, artículo 1º, inciso primero) y, por tanto, todo privilegio o exención no será tolerado (“En Chile no hay persona ni grupo privilegiado”, artículo 19, N° 2, inciso segundo); y, el segundo, la **igualdad ante la ley** (igualdad de trato), es decir, estableciendo la prohibición dirigida a los poderes públicos –al legislador en la elaboración de la ley y al juez en su aplicación– de establecer una desigualdad de trato normativo no razonable u objetiva (“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, artículo 19, N° 2, inciso tercero).

En cuanto a este segundo eje, la noción de *igualdad* denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato razonables. Todas las personas, en circunstancias similares, estén afectas a los mismos derechos o prohibiciones, en definitiva a un mismo estatuto jurídico.

Desde luego, ya no se trata de un mandato general de igualdad dirigido sólo a los poderes públicos sino que también a los particulares, y concretamente en el ámbito de la empresa. Justamente es en éste donde ha logrado un mayor desarrollo la noción de discriminación.

La discriminación adquiere vida propia en tanto deja ser entendida como un simple problema de desigualdad. La configuración de determinados tipos discriminatorios suponen una valoración jurídico-filosófica de determinadas situaciones que atentan contra la propia dignidad humana; una reacción a ciertos fenómenos sociales preexistentes y muy arraigados de marginación y exclusión social, sea de individuos o de grupos en función de sus características singulares. Las situaciones de discriminación obedecen no ya a situaciones meramente irrazonables o arbitrarias sino que por sobre todo odiosas e indignas, que suponen la identificación del afectado ya no como diferente sino como inferior y sometido. En definitiva las situaciones de discriminación recogidas por la legislación interna y la internacional, denotan una clara e inequívoca toma de postura del orden social contra determinados y específicos tratos desiguales entre seres humanos.

El discriminado lo es en cuanto pertenece a un grupo social excluido. De esta manera, la norma antidiscriminatoria ejerce una *función promocional* en tanto busca no sólo reprimir ciertas conductas sino que también fomentar la integración de ciertos colectivos marginados.

III. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA EXIGENCIA DE PARIDAD DE TRATO

La noción de *igualdad* supone la ausencia de arbitrariedad, es decir, el trato injustificadamente desigual, admitiendo en consecuencia, tratos desiguales a condición de que encuentren una razonable justificación.

En cambio, el concepto de *no discriminación* exige la paridad o identidad de trato, es decir, equivalencia entre el tratamiento dispensado y la norma estándar, admitiendo sólo derogaciones o excepciones expresas con fundamento constitucional.

Como ha tenido ocasión de pronunciarse la doctrina, en una fórmula que ha devenido en clásica, en el mandato general de igualdad “son posibles todas las alternativas, salvo la irrazonable o arbitraria; en la no discriminación se impone un mandato de no discriminación, normalmente a través de una exigencia de paridad de trato. Es decir, la paridad, identidad de trato ..., aparece como el instrumento o medio fundamental para la eliminación de discriminaciones, mientras que en la igualdad de trato no se eliminan las diferencias, sólo se postula su no arbitrariedad” (Miguel Rodríguez-Piñero y M^a Fernanda Fernández I., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 160). De esta forma, la igualdad de trato o paridad en la no discriminación forma parte del contenido esencial del derecho; en cambio, en la igualdad constituye un límite externo a la posibilidad de establecer diferenciaciones.

De ahí, que las causas de la discriminación “ya no pueden ser invocadas como legítimos títulos potencialmente justificativos de tratamientos diferenciadores, cuya valoración final, desde la perspectiva del par igualdad/desigualdad, es la no razonabilidad o arbitrariedad de la diferenciación

juicio de discriminación trasciende el momento concreto para convertirse en una situación sistemática de desigualdad de trato ya dada.

La formulación de determinadas y específicas conductas discriminatorias se estructuran en base al sujeto o grupo que sufre la diferenciación y no ya desde la óptica del que la ejerce y por tanto sujeto a una eventual justificación en base a la no arbitrariedad o razonabilidad de la medida, es decir, en la no discriminación el grado de discrecionalidad es sustancialmente menor en tanto hay una valoración preliminar de ilicitud en ciertas conductas.

En este sentido, las únicas diferencias de trato basadas en alguna de las motivaciones calificadas como discriminatorias que permite el ordenamiento jurídico —concretizadas en la normativa laboral— son aquellas expresamente señaladas por la Constitución o la Ley, a saber: la “nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” (artículo 19, N° 16, inciso tercero, de la Constitución Política).

IV. DISCRIMINACION INDIRECTA

Lo importante en el acto discriminatorio es el resultado, en cuanto conforma, cuando estamos en presencia de algunos de los motivos vedados, una situación objetiva de discriminación. La mirada se pone no en si las diferencias son arbitrarias (sujeto activo) sino en las consecuencias del acto (sujeto pasivo).

De ahí, que la virtualidad protectora del derecho a la no discriminación comprenda la noción de *discriminación indirecta*, que sobrepasa la noción estricta de discriminación directa (tratamiento diferenciado y perjudicial en base a una distinción explícita y expresa), extendiéndola a comportamientos formal y aparentemente neutros, no discriminatorios (conductas que utilizan como criterios diferenciadores aquellos permitidos por los ordenamientos jurídicos, en nuestro caso la “capacidad” o “idoneidad personal” para el puesto de trabajo), pero de los que igualmente se derivan diferencias de trato en razón de la situaciones disímiles en las que pueden encontrarse los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo en relación a otro, produciendo un resultado desventajoso para unos y para otros no.

En efecto, la aplicación de un mismo trato diferenciador (*prima facie*) lícito a todos los sujetos por igual puede redundar en desigualdades atendidas las características específicas de ciertos grupos; así por ejemplo, el supeditar el dominio de un idioma o un determinado nivel de enseñanza educacional como requisito para acceder a un cargo cuando dicha cualificación no resulte estrictamente necesaria para el mismo, afecta irremediablemente a los miembros de todos aquellos grupos sociales que están en una condición desmejorada para formarse en un idioma o que pertenezcan a una determinada nacionalidad o que no pudieron terminar sus estudios.

Se trata pues, de conductas que siendo neutras (dirigidas o aplicadas de manera indiferenciada o con tratamientos razonablemente desiguales) en el tratamiento formal de los distintos grupos o colectivos, en cuanto a su efectos introducen diferenciaciones discriminatorias, *impacto adverso* (adverse impact), según la conceptualización norteamericana; o que, pese a ser

de diferenciaciones basadas en motivos formalmente lícitos (basados en las “idoneidad personal” o “capacidad”) pero que devienen en discriminación en atención a los efectos adversos producidos, ha de aplicarse a su respecto, como medida de justificación el juicio de razonabilidad (proporcionalidad) de la conducta, permitiendo, en tanto se trate de una medida que, no obstante produzca un resultado adverso sea razonable o justificada, su licitud.

V. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS: UNA ENUMERACION NO TAXATIVA.

La incorporación en nuestra legislación (inciso tercero, del artículo 2º, del Código del Trabajo) de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal o respecto de las cuales su encuadre en ellas sea dificultoso o dudoso.

A dicha configuración ha de llegarse a través de la fórmula constitucional contenida en el inciso tercero, del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”, que abre, en función de su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, la cerrada fórmula legal a otro tipo de diferencias de trato en el ámbito laboral no previstas en la norma.

La norma constitucional establece cuál ha de ser la única motivación legítima para establecer diferenciaciones de trato en el ámbito laboral, calificando las restantes como discriminatorias, configurando de esta manera un modelo antidiscriminatorio abierto y residual.

De no entenderlo así, se debería concluir, por ejemplo, que tratándose de la discriminación por preferencia u opción sexual (minorías sexuales), o por apariencia física, no serían conductas discriminatorias y por tanto reprochables jurídicamente, cuestión que evidentemente no resiste análisis alguno. A igual conclusión se llegaba respecto de la discriminación por embarazo de la madre trabajadora o por ser el trabajador o trabajadora portador del virus VIH o por discapacidad, antes de las regulaciones que prohibieron expresamente su utilización como motivos de diferenciación.

Asimismo, esta formulación abierta y ligada a la capacidad o idoneidad personal del trabajador permite encuadrar cierto tipo de conductas de control empresarial de común ocurrencia, tales como los test de drogas o alcohol, como discriminatorias en tanto no se basen estrictamente en dichos elementos –capacidad o idoneidad personal– como condicionantes determinantes, esenciales y directas del control.

Como se ha tenido oportunidad de establecer el legislador laboral ha reseñado un conjunto de motivaciones, que dada su especial aptitud o potencial lesivo a la condición humana constituyen discriminaciones vedadas, permitiendo excepciones de manera expresa. De ahí, que fuera de los

VI. ESTRUCTURA DEL TIPO INFRACCIONAL

Por su parte, y ahora en cuanto a la *estructura del tipo infraccional*, es posible apuntar que como elementos configuradores del ilícito (actos discriminatorios) el legislador laboral ha contemplado los siguientes:

- una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias);
- que dicha diferenciación se base en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social;

A dichas motivaciones debemos agregar, por mandato constitucional, cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal; y

- 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 norma.

La referencia al “objeto” de la desigualdad de trato, esto es, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, ha de entenderse necesariamente como un reforzamiento de la idea de desigualdad de trato –efecto de la diferenciación basada en las condiciones vedadas–. Buscar en dicho término alguna idea de intencionalidad o de un eventual apertura hacia un juicio de razonabilidad –ausencia de arbitrariedad– como mecanismo de ruptura o de excepción de la no discriminación equivaldría a equiparar en términos absolutos las nociones de igualdad y no discriminación, cuestión que a lo largo de este análisis ha sido ya desechada.

De no comprenderlo así, podríamos permitir desigualdades de trato, por ejemplo en base a raza, amparadas en la ausencia de una finalidad discriminatoria, lo que a todas luces resulta ser una opción que repugna la dignidad del ser humano. El sólo hecho de utilizar la raza como mecanismo diferenciador atenta contra la igualdad de oportunidades o de trato.

Con todo, sí resulta destacable la idea de que a partir de la noción de *igualdad de oportunidades* se enfatiza el concepto de que la no discriminación no supone una obligación de igualdad simétrica o de efectiva contratación para un sujeto perteneciente a un determinado colectivo (mujeres, etnias, nacionales, etc.) sino que la efectiva posibilidad de *competir en condiciones equivalentes* con otros sujetos sin que medie el establecimiento de condicionantes, directas o indirectas, que no digan relación con las competencias para el desarrollo de un

VII. AMBITO DE APLICACIÓN

El derecho a la no discriminación ejerce su virtualidad protectora en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva.

En efecto, tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes, en los procesos de selección de personal, como durante su desarrollo y en su conclusión el derecho a la no discriminación emerge como límite a los poderes empresariales.

Asimismo, y ahora en cuanto al ámbito material en que puede ejercerse el derecho a la no discriminación, éste no sólo se refiere a las conductas ligadas al acceso al empleo (ofertas de trabajo y selección de personal) sino también a aquellas referidas al desarrollo de la relación laboral propiamente tal, es decir, a las condiciones de trabajo y a la causa de término de la misma.

Saluda a Ud.,

MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

CMV/cmv

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín
- Departamentos D. del T.
- U. Asistencia Técnica
- XIII Regiones
- Subdirector
- Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Jefe Gabinete Subsecretario del Trabajo
- Lexis Nexis