

DISCRIMINACION EN LAS RELACIONES LABORALES

Algunos casos particulares

José Francisco Castro (*)

I. INTRODUCCION

La expresión "discriminación", ausente de las declaraciones de derechos tanto europeas como americanas del siglo XIX, sólo viene a aparecer con los textos internacionales de derechos humanos del siglo XX. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 7º, se señala que "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 textos posteriores la expresión volvió a ser usada, como por ejemplo, en la Convención Internacional sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1952, sin en el Empleo y la Ocupación, de 1958, donde por primera vez se define la expresión discriminación en un instrumento internacional. En efecto, en dicho Convenio se señala que el término discriminación comprende "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". La misma línea conceptual siguieron posteriormente otros instrumentos internacionales, como la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960, o la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1965, entre otros.

Por otro lado, y en cuanto a la doctrina de los tratadistas, Claudio Kiper, autor de un reciente libro sobre discriminación de las mino-

rías, distingue una acepción popular de la expresión discriminación, que consiste en hacer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa, sobre la base del grupo, clase o categoría a la que pertenece, más bien que a sus propios méritos. Pero también expresa que existe una acepción sociológica del término, que consiste en la hostilidad en las relaciones entre personas, dirigida contra un grupo de ellas o contra cada uno de sus miembros.

Dentro de los autores nacionales, don Enrique Evans define la discriminación como toda diferencia o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual, es decir, que no tenga justificación racional o razonable.

Como se puede colegir de los conceptos anotados, la discriminación no equivale a una distinción o desigualdad a secas, ya que ambas ideas se refieren a la conducta de diferenciar dos entidades para dispensar tratamientos distintos a cada una, sin embargo, y he aquí la diferencia, la discriminación es una distinción en que el criterio para efectuarla es arbitrario o injustificado, mientras que en la simple distinción o desigualdad, el criterio para realizarla es justificado, racional o razonable.

Cabe agregar también que algunos autores modernos, como el argentino Julio Martínez Vivot, señalan que además existe discriminación cuando injustificadamente se le afecta a una persona, grupo de personas o a una comunidad, el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacio-

(*) José Francisco Castro, es abogado de la Universidad de Chile, y alumno de Magíster en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Se desempeña en la Dirección del Trabajo como asesor de la Subdirección.

nalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social, u otra de cualquier naturaleza posible.

Es necesario señalar, también en esta introducción al tema, que se dice en doctrina que la discriminación puede ser directa o indirecta. La discriminación directa está vinculada a la diferencia de trato, de consideración o tratamiento, sin una circunstancia o situación objetiva que la justifique o explique, lesionando con tal conducta la dignidad de la persona y sus derechos humanos garantizados. El concepto de discriminación indirecta, en cambio, se vincula con la teoría del impacto o efecto adverso, donde la medida en sí no aparece como discriminatoria, pero no cabe duda que conlleva esa intención. Ello ocurre cuando, por ejemplo, se despide a un trabajador invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, pero se oculta que se le despide en realidad porque tiene SIDA. Este último concepto se originó en

España como una creación jurisprudencial, manifestada en el Tribunal Supremo de ese país.

II. LA DISCRIMINACION LABORAL

Las ideas vertidas en la introducción en su mayoría están referidas a la discriminación en un sentido general, sin referirnos a un ámbito específico del Derecho. Es nuestro interés y el objeto de este artículo poder avanzar, a partir de las ideas ya enunciadas, en el análisis de la discriminación referida a un ámbito más específico, como es el laboral.

Podemos entender, a partir de la definición de discriminación que nos entregan los instrumentos internacionales y la doctrina citada, que la discriminación laboral consiste en toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación

de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

De la definición de discriminación laboral que hemos esbozado, podemos señalar que la discriminación laboral puede producirse tanto dentro de la relación laboral propiamente tal como fuera de ella, ya sea porque todavía no se ha configurado la relación laboral o porque ésta ya se ha extinguido. Esta situación es reconocida por el legislador chileno en el artículo 2º del Código del Trabajo, el cual analizaremos más adelante.

La discriminación laboral consiste en toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por otro lado, la discriminación dentro de la relación laboral puede traducirse en múltiples conductas, no sólo referidas al acceso al empleo, sino que a todos los aspectos vinculados a la prestación de servicios laborales, teniendo un campo de aplicación amplio o extensivo, el cual incluye situaciones tales como las condiciones de trabajo, la capacitación y formación profesional, la igualdad salarial por un trabajo de igual valor, la seguridad en el empleo, etc.

Junto con revisar el concepto de discriminación laboral, es conveniente también considerar las diversas etapas de desarrollo temporal de la relación laboral, la cual la podemos dividir en tres etapas: el estado previo a la constitución de la relación laboral (etapa pre-ocupacional), durante la relación laboral misma (etapa ocupacional) y, por último, una vez extinguida la relación laboral (etapa post-ocupacional). En cada una de estas etapas se pueden configurar conductas discriminatorias.

En la etapa pre-ocupacional, que es la posterior a la oferta de empleo y previa a la celebración del contrato de trabajo, se plantea la situación de los requisitos y el acceso al empleo,

fuente de diversos problemas referidos a discriminación. En esta etapa, se puede producir una de las formas más intensas y debatidas de discriminación, a través de los denominados test pre-ocupacionales como, por ejemplo, el test de embarazo que se les exige a algunas mujeres para acceder a un empleo.

En la etapa ocupacional, que va desde la celebración del contrato de trabajo hasta su extinción por cualquier causa, los problemas giran en torno a las facultades que el empleador tiene para enfrentar ciertas situaciones y, en especial, establecer cómo el ejercicio de los poderes del empleador puede, en determinadas circunstancias, derivar en conductas discriminatorias.

Finalmente, en la etapa post-ocupacional, constituida por el momento de la extinción de la relación laboral, la discriminación genera diversas interrogantes acerca de bajo qué condiciones el despido puede ser considerado injustificado por discriminatorio.

El rol de la O.I.T. en materia de discriminación laboral

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) ha tenido una participación activa en el concierto internacional para que en las relaciones laborales se respete la igualdad de trato, por medio de Convenios y Recomendaciones ratificados masivamente por los Estados. La vigencia de estos instrumentos ha sido decisiva para una progresiva evolución en las legislaciones locales, tendientes a asegurar que no ocurran discriminaciones en el empleo y la ocupación, particularmente en las circunstancias señaladas por los mismos.

En la Conferencia General de la O.I.T. se adoptó, con fecha 29 de junio de 1951, el Convenio N° 100, suscrito y ratificado por Chile en 1971, sobre igualdad de remuneraciones. Este Convenio consagra como principio internacional del trabajo, en su artículo 2º, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, apartándose de una expresión que ya se había

utilizado en las constituciones liberales de igual remuneración por igual tarea. El propósito del Convenio es que no exista discriminación en esta materia, precisando que las tasas del salario deben ser fijadas según la naturaleza del trabajo y hasta teniendo en cuenta el rendimiento individual, pero siempre que no exista distinción fundada en el sexo. En la misma Conferencia de 1951, se adoptó la Recomendación N° 90 que complementa el Convenio N° 100, estableciendo directivas no obligatorias sobre la aplicación de las disposiciones del mismo.

La aprobación del Convenio N° 100 y de la Recomendación N° 90, sobre igualdad de remuneraciones, generó una corriente internacional tendiente a crear un documento que se refiriera también expresamente a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En 1958 fue aprobado por la Conferencia General de la O.I.T. el Convenio N° 111 y una Recomendación de igual numeración que concretaba el propósito señalado. En el artículo 1º del Convenio se establece qué se entiende por discriminación para sus efectos, concepto al que ya nos referimos en la introducción y que constituye, como dijimos, la primera definición de "discriminación" en el ámbito internacional.

Se señala, además, en el Convenio N° 111 que las distinciones, exclusiones y preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no serán consideradas como discriminación. También se refiere el Convenio a la obligación de no discriminar en materia de formación profesional o aprendizaje, lo cual deriva de la importancia que tiene en la moderna empresa, en la industria tecnológicamente desarrollada, la capacitación, único medio para conservar el empleo, ascender o eventualmente conseguir otro igual o mejor, ante los cambios y transformaciones cada vez más vertiginosas.

En el desarrollo de este trabajo, iremos refiriéndonos a diversos Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. que guardan relación con el tema de la discriminación en las relaciones laborales.

III. RECEPCION DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION LABORAL A NIVEL NACIONAL

La Constitución Política del Estado (C.P.E.), en su artículo 1º, inciso primero, señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Este precepto constitucional no sólo tiene importancia por su ubicación, sino que también por otra razón mucho más significativa: se trata del precepto rector de nuestra Carta Fundamental, donde vienen precisamente a sentarse las bases del carácter personalista de la misma, al señalar expresamente un concepto prescriptivo de la persona, como ser libre e igual. Cabe recordar que hasta antes de la reforma introducida por la Ley Nº 19.611, de 16 de junio de 1999, el texto del artículo 1º hablaba de "Los hombres" y no de "Las personas". Esta modificación se hizo motivada por la consideración de que la nueva expresión introducía un lenguaje menos excluyente y discriminatorio en nuestro texto constitucional, respecto de las mujeres.

Por otro lado, en el artículo 19 Nº 2, la Constitución asegura a todas las personas:

"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".

El reconocimiento expreso del principio de igualdad entre hombres y mujeres, introducido también por la Ley Nº 19.611, se estimó por el legislador que permitía asegurar la eficacia de dicho principio y, de esta forma, transformarlo en una norma que oriente a todo el ordenamiento jurídico, al legislador y a quienes en definitiva aplican y hacen uso de la normativa.

La redacción del principio de igualdad ante la ley, además, presenta una significativa innovación en la Constitución de 1980 respecto de los textos constitucionales anteriores, la que se traduce en la expresión *"Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"*. Como resultado de esta innovación, el principio de igualdad ante la ley no sólo ahora se circumscribe a la generalidad en las leyes, sino

que también a la prohibición de las distinciones arbitrarias, esto es, a la igualdad en el contenido de la ley.

En cuanto al ámbito laboral, el artículo 19 Nº 16 de la Constitución asegura a todas las personas:

"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 remuneración.

"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".

En este precepto constitucional es posible distinguir dos disposiciones diferentes aunque relacionadas: la primera, referida a la libertad de trabajo – contenida en los incisos primero y segundo –, consagrando la libertad de elección y su protección, y, la segunda – contenida en el inciso tercero –, referida a la no discriminación, consagrando el principio de igualdad en materia laboral.

En cuanto al principio de igualdad en materia laboral, contenido en el inciso tercero del artículo 19 Nº 16 de la Constitución, éste es la pieza clave del orden jurídico laboral en materia de discriminación, tanto por su rango jerárquico dentro del sistema jurídico nacional, como por su contenido, absolutamente innovador respecto de lo ya analizado en el ámbito internacional. En primer lugar, no cabe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio jurídico de igualdad (Art. 19, Nº 2 C.P.E.), cuya incorporación en el citado numeral de la libertad de trabajo se explica más bien por la materia que por su contenido. Así, el inciso tercero del número 16 del artículo 19 fija una regla fundamental: el principio de no discriminación en materia laboral posee rango constitucional y, en consecuencia, todas las normas restantes del sistema jurídico deben ajustarse a dicha disposición, considerando a la discriminación laboral un ilícito a nivel constitucional.

Por otro lado, la prohibición de discriminación laboral del inciso tercero del número 16,

tiene un alcance amplio en cuanto al sujeto imperado por la prohibición: no sólo alcanza a la ley y a las autoridades públicas, sino que extiende de la obligación de no discriminación a los particulares. Finalmente, esta norma califica de antemano como criterios inadmisibles para fundar en ellos distinciones de trato laboral "cualquier" motivo que no sea la capacidad o idoneidad personal, a diferencia del Convenio N° 111 de la O.I.T. que establece un *catálogo de criterios estrictamente enumerados, en consideración a los cuales la distinción es considerada discriminatoria.*

En cuanto al Código del Trabajo, sólo existe una disposición expresa referida a la prohibición de discriminación laboral. Dicha norma se encuentra comprendida en el artículo 2º:

"Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

"Son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. "En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias.

"Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de servicios".

De esta disposición, primero que nada, se puede concluir que lo que se pretende con esta modificación es introducir normas que constituyen una incorporación efectiva del Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Asimismo, se incorpora un mecanismo que hace efectivo el resguardo de los derechos fundamentales, en términos de compatibilizar la dignidad de los trabajadores y las medidas de control interno de la empresa, sin perjuicio de otras formas de amparo. Por otro

lado, esta norma guarda una manifiesta diferencia con la del artículo 19 N° 16 inciso tercero C.P.E. que ya revisamos, ya que mientras esta última sostiene que todo criterio no basado en la capacidad o idoneidad personal del trabajador debe ser considerado discriminatorio, el artículo 2º del Código del Trabajo sigue la línea del Convenio N° 111 de la O.I.T., enumerando un catálogo de criterios discriminatorios. No obstante, no cabe duda que la norma que fija el modelo antidiscriminatorio en el ámbito laboral en Chile es naturalmente, por su jerarquía, el artículo 19 número 16 inciso tercero de la Constitución, debiendo entenderse el artículo 2º del Código del Trabajo como una especificación hecha por el legislador del principio constitucional.

Así, en el ámbito laboral, no cabe duda que cualquier distinción de trato que se base en un criterio que no corresponda a la capacidad o idoneidad personal debe ser considerado discriminatorio, aun cuando no sea alguno de los señalados en el artículo 2º del Código del Trabajo (C.T.). Lo mismo se puede señalar respecto de la ex-

presión del artículo 2º C.T., que señala que *"nunquén empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias"*. Si bien el Código del Trabajo parece restringir la prohibición de discriminar sólo respecto del momento inicial de la relación laboral, en la etapa pre-ocupacional, ello sólo es un modo de reforzar la prohibición general de discriminación constitucional, que no contempla restricciones en este punto, atendido que ese es el momento en que más usualmente se verifican situaciones de discriminación.

En el Proyecto de Ley que modifica el Código del Trabajo, enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional en noviembre de 2000, se propone sustituir el inciso segundo del artículo 2º del C.T., por los siguientes:

"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, 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.

"El afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los tribunales del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones de derecho común, incluso el daño moral".

De acuerdo al texto del Mensaje Presidencial, lo que se pretende con esta modificación es introducir normas que constituyen una incorporación efectiva del Convenio Nº 111 de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Asimismo, se incorpora un mecanismo que hace efectivo el resguardo de los derechos fundamentales, en términos de compatibilizar la dignidad de los trabajadores y las medidas de control interno de la empresa, sin perjuicio de otras formas de amparo.

Lo que se pretende con esta modificación es introducir normas que constituyen una incorporación efectiva del Convenio Nº 111 de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Asimismo, se incorpora un mecanismo que hace efectivo el resguardo de los derechos fundamentales, en términos de compatibilizar la dignidad de los trabajadores y las medidas de control interno de la empresa, sin perjuicio de otras formas de amparo.

IV. REVISION DE ALGUNOS CASOS PARTICULARES DE DISCRIMINACION EN LAS RELACIONES LABORALES

Para poder determinar la existencia de posibles situaciones de discriminación en las relaciones laborales, es necesario verificar en cada caso dónde presuntivamente se presenta la misma, si el empleador obró entonces arbitrariamente, no respetando la igualdad de trato en el empleo y la ocupación o la debida igualdad salarial, o si adoptó medidas tendientes a perjudicar a su personal o a alguno de ellos, por causa de su raza, color, sexo, religión, nacionalidad, orientación sexual, estado civil, ideología,

opinión política o gremial, o por su posición económica, su consideración social o sus caracteres físicos.

No pretendemos aquí realizar una revisión integral y exhaustiva del catálogo de casos de discriminaciones laborales posibles, sino que solamente nos referiremos a algunas de ellas, las cuales aún subsisten y se presentan en nuestro país, en materia laboral.

a) Discriminación laboral por sexo

Este es un tema que históricamente se puso sobre el tapete con ocasión del acceso de la mujer al empleo, particularmente en la actividad industrial y de servicios. Precisamente, los Convenios de la O.I.T. ya citados tienden a que no existan diferencias salariales y de trato en el empleo y ocupación entre hombres y mujeres, donde sin duda ha existido un avance. No obstante, el nivel de remuneraciones entre ambos sexos sigue marcando diferencias en muchos países, entre ellos el nuestro.

Estas marcadas diferencias eran atribuidas, en un comienzo, a una supuesta mayor capacitación o fortaleza física por parte de los trabajadores varones, no obstante, en la actualidad guarda más bien relación con el tema de un mayor ausentismo laboral por parte de las trabajadoras mujeres. Lo anterior, no cabe en ningún caso imputárselo a las mujeres que laboran, sino que al sistema social y a la distribución de las cargas familiares que, por una tradición lentamente superada, impone las tareas domésticas a la esposa, incluyendo especialmente el cuidado de los hijos. La enfermedad de alguno de ellos, o aun del marido, la necesidad de concurrir al colegio de los hijos, etc., hace

que se produzca tal mayor ausentismo y ello se traduce en aquella consecuencia.

Existen, además, una serie de actividades calificadas como típicamente masculinas o femeninas. En estas actividades, la totalidad o casi la totalidad del personal de determinados sectores, está ocupado por uno o por otro sexo. Respecto de las mujeres, más allá de la capacitación particular necesaria, se dan explicaciones vinculadas al lugar de trabajo, la calidad de las tareas que exigen fuerza muscular, sus riesgos eventuales, como que pueden afectar la procreación, llegando a la conclusión de que sólo pueden ser realizadas por hombres. En otros casos, por el contrario, se señala que se requiere trato delicado, mayor paciencia, o hasta mostrar juventud y belleza, lo que impone las tareas para el sector femenino. Sirven como ejemplo de ambas situaciones, las tareas de la construcción o el trabajo marítimo, por un lado, y las educadoras de párvulos o las recepcionistas, por el otro.

Es posible que esta situación tienda lentamente a cambiar, y de hecho así ocurre con más fuerza en otros países, donde se ve a mujeres trabajar en las labores de la construcción, en el transporte naval y territorial, etc. No obstante, la propia O.I.T. ha aprobado Convenios con el especial propósito de proteger a la mujer en el trabajo, específicamente en tareas peligrosas o insalubres que, indirectamente, las dejan libradas a los trabajadores varones. Así tenemos, por ejemplo, el Convenio Nº 4 sobre trabajo nocturno, y el Convenio Nº 45 sobre trabajo subterráneo.

Mención aparte merece el tema de la maternidad, el cual también se atribuye a las discriminaciones que puede enfrentar la mujer en su trabajo, ya sea respecto de su maternidad real o posible. En nuestra legislación se pretende evitar el despido de la trabajadora por causa de maternidad, razón por la cual el artículo 201 del Código del Trabajo le confiere fuero laboral

durante el embarazo y hasta un año después de expirado su descanso de maternidad. Sólo con autorización judicial previa se le puede poner término al contrato de trabajo de la mujer embarazada. Como se puede ver, en nuestro país se garantiza a la mujer que no será despedida arbitrariamente en un período previo y posterior al parto, luego de haber comunicado su estado al empleador.

En 1975, declarado Año Internacional de la Mujer, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, que representa una especie de código de los principios actuales de la materia, especialmente en lo que respecta a las medidas de protección y de las acciones positivas necesarias. Asimismo, con relación al estado civil, situación familiar y responsabilidades respectivas, la O.I.T. las contempló en 1981, en el Convenio Nº 156 y la Recomendación Nº 165, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

b) Discriminación laboral por orientación sexual

Estrechamente vinculada a la discriminación por sexo se encuentra la discriminación laboral motivada por la orientación sexual de la persona. Esta discriminación se produce cuando arbitrariamente se alteran las condiciones laborales, se extingue la relación laboral, o bien se impide su acceso a una ocupación a personas que integran los que diversos autores han llamado "minorías sexuales". Claudio Kiper ha definido a las minorías sexuales como aquellos grupos de personas que se enfrentan de forma permanente, implícita o explícitamente, al orden establecido y se niegan a desempeñar el papel que les ha sido atribuido en su calidad de hombre o mujer, y se organizan cuando tienen esa posibilidad para reclamar la satisfacción de sus necesidades específicas y para ayudarse mutuamente. Agrega que responden a esta

definición los homosexuales, ya sean masculinos o femeninos.

No cabe otra cosa que considerar la situación de las minorías sexuales como un hecho social, que se presenta también en las relaciones laborales y que, en ocasiones, origina respuestas que se pueden considerar discriminatorias. Si dicha homosexualidad no tiene una manifestación externa, en la empresa o establecimiento, que pueda originar dificultades en la misma, o su conducta laboral no se encuentra afectada por su inclinación sexual, así como si

no se perturba a los compañeros de trabajo ni se afecta a la posible clientela de la empresa, esta conducta no aparece como propicia al poder disciplinario laboral, mientras aquellas circunstancias no se presenten.

En diversos países, es apreciable un cambio de mentalidad y de disposición con relación a las minorías sexuales, las que lentamente tienden a superar discriminaciones que antes eran habituales a su respecto, como en el orden penal, por ejemplo.

c) Discriminación laboral por edad

Este tema debe analizarse con relación a dos etapas distintas de la vida, particularmente laboral, la vejez y la juventud. El transcurso de los años, en general, afecta la capacidad laboral y el rendimiento probable de las personas que trabajan, por cuya razón la generalidad de las legislaciones en el mundo prevén para ese tiempo la posibilidad de dejar de trabajar y percibir, para su subsistencia, una jubilación. Las situaciones posibles de discriminación por vejez se presentan, en principio, cuando la persona tiene una edad avanzada –por decir una cifra, superior a los cincuenta años–, y pierde su trabajo. A partir de en-

tonces, es común que tenga dificultades por esa razón para conseguir otro empleo y que peligre su subsistencia por no tener la edad para jubilarse. Esto ocurre porque, salvo situaciones de reconocida capacidad o antecedentes notorios, la tendencia generalizada es cubrir la plazas vacantes con gente más joven, con una presunción muchas veces fallida, de que tal elemento influye en una mayor productividad.

No cabe otra cosa que considerar la situación de las minorías sexuales como un hecho social, que se presenta también en las relaciones laborales y que, en ocasiones, origina respuestas que se pueden considerar discriminatorias.

Mientras llega el tiempo de jubilarse, la persistencia de tal situación, con los magros beneficios sociales existentes para el desempleado, genera una situación personal que lleva a una verdadera frustración. Aquí aparece otro abuso que es frecuente, el tomar estas personas para trabajos transitorios o tareas de difícil aceptación por otros, que ellos aceptan porque no tienen otra posibilidad para satisfacer sus necesidades, más aún cuando tienen obligaciones familiares. Esto mismo se da aun con jubilados que, ante lo reducido de la pensión que perciben, vuelven a la actividad generalmente en forma subrepticia, integrando el vasto mundo de los trabajadores informales, contratados en precarias condiciones por empleadores que evaden las obligaciones legales.

La Conferencia Internacional del Trabajo de 1980, se ocupó de este tema en una parte especial de la Recomendación N° 162, sobre los trabajadores de edad, la cual se aplica "a todos los trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación". Esta Recomendación propicia medidas adecuadas para impedir cualquier discriminación en el empleo, para los trabajadores de edad avanzada, teniendo en cuenta particularidades propias de la edad y las propias condiciones de trabajo, así como las dificultades para su acceso a la jubilación. Admite la posibilidad de que se

fijen límites etarios para ciertas tareas, teniendo en cuenta sus circunstancias –como un piloto de aeronave, por ejemplo–, pero no puede significar ello la extinción de su contrato de trabajo, sin una consideración a sus consecuencias y la razón por la que ello ocurre. Diversas soluciones, como otras tareas o una jubilación anticipada, pueden ser fórmulas que permitan abordar estas situaciones sin prejuicios ni discriminaciones. Lo que no es posible, es propiciar la desprotección absoluta del trabajador por el solo transcurso de los años.

En materia de edad, como dijimos, las discriminaciones operan en los dos extremos. Después de referir algunas situaciones que pueden presentarse en las relaciones laborales con personas de edad avanzada (y no tan avanzada), haremos algunas consideraciones sobre la situación de los jóvenes y eventualmente de los niños. En primer lugar, destacamos como una conducta discriminatoria, respecto a los primeros, el abusar fraudulentamente de figuras laborales. En efecto, observamos que en muchos casos el aprendizaje y la formación no son más que una expresión establecida en un documento, que pretende vincular trabajo y estudio, con el propósito de capacitar a quien lo desempeña, para resultar simplemente la forma de contratar a un trabajador común, temporalmente y casi sin obligaciones laborales. Esto se aprecia también, en la contratación subrepticia de los mismos o pagando remuneraciones inferiores a las que al joven les correspondería, haciéndole cumplir más horas que las legales. Todo esto es discriminatorio y violatorio de los principios de igualdad salarial por igual tarea.

La O.I.T. se preocupó desde su origen por la situación de los menores, como resulta

Chile ratificó en febrero de 1999 el Convenio N° 138 de la O.I.T., sobre la edad mínima para contratar y, en julio de 2000, el Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, como la esclavitud, la venta y el tráfico de niños, la prostitución, la producción de pornografía, el tráfico de estupefacientes, etc.

de los Convenios iniciales, fijando pautas limitativas que los Estados debían introducir en sus respectivas legislaciones. Es dable observar que la edad mínima al efecto, de los catorce años, tanto para actividades industriales como no industriales, pasó a quince años en el Convenio N° 138 de la O.I.T. de 1973 y, en la Reunión de París en el Año Internacional del Niño, se propició elevarla a diecisésis, límite que ya se observa en la mayoría

de los países industrializados de Europa. En Chile, con la modificación introducida al artículo 13 del Código del Trabajo el año 2000, la edad mínima para celebrar un contrato de trabajo quedó en diecisésis años, estableciéndose la posibilidad de que los menores de diecisésis y mayores de quince años puedan contratar cumpliéndose determinados supuestos.

Por otra parte, Chile ratificó en febrero de 1999 el Convenio N° 138 de la O.I.T., sobre la edad mínima para contratar y, en julio de 2000, el Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, como la esclavitud, la venta y el tráfico de niños, la prostitución, la producción de pornografía, el tráfico de estupefacientes, etc.

d) Discriminación laboral por motivos de salud

La salud, como opuesto a la enfermedad, es un estado psicofísico que permite a las personas disfrutar plenamente de sus potencialidades, sin sentirse disminuidos por alguna afección, temporal o permanente, que los incapacite total o parcialmente. Desde luego que, para trabajar, la salud es una situación fundamental, que permite la disposición física y psíquica necesaria para cumplir las obligaciones y tareas que se han asumido. Normalmente se debe ingresar a trabajar, inicialmente, sano, excepto

que efectivamente se incorpore igual a la persona, a pesar de registrar alguna enfermedad. Esto se determina cuando el empleador cumple con el recaudo de efectuar un examen pre-ocupacional, en su propio interés y para no encontrarse con sorpresas en el tiempo. El tema, en lo que a nuestro estudio respecta, es saber si, detectada una enfermedad en el mentado examen, ello es suficiente para que la posibilidad ocupacional ceda y el empleador presunto desista de contratarlo.

En realidad, mientras no exista relación laboral, no han surgido aún obligaciones legales laborales, pero cabe preguntarse si tal actitud no importa un acto de discriminación. Al respecto, habría que considerar si se pidió al aspirante una declaración previa sobre su estado de salud y él mismo omitió mencionar al respecto la enfermedad encontrada, lo que podría importar una cierta mala fe o malicia. Si, por el contrario, la mencionó, detectarla en el examen pre-ocupacional no es más que una corroboración, y si el empleador dispone aun así la contratación, no puede luego alegar tal circunstancia para justificar su actitud, ya que estaríamos frente a un acto de discriminación.

El tema en análisis se vincula con una de las situaciones que más conflictos ha provocado, en el último tiempo, en las relaciones laborales. Se trata del SIDA o síndrome de inmunodeficiencia adquirida. Como es sabido, se trata de una enfermedad que afecta a las defensas inmunitarias de la persona y que, a través de otra u otras enfermedades, tiene casi seguramente un desenlace fatal. La resistencia a vincularse con quienes la poseen es notable, aunque el contagio sólo opera por limitadas vías. Como es evidente, en tal situación la capacidad laboral del trabajador disminuye, o se hace imposible por períodos, lo que lleva a no contratarlos laboralmente y, si lo están, buscar medios para segregarlos o despedirlos.

El tema del SIDA trae preocupación en la empresa. Luego de conocerse que un tra-

bajador padece de esta enfermedad, se busca que agote los tiempos legales de suspensión por enfermedad, o se le obliga a renunciar, o bien se encuentra la causa del despido en el deficiente rendimiento, sin hablar de su enfermedad, o hasta se le despiden por necesidades de la empresa, si tiene poca antigüedad, pagando la correspondiente indemnización. En definitiva, se le saca del medio laboral y esto es discriminatorio.

Una declaración conjunta de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) y la O.I.T., en la Reunión Consultiva sobre el SIDA y el lugar de trabajo, efectuada en 1988 en Ginebra, establece, en cuanto a los exámenes de detección, que el trabajador afectado por SIDA no tiene obligación de informar a su empleador acerca de su relación con dicha enfermedad. En el simposio internacional de reflexión sobre el SIDA, reunido en París en 1987, se señaló que merece ser condenada toda acción inspirada por motivos discriminatorios, encaminada a negar empleo a personas portadoras del virus o a despedirlas.

e) **Discriminación laboral y discapacidad**

Dentro del conjunto de personas que, en nuestro tiempo, sufren algún tipo de discriminación se hallan, precisamente, los discapacitados, y esto ocurre principalmente por ignorancia y por prejuicios. Existe el mito de presentarlos como dependientes o en estado de lástima, sin embargo, lo correcto es visualizarlos sin exagerar sus incapacidades, con el objeto de que gocen de un sistema real de oportunidades y de trato. Hay que reconocer que las personas en tal estado, que se dice componen por lo menos el 2% de la población mundial, tienen discapacidades dispares, algunas leves y otras más profundas, lo que origina grandes dificultades con relación a su atención y trato. Las medidas adecuadas para algunos de ellos no lo serían para otros, así como la política a seguir a su respecto. Lamentablemente, sólo una parte de ellos

tiene posibilidades para incorporarse al mundo laboral, efectuando la preparación necesaria al efecto y dotándolos, en su actividad, de todo el apoyo de medios adecuados para poder llevar adelante sus tareas.

Cabe señalar que hemos utilizado para tipificarlos una de las designaciones con que se les refiere –discapacidad–, que en este caso es la utilizada por la legislación chilena y la Organización de Estados Americanos. No obstante, en los documentos de la O.I.T. se les denomina como inválidos –Convenio N° 159, por ejemplo–, y en Naciones Unidas como impedidos, como en la Declaración de los Derechos de los Impedidos, de 1975.

En cuanto a su definición, la Ley N° 19.284, de integración social de las personas con discapacidad, en su artículo 3º dice que para los efectos de esa ley, se entenderá por persona con discapacidad "toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que la hubiere originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social". Desde la perspectiva laboral, la O.I.T. en su Convenio N° 159, de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, establece un concepto mucho más amplio, señalando que inválida es "toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo, quedan substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida".

Es claro que debe facilitarse al discapacitado, en la medida de su capacidad disminuida, participar en la vida de la sociedad en todas sus dimensiones y a todos los niveles posibles. Para ello, deben converger dos ineludibles líneas de política social: por un lado, procurando la capacitación y readaptación profesional y, por otro, la inte-

gración a la vida social, mediante la creación de empleos compatibles con la capacidad laboral remanente del discapacitado.

Tanto el Convenio N° 159 como la Recomendación de la O.I.T. sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, contiene una serie de medidas posibles que pueden servir de base a la preparación profesional y a la integración social de estas personas. Así, en el artículo 7º del Convenio N° 159 se dispone que las autoridades nacionales competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo, además, siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias.

En el orden nacional, la Ley N° 19.284, de 1994, dispone en su artículo 33 que el Estado, a través de los organismos pertinentes, promoverá la capacitación laboral de las personas con discapacidad, creando programas especiales con el fin de permitir e incrementar su inserción al trabajo. Por otro lado, se señala en su artículo 36 que corresponderá además al Estado crear condiciones y velar por la inserción laboral de las personas con discapacidad, a objeto de asegurar su independencia, desarrollo personal, ejercicio del derecho a constituir una familia y a gozar de una vida digna.

f) Discriminación laboral por origen social o apariencia personal

Podría afirmarse que en las sociedades modernas todos los individuos son iguales ante la ley. No obstante, es posible que lo sean ante ella pero la realidad nos muestra que persisten numerosas desigualdades sociales, difíciles de erradicar y que se presentan ante nosotros diariamente, como la mendicidad en las calles, las sórdidas viviendas

de las poblaciones marginales, las víctimas del alcoholismo y la drogadicción, los ex convictos, la prostitución y otras muestras de marginalidad social.

En este tema, la última encuesta sobre intolerancia y discriminación realizada en todo el país por la Fundación Ideas, reflejó que un 48,2% de los encuestados se manifestó en algún grado de acuerdo con la afirmación de que los pobres son pobres porque no se han esforzado por salir de su situación. Lo anterior, no deja de reflejar un cierto clasismo respecto de las personas de más escasos recursos, lo que también se ve manifestado a nivel de conductas sociales.

En el campo laboral se advierte el problema, particularmente en la contratación del personal donde, tanto para las actividades comerciales como administrativas, la selección toma en cuenta alguna de las circunstancias que hemos apuntado, como el origen social del postulante, sobre todo cuando la tarea se cumple con relación a otras personas de mejor situación económica. Como dijimos al analizar la discriminación por motivos de salud, en esta etapa pre-ocupacional es difícil detectar la discriminación, porque no hay obligación precisa de contratar, y la contratación debe acomodarse a las necesidades de personal del empresario, vinculadas necesariamente, en su caso, con el público que atiende o con el que alterna.

La vestimenta puede constituir un elemento propicio para detectar en el personal un origen social no deseado o una situación cultural reprochable, a criterio del empleador. Tal vez sea una de las razones del por qué, en algunas empresas, se uniforma al personal con un atuendo común, que impide el

uso de vestimentas particulares en el ámbito del trabajo. Así nos acercamos al otro aspecto del tema que es la apariencia personal. El empleador puede exigir, razonablemente, una presentación decorosa a su empleado, en cuanto al aseo, vestimenta o corrección general, más aún si se encuentra establecido en el reglamento interno de la empresa. No obstante, se debe tener el cuidado suficiente de no llegar al extremo de que el empleador termine entrometiéndose en aspectos que dicen relación con la privacidad del trabajador.

V. CONCLUSIONES

Este trabajo ha tenido el propósito de analizar el tema de la discriminación laboral así como los posibles casos que suelen ocurrir en las relaciones laborales. Pues bien, consideré que era necesario en primer lugar tener una visión genérica del problema, para luego tratar con más detenimiento algunas de aquellas discriminacio-

nnes que se pueden dar con más frecuencia, o que han podido tener un mayor conocimiento público. En rigor, la gama de situaciones en esta materia es múltiple, pero en buena parte oculta y la grave situación social, especialmente el riesgo de perder el empleo, son circunstancias que sirven para ocultarlas de la vista y de su posible repudio.

Es interesante tener presente, además, la forma en que el derecho internacional y, especialmente, nuestra legislación ha ido combatiendo la discriminación en las relaciones laborales. Sin duda que el sistema jurídico chileno aún es incipiente en esta materia, no obstante, la intervención de los actores sociales también es necesaria. Debe darse particular importancia a la divulgación y al conocimiento de los derechos y deberes de trabajadores y empleadores. Debe

requerirse a las organizaciones de ambos, una colaboración en la denuncia de irregularidades, ya que de esta forma sería más fácil poder superarlas. Los contratos colectivos y los reglamentos de las empresas deben contener normas al respecto, y dotarse de la institucional necesaria para ello (empleados a cargo de recibir las denuncias, etc.).

Finalmente, toda acción del Estado tendiente a superar situaciones de discriminación tiene que ser complementada con la convicción por parte de los ciudadanos de que la efectiva vigencia del principio de igualdad ante la ley, exige el pleno respeto de todas las personas,

cualquiera sea su raza, color, sexo, orientación sexual, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o discapacidad. Actualmente, se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley originado en una moción del diputado Gutenberg Martínez, el cual penaliza los actos de discriminación, estableciendo una nueva circunstancia agravante en el artículo 12 del Código Penal y creando nuevas figuras penales. De la misma forma, sería conveniente que en el futuro se estableciera expresamente en nuestra legislación laboral la figura del despido arbitrario, para el cual se contempla una indemnización agravada, como ocurre actualmente en otros países.

BIBLIOGRAFIA

1. Castillo Faura, Ximena. Convención de los Derechos del Niño. TUCH. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1991.
2. Castro Castro, José Francisco. Los grupos o sectores vulnerables o tradicionalmente discriminados ante el derecho internacional. TUCH. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2000.
3. Evans, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 1994.
4. Kiper, Claudio Marcelo. Derechos de las minorías ante la discriminación. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1998.
5. Martínez Vivot, Julio. Las mujeres y los menores ante el derecho del trabajo. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1981.
6. Martínez Vivot, Julio. La discriminación laboral. Despido discriminatorio. USAL. Buenos Aires, Argentina. 2000.
7. Ministerio de Planificación y Cooperación. Ley de integración social de las personas con discapacidad. Santiago de Chile. 1994.
8. Oficina Internacional del Trabajo. Las normas y la acción de la O.I.T. para la eliminación de la discriminación y la promoción de la igualdad de oportunidades en el empleo. O.I.T. Ginebra, Suiza. 1984.
9. Oficina Internacional del Trabajo. Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. O.I.T. Ginebra, Suiza. 1985.
10. Pacheco Gómez, Máximo. Los derechos humanos. Documentos básicos. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 1992.
11. Ugarte Cataldo, José Luis. La igualdad jurídica y la discriminación laboral, revisión de algunas situaciones problemáticas. TUCH. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1997.