

IX CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(Del 2 al 4 de Octubre del 2013) Guayaquil – Ecuador

Cuestionario

Tema 1: El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo.

María Cristina Gajardo Harboe¹ – mgajardo@derecho.uchile.cl
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho – Universidad de Chile

- 1. ¿Contiene la enunciación de fuentes del ordenamiento jurídico de su país la jurisprudencia como una fuente formal del Derecho? De ser así, ¿cuál es el rango jurídico de las disposiciones que así lo contemplan?**

En el ámbito específico del Derecho del Trabajo, se indica en el artículo 459 N°5 del Código del Trabajo, dentro de los requisitos de la sentencia definitiva, indicar “los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda.”

No se consigna de un modo expreso la jurisprudencia, en razón de que en nuestro sistema las sentencias jurisdiccionales sólo tienen efecto relativo, es decir, afectan y son vinculantes para el caso concreto en que se dictaron y no obligan para casos futuros. Los preceptos legales que sustentan esta afirmación los encontramos en el artículo 3° del Código Civil, y también en el artículo 483 – C del Código del Trabajo, referido al recurso de unificación de jurisprudencia a que nos referiremos más adelante.

Siendo así, es posible sostener que en Chile la jurisprudencia es *fuentes material* del derecho, entendida como un elemento o factor que provoca la aparición de la norma jurídica positiva que rija con efecto general.

¹ Mis agradecimientos a las ayudantes de la cátedra, Nicole Bustos y Solange González, quienes aportaron información para la realización del presente informe.

2. ¿Cuál es la fuerza vinculante de la jurisprudencia en su país respecto de otras resoluciones?

El artículo 3° del Código Civil establece en su inciso segundo: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.*” Es el efecto relativo de las sentencias, que vuelve a aparecer en el artículo 483 – C del Código del Trabajo, que establece: “*El fallo que se pronuncie sobre el recurso – de unificación de jurisprudencia – sólo tendrá efecto respecto de la causa respectiva, y en ningún caso afectará a las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedente.*” (el destacado es nuestro).

3. ¿Existen medios para dar publicidad a la jurisprudencia? De existir ¿Cuáles son estos y cuál es el nivel de acceso de esta jurisprudencia a la población?

El Poder Judicial cuenta con el portal www.poderjudicial.cl, de acceso general y gratuito, en el cual es posible acceder a todas las sentencias dictadas por los tribunales de justicia del país. Esta búsqueda es eficiente cuando se conoce el número de la causa en tramitación, o la individualización de las partes involucradas en el asunto, pero resulta casi imposible en aquellos casos en que la búsqueda es orientada por descriptores conceptuales, como es el caso de la “*discriminación*”, en que necesariamente hay que recurrir a bases de datos privadas – contratadas – a fin de obtener el material requerido.

Un caso de excepción, en que la propia ley obliga a publicar jurisprudencia, es el de condenas en sede laboral, por vulneración de los derechos fundamentales amparados por el Procedimiento de Tutela Laboral², en que una vez dictada la sentencia, el tribunal debe remitir copia de ella a la Dirección del Trabajo (artículo 495, inciso final, Código del Trabajo). Si bien este organismo fiscalizador no tiene la práctica de publicar estas sentencias, dispone de la información necesaria y cuenta con la facultad para hacerlo, desde que los fallos de los tribunales de justicia son de acceso público.

También en el ámbito de los derechos fundamentales, pero sólo en materia de prácticas antisindicales, el artículo 294 bis del Código del Trabajo dispone, esta vez de manera explícita:

² Artículo 19 de Constitución Política de la República, en sus siguientes numerales: N°1 Derecho a la Vida y a la Integridad Física y Psíquica, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de la relación laboral; N°4 El Respeto y Protección a la Vida Privada y a la Honra de la Persona y su Familia; N°5 La Inviolabilidad del Hogar y de Toda Forma de Comunicación Privada; N°6 inciso primero: La Libertad de Conciencia y Religiosa; N°12 inciso primero: La Libertad de Emitir Opinión y de Informar sin Censura Previa; N°16: La Libertad de Trabajo, a la Libre Elección y la no Prohibición de Ninguna Clase de Trabajo. También se incluyen dentro de las garantías protegidas por el procedimiento de tutela laboral los actos discriminatorios del artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción del acceso al empleo, la acción de indemnidad por fiscalizaciones o denuncias, y las prácticas antisindicales.

“La Dirección del Trabajo deberá llevar un registro de las sentencias condenatorias por prácticas antisindicales o desleales, debiendo publicar semestralmente la nómina de empresas y organizaciones sindicales infractoras, Para este efecto, el tribunal enviará a la Dirección del Trabajo copia de los fallos respectivos.”. El cumplimiento de este precepto se puede observar en el sitio www.dt.gob.cl

4. ¿Existe en su país algún mecanismo de unificación de la jurisprudencia?

El artículo único N°18 de la Ley N°20.260, publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de marzo de 2008, estableció por primera vez en Chile el recurso de unificación de jurisprudencia, incorporando al Código del Trabajo los artículos 483, 483 – A, 483 – B y 483 – C, que en síntesis consagran lo siguiente:

- Es un recurso excepcional que procede en contra de la sentencia que falle un recurso de nulidad laboral, y es conocido por la Corte Suprema.
- Procederá cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia.
- El fallo que se pronuncie sobre el recurso sólo tendrá efecto respecto de la causa respectiva y no es susceptible de recurso alguno.

5. ¿Se ha dado en su país algún factor jurídico o de otra índole que haya potenciado el papel de la jurisprudencia en el campo laboral?

Sostenemos que por el contrario, aun existiendo un recurso de unificación de jurisprudencia, cuyo fin es establecer lineamientos generales a seguir por los tribunales una vez unificada la jurisprudencia en algún sentido, tal finalidad no se ha cumplido por los tribunales de inferior jerarquía, que siguen fallando conforme a su parecer.

Un buen ejemplo de ello es el criterio utilizado para el cálculo de las indemnizaciones por años de servicios, que en su mayoría ha sido unificado en el sentido de que en él se excluyen las asignaciones de colación y movilización, no obstante los jueces de la instancia las siguen incluyendo³.

El motivo, para algunas posturas radica en la integración de la Cuarta Sala de la Corte Suprema.

6. ¿Cuáles instrumentos de derecho humanitario internacional, en relación con el principio de no discriminación en el empleo, se utilizan con más frecuencia en los tribunales de su país y cuál es la fuerza vinculante de tales instrumentos?

³ Sentencia de unificación dictada el 26 de enero de 2011, en causa Rol 7362-2010, Corte Suprema. En fecha reciente, sentencia de 18 de enero de 2013, en causa Rol 2202-2012, Corte Suprema.

Es común encontrar en nuestros tribunales fallos que hacen referencia a la Convención Interamericana de Derechos Humanos en cuanto se pronuncian sobre el principio de no discriminación arbitraria, que deriva del derecho de igualdad ante la ley, reconocido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución Política en el artículo 19 N°2 y cuya materialización concreta en el ámbito laboral se encuentra en el artículo 19 N°16 inciso 3° de la Carta Fundamental.

Asimismo, nuestros tribunales invocan en temas de discriminación en el empleo, el convenio OIT 111, cuyo reconocimiento por parte del legislador se encuentra en el artículo 2 del Código del Trabajo y el Convenio OIT 169 en lo relacionado con la discriminación que pudiere afectar a los pueblos indígenas.

De acuerdo al artículo 5° de la Constitución Política, y en la medida de su ratificación, éstos instrumentos humanitarios ingresan al derecho interno, constituyendo incluso un límite a la soberanía del estado y con fuerza vinculante supra legal.

7. ¿Ha ratificado su país los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo? La jurisprudencia de los tribunales de su país ¿aplica estos convenios? Aparte de los dos convenios anteriores, ¿Qué otros convenios de OIT o convenciones de la ONU ha ratificado su país en temas tales como protección de trabajadores migrantes, protección de la población indígena, protección de los derechos de la mujer, o protección de cualquier otra minoría?

Chile en 1971 ratificó tanto el Convenio 100 como el Convenio 111 de la OIT, siendo el más aplicado por nuestros tribunales el Convenio 111 en lo relativo a la discriminación en el empleo. Esta aplicación se ha efectuado de dos maneras, la primera de ellas ha sido invocando directamente en la sentencia el Convenio OIT 111 y la segunda, a través del artículo 2 del Código del Trabajo, que recoge en texto legal expreso, las disposiciones del Convenio 111 de la OIT en lo concerniente a los tipos de discriminación.

Distinto es lo que ocurre con el Convenio OIT 100, creado para garantizar, promover y proteger el principio de la igualdad de remuneración del salario entre hombres y mujeres, pues si bien se encuentra ratificado por Chile, no ha sido aplicado frecuentemente por nuestros tribunales, y las normas de rango legal no han tenido la eficacia que se esperaba⁴.

Respecto de otros Convenios OIT ratificados por Chile, se encuentra el Convenio 169 sobre protección a los pueblos indígenas y minorías tribales, el Convenio OIT 103 sobre protección a la maternidad y Convenio 87 y 98 sobre negociación colectiva y libertad sindical. Tanto los Convenios OIT 169 como 87 y 98 tienen una frecuente aplicación por parte de nuestros tribunales.

⁴ Con motivo de la ratificación por Chile del Convenio N°100 de la OIT, se promulgó la Ley N°20.348, publicada en el Diario Oficial de 19 de junio de 2009, en que se consagró el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo.

Por último, Chile ha firmado y ratificado las distintas Convenciones de la ONU que buscan la protección de estos grupos, dentro de ellas se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 1966, Pacto Internacional de los Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

8. ¿Existe regulación específica a nivel constitucional, en su país, para regular el principio de no discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y en relación con la terminación del empleo?

Las normas constitucionales que lo consagran son el artículo 19 N°2, que establece el principio de igualdad ante la ley en términos generales, y el N°16 del mismo precepto constitucional que señala en su inciso tercero:

“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 el ámbito legal, se encuentra el artículo 2° del Código del Trabajo, que establece entre sus incisos tercero a noveno, la siguiente regulación:

Inciso 3°: “*Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.*”

Inciso 4°: “*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.*”

Inciso 5°: “*Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.*”

Inciso 6°: “*Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.*”

Inciso 7°: “*Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.*”

Inciso 8°: “*Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren.*”

Inciso 9º: “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 los servicios”.

Este modelo de regulación admite a lo menos las siguientes consideraciones:

- i) El precepto constitucional es amplio y abierto, en tanto reconoce de un modo general el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación.
- ii) El artículo 2º del Código del Trabajo, en especial en su inciso cuarto, contiene un listado de criterios de discriminación sujetos a sospecha, de manera tal que facilita la carga probatoria ante la utilización de tales criterios. No obstante, quedan fuera de este listado importantes criterios que debieran considerarse, atendida la frecuencia con que se plantean en la vida laboral, v.gr. homosexualidad, VIH, adicción a drogas.
- iii) En lo referido al acceso al empleo, si bien se consagra en el inciso séptimo la prohibición de discriminar, no existe una norma procesal que permita hacer efectiva la responsabilidad de potenciales empleadores que vulneren tal prohibición, dado que este inciso se encuentra expresamente excluido del procedimiento de tutela laboral por el artículo 485 del Código del Trabajo.

9. ¿Existe la práctica de contemplar en los convenios colectivos de su país la regulación y solución de medidas discriminatorias en el empleo? Si la respuesta fuera positiva, ¿cuáles son las regulaciones más frecuentes?

No existe una tendencia generalizada sobre la materia que pueda ser citada como regulación frecuente.

10. Dejando por fuera la discriminación por raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social ¿Existe algún otro tipo de discriminación debidamente tipificada o contemplada por la jurisprudencia de su país, que no se haya mencionado en los apartados anteriores?

En Chile podemos encontrar casos de discriminación sindical por parte del empleador, que se concretizan -entre otras- en acoso laboral a empleados sindicalizados o dirigentes, con amenazas a trabajadores que quieren sindicalizarse, también despidos como represalia a acciones sindicales; estos casos se resuelven en el ámbito jurisdiccional a través de procedimientos de denuncia de prácticas antisindicales.

En la experiencia reciente se han revelado nuevas formas de discriminación en cuanto a origen y méritos, como es el caso de profesionales europeos que emigran a Chile con remuneraciones entre un 30% a 40% más bajas que sus pares locales, contando con altos grados de cualificación,

e incluso mayor que los locales, en las materias respectivas⁵. Estos casos aún no han sido resueltos en sede judicial.

Todas las prácticas anteriores implican la infracción del artículo 2° del Código del Trabajo y, además, un incumplimiento contractual, siendo un deber el de no discriminar durante el contrato de trabajo, y también en sede extracontractual, en las etapas pre o post contractual.

11. ¿Cuáles son los grupos o sectores más afectados por la discriminación en el campo laboral en su país? ¿Qué medidas discriminatorias son las que atienden los tribunales con más frecuencia, en relación con el empleo?

No se disponen estudios estadísticos serios que respalden la discriminación en el campo laboral chileno. En efecto, periódicamente se realiza un análisis estadístico liderado por la Dirección del Trabajo, denominada “Encla”, siendo la principal y más completa encuesta sobre condiciones de trabajo y relaciones laborales que se realiza en Chile. Sus seis versiones anteriores han servido de valioso insumo para el diseño de políticas públicas en el ámbito laboral y referencia obligada para los participantes de las discusiones que suscita la agenda pública en estas materias.

En la séptima Encla, realizada durante el año 2011, no se contiene información precisa sobre la materia consultada⁶

Respecto de las medidas discriminatorias que con más frecuencia se atienden en los tribunales, en relación al empleo, deben citarse las siguientes: discriminación por embarazo, con motivo del término de contratos a plazo fijo de mujeres⁷, y despidos de dirigentes sindicales o trabajadores sindicalizados⁸.

12. ¿Cuáles considera usted son los retos a los que se enfrenta su país en la tutela de la no discriminación en materia laboral? ¿Qué situaciones quedan por fuera de la actual regulación?

El modelo chileno de no discriminación contempla una adecuada regulación, y el verdadero reto se encuentra a nivel jurisdiccional, en tanto los casos que llegan a conocimiento de los tribunales de justicia, sean estos civiles (por situaciones ocurridas en el acceso al empleo) o laborales (por casos que afecten a trabajadores ya contratados laboralmente), son de escasa ocurrencia.

⁵ Reportaje de La Tercera del 3 de marzo de 2013 por Jorge English.

[<http://diario.latercera.com/2013/03/03/01/contenido/negocios/27-131187-9-profesionales-espanoles-emigran-a-chile-con-sueldos-30-a-40-mas-bajos-que-sus.shtml>]

⁶ http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-101347_recurso_1.pdf [26 de marzo de 2013]

⁷ Sentencia de 7 de septiembre de 2010, Rol 635-2010, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 24 de julio de 2012, Rol 67-2012, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 14 de noviembre de 2011, Rol 57-2011, Corte de Apelaciones de Chillán.

⁸ Sentencia de 25 de julio de 2011, Rol 148-2011, Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 20 de junio de 2012, Rol 33-2012, Corte de Apelaciones de Concepción.

Chile enfrenta hoy una tasa de desempleo a nivel nacional de 6,2%, es decir, estamos cercanos a una situación de pleno empleo⁹, lo que debiera operar en favor de una efectiva tutela de la no discriminación, porque el temor a perder un empleo en que se discrimina desaparece, ante la expectativa de obtener otro igual o incluso mayor.

13. ¿Qué tratamiento ha dado la legislación interna de su país a la carga de la prueba en temas de discriminación en las relaciones de trabajo?

La regla general en materia de prueba en el procedimiento ordinario laboral chileno es la del artículo 456 del Código del Trabajo, que establece:

“El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

“Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.”

Conforme a este parámetro, el juez valora la prueba según las normas de la sana crítica.

En los casos en que se aplica el procedimiento de tutela de derechos fundamentales¹⁰, rige el artículo 493 que establece:

“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 base en esta norma legal, y siendo la parte denunciante generalmente un trabajador, se impone al demandado – generalmente el empleador – el deber de justificar su conducta. No se trata de una inversión de la carga probatoria que la legislación contempla de un modo general¹¹, sino de algo diferente

Al trabajador la norma le exige un requisito de admisibilidad de la acción, al tener que acompañar a lo menos “*indicios suficientes*”, representados por antecedentes de cualquier naturaleza que permitan al sentenciador suponer como efectivo o a lo menos creíble, el relato en cuanto a la ocurrencia de la conducta vulneratoria del derecho fundamental.

Al empleador la norma le exige que, una vez establecidos estos antecedentes, proporcione una justificación suficiente de la medida o conducta cuestionada, que compruebe su razonabilidad y proporcionalidad.

⁹ <http://www.ine.cl/> [26 de marzo de 2013]

¹⁰ Que reiteramos, ampara sólo al catálogo de derechos expresamente considerados por el artículo 485 del Código del Trabajo y no es de aplicación general.

¹¹ De acuerdo al artículo 1698 del Código Civil, quien alega la existencia de un derecho o una obligación debe probarlo, precepto que rige en todo el ordenamiento jurídico salvo norma expresa en contrario.

Ahora bien, si el criterio para la discriminación es alguno de los sujetos a sospecha especial por el artículo 2°, inciso cuarto, del Código del Trabajo, será suficiente para el trabajador aportar el indicio de que tal criterio fue utilizado. En caso de otros criterios (v.gr. VIH, homosexualidad, adicción a drogas, etc.) el trabajador deberá además acreditar que el criterio en cuestión no ha sido justificado ni razonable, y/o que no permitía definir capacidad o idoneidad personal.

14. ¿Existe en el ordenamiento jurídico de su país alguna vía procesal especial, distinta de la ordinaria, para el conocimiento por parte de tribunales administrativos o judiciales de los reclamos y denuncias por violación al principio de no discriminación? ¿Qué mecanismos se han implantado para la denuncia por parte de los afectados?

Con fecha 24 de julio de 2012 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación. Cabe destacar que el impulso decisivo para que esta ley fuera aprobada en el Congreso Nacional estuvo en el asesinato a través de una golpiza, de un joven homosexual en marzo del año 2012.

Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho cuando se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, debe elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. No se restringe su aplicación a un listado reducido de garantías, como ocurre con el procedimiento de tutela en el Código del Trabajo chileno.

La acción de no discriminación arbitraria la pueden presentar los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión.

La acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado.

También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aún teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla.

El tribunal declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio.

Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal.

El primer caso conocido por esta nueva ley fue fallado con fecha 10 de diciembre de 2012 por el Tercer Juzgado Civil de Santiago, que acogió una denuncia presentada por dos mujeres contra Sociedad Comercial Marín Limitada, propietaria de un motel que les denegó el ingreso, por su condición sexual¹². La empresa demandada

Nos parece que esta ley permite proteger en un ágil procedimiento, una amplia gama de situaciones discriminatorias, lo que no existe en nuestro Derecho del Trabajo, y si bien suple un vacío, tendrá el inconveniente de ser conocida por jueces no especializados.

15. ¿Contempla el ordenamiento jurídico de su país formas de discriminación positiva que se manifiesten en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de su terminación? ¿Ha creado la jurisprudencia en su país alguna forma de discriminación positiva que no esté en la legislación?

En cuanto a formas de discriminación positiva en el ordenamiento jurídico chileno, es posible citar el **sistema de fueros laborales** que protegen a los padres en caso de muerte de los hijos, a la mujer embarazada, a los dirigentes de organizaciones sindicales y de grupos negociadores durante procesos de negociación colectiva, además de los integrantes de comités paritarios de higiene y seguridad¹³.

En materia de **término del contrato de trabajo**, el artículo 161 bis del Código del Trabajo establece que: “La invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo.”

No existen otros ejemplos claros de formas de discriminación positiva, siendo menester señalar que en nuestro sistema no hay cupos reservados a sectores tradicionalmente discriminados.

En el ámbito jurisprudencial, no existen situaciones resueltas que determinen una tendencia, en orden a establecer formas de discriminación positiva no presentes en la legislación. Hasta hace unos años pudo ser el caso del desafuero de la mujer embarazada, por la causal de vencimiento del plazo del contrato de trabajo, en que los tribunales no autorizaban el término del contrato, no obstante el vencimiento del plazo, atendido el bien jurídico superior que había de protegerse representado por el niño en gestación; sin embargo, con el tiempo esta postura se ha hecho menos frecuente.

¹² La empresa demandada fue condenada al pago de una multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales. Una Unidad Tributaria al 25 de marzo de 2013 ascendía a \$40.085 pesos chilenos, esto es, a USD 85 dólares americanos aproximadamente.

¹³ Artículos 66, 183 – AE, 201, 221, 224, 229, 235, 238, 243, 274, 283, 302 y 309 del Código del Trabajo.

16. Si la respuesta a alguna de las preguntas anteriores fuera afirmativa, ¿cuál ha sido la suerte en la vida práctica de esa discriminación positiva? ¿Se aplica tal como es enunciada normativamente?

Las normas sobre fueros laborales se cumplen en la vida práctica, así como también la referida a la prohibición de despido por invalidez.

17. ¿Qué tipo de sanciones se establecen en su país contra la discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de la terminación del empleo?

En el acceso al empleo deben operar las normas generales, contenidas en la reciente Ley N°20.609 que Establece Medidas Contra la Discriminación. La sanción contemplada es una multa, que puede variar entre 5 a 50 unidades tributarias mensuales.

Durante el empleo y con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, existe la posibilidad de aplicar multas dentro del rango de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, y la obligación de indemnizar al trabajador afectado con un monto que puede oscilar entre 6 y 11 remuneraciones mensuales, a título de sanción y sin perjuicio de las indemnizaciones por término de contrato a que tenga derecho. Así lo establece el artículo 495 del Código del Trabajo.

18. ¿Existe algún proyecto de reforma legal para el establecimiento de procedimientos especiales que brinden mayor protección frente a la discriminación en el empleo o para tipificar nuevas formas de discriminación en ese campo?

Existen en trámite parlamentario escasas iniciativas de ley en la materia, destacando¹⁴:

Boletín 6325-13: Sobre no discriminación en materia de remuneraciones de los servidores públicos.

Boletín 7167-13: Resguarda igualdad de remuneraciones.

No hay mayor cantidad de iniciativas recientes, dada la promulgación de la Ley N°20.609 que tiene un ámbito de aplicación amplio.

19. ¿Ha sido el Estado de su país condenado alguna vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones al principio de no discriminación? Si fuera así ¿podría usted hacer un breve resumen del caso e indicar si hubo un debido cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la Corte?

Pese a que nuestro ordenamiento sí ha sido condenado por discriminación en otros ámbitos¹⁵, en materia de discriminación laboral específicamente nuestro país jamás lo ha sido, por lo que

¹⁴ www.bcn.cl

tampoco se han impuesto sanciones en cuanto al mejoramiento de normas laborales o adecuación de las leyes aplicables.

Santiago de Chile, 2 de abril de 2013

¹⁵ Sentencia de 24 de febrero de 2012, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Atala Riffo y Niñas v/s Chile". Jaqueline Karen Atala Riffo es una abogada chilena y Jueza, conocida como la primera y única jueza chilena asumida públicamente lesbiana. Demandó al Estado chileno ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por discriminación luego que la Corte Suprema chilena le negara la tuición de sus hijas producto de su convivencia con una pareja homosexual.