La lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad

Sergio Gamonal Contreras
Profesor Derecho del Trabajo
Universidad Adolfo Ibáñez

1. Discriminación por razón de sexo y derecho del trabajo.

El nacimiento del derecho del trabajo como rama protectora del más débil en la relación laboral, representa uno de los avances más importantes en la búsqueda de un ordenamiento más justo y de una real igualdad de oportunidades.

El derecho laboral se ha caracterizado por constituir un área en permanente evolución, una normativa abierta a los constantes avances del mundo del trabajo, lo que permite su dinamismo y actualidad no obstante los diversos cambios en las relaciones laborales. En este contexto, por ejemplo, el surgimiento de la nueva economía o de la fábrica flexible, ha inducido cambios en el derecho laboral que le permiten adaptarse a estas nuevas realidades sin desproteger al trabajador, potenciando la autonomía colectiva o la fiscalización y control estatal del cumplimiento de las normas.

Una de las novedades más trascendentes en las relaciones laborales de los últimos decenios, ha sido la masiva incorporación de la mujer al mundo del trabajo. Esta incorporación ha implicado que la familia tiene una nueva fuente de ingresos, que las mujeres son más independientes, los hombres han debido asumir nuevos roles como padres y la sociedad toda se ha visto beneficiada por el aporte inteléctual de una mitad de la población relegada hace centurias del espacio público.

Lamentablemente, la liberalización de la mujer, su derecho a sufragio, la posibilidad de estudiar y trabajar, no han significado el fin de las postergaciones y discriminaciones. En nuestro país, por ejemplo, la participación de la mujer en la fuerza de trabajo representaba el 38% en 1998 (encuesta CASEN), y según el informe bienal del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (Unifem), los salarios femeninos en la industria y servicios representan el 73 % de los salarios masculinos.

Dicho informe da cuenta de que en las labores menos calificadas los salarios femeninos son más parecidos a los de los hombres, a diferencia de los trabajos de mayor responsabilidad, donde la mujer puede llegar a ganar un 40% menos que un hombre en un puesto similar. Esta diferencia remuneracional no se debe a la eventual posibilidad de embarazo de la mujer trabajadora, cuyo costo es asumido por el Estado, debiendo el empleador sólo mantener el puesto de trabajo y contratar un reemplazante para el período de pre y post natal.

Cabe agregar que la discriminación en el mundo del trabajo es un fenómeno mundial, que afecta la vida de muchas mujeres y que llama la atención de la comunidad internacional por el atentado a la dignidad personal que conlleva. Debemos considerar, además, que gran parte de las políticas de superación de la pobreza en nuestro país se encuentran focalizadas a las mujeres jefas de hogar, con cuyo trabajo financian la educación de sus hijos, única posibilidad de romper el círculo vicioso de la pobreza.

La discriminación laboral no sólo ha sido enfocada como un problema cultural y de educación, sino también jurídico, como ocurre en Estados Unidos donde ha surgido con fuerza hace unos cuarenta años el derecho antidiscriminatorio en materia de sexo, en base a la lucha jurídica por superar la discriminación racial de la población de color en dicho país. Posteriormente, este derecho fue exportado a los países de la Comunidad Económica Europea, encontrándonos, en la actualidad, con gran cantidad de leyes especiales en materia de discriminación femenina en los países mencionados y en otros, como Uruguay, Australia, India, Sudáfrica y Namibia.

La discriminación sexual en el empleo se presenta en formas de segregación laboral, que puede ser horizontal, en los trabajos propios de mujeres, o vertical, representado por el escaso número de mujeres en posiciones de mando o responsabilidad.

Esta discriminación se manifiesta en el acceso al empleo, en la baja posibilidad de alcanzar cargos de alto nivel o responsabilidad, en las deficientes remuneraciones e, inclusive, en los casos de acoso sexual.

Como antecedente previo a nuestro estudio, debemos señalar que el principio de igualdad no implica una prohibición absoluta de las diferencias, sino una aspiración normativa a la igualdad entre todos los seres humanos respecto de los derechos cuya titularidad exige dicha condición, "de ser humano"[1]. Por lo tanto, no todas las diferencias son relevantes para el juicio de igualdad, sino sólo las esenciales cuando son arbitrarias, ya que carecen de razonabilidad. En la misma línea, el principio de no discriminación permite la existencia de diferencias, siempre que éstas sean razonables[2].

Por lo tanto, la médula del principio de igualdad implica determinar cuándo se está en presencia de una diferencia o igualación razonables y cuándo ante una discriminación o equiparación injustas, ya que en el primer caso se permite y promueve un tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo repugna la diversidad o identidad en el trato[3].

No obstante, se reconoce un núcleo duro de igualdad, donde las diferencias no pueden justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política, salvo casos excepcionalísimos justificados por medio de un control más riguroso.

[1]Peña González, Carlos, "El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos", p. 608.

[2]En cuanto al grado de independencia del principio de no discriminación, respecto del principio de igualdad, consultar Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y Mercado de Trabajo*, pp. 34 y ss.

[3]Fernández González, Miguel Angel, Principio Constitucional de igualdad ante la Ley, p. ss.

En cuanto a los instrumentos de la política antidiscriminatoria, éstos pueden ser represivos, correctores y preventivos[4]. Los primeros, estatuyen una sanción para las conductas discriminatorias. Los correctores, por su parte, reparan los efectos de la discriminación, y los preventivos, implican una verdadera política social de manipulación dirigida a los fundamentos de la discriminación a fin de lograr la igualdad efectiva de la mujer en el mundo del trabajo. En este tercer tipo de medidas encontramos las acciones positivas.

En materia de discriminación las tres nociones básicas elaboradas por el derecho antidiscriminatorio norteamericano y europeo son la discriminación directa, la discriminación indirecta y las acciones positivas. En esta parte de este trabajo nos referiremos someramente a las dos primeras, para luego estudiar más detalladamente las acciones positivas.

2. Las discriminaciones directas e indirectas.

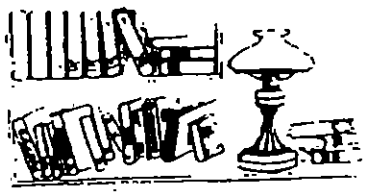
La discriminación directa o diferencia de trato por razón de sexo, consiste en el tratamiento diferenciado y desfavorable a una persona por dicha razón.

En las discriminaciones directas, el demandante debe probar que es víctima de la acción intencionalmente discriminatoria del empresario.

Esta noción de discriminación directa es bilateral, en el sentido de que son discriminatorias las diferencias de trato por razón del sexo que afecten tanto a mujeres como a los hombres[5].

[4]Fernández López, María Fernanda, "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional", p. 99.

[5]Sólo excepcionalmente, en el derecho comparado, se aceptan algunas discriminaciones directas, por ejemplo, en actividades artísticas, en labores de gendarmería en recintos de presos varones de alta seguridad, en labores de supervisión de duchas o vestuario, etc. Lo que no se acepta como excepción, tanto en los Estados Unidos como en la Comunidad Económica Europea, son las discriminaciones directas basadas en un eventual ahorro de costos para la empresa.



Para efectos de la discriminación directa, el elemento comparativo entre hombre y mujer comprende el trato diferente dado a una persona en relación con el dado a otra de distinto sexo, así como el que hubiera recibido esa persona de haber sido otro su sexo. En este sentido, la cláusula "but for" en el derecho inglés y norteamericano implica que es discriminatorio aquel tratamiento que hubiera sido diferente de haberse tratado de un hombre[6].

Las discriminaciones directas pueden clasificarse en abiertas y encubiertas. Las discriminaciones directas abiertas se detectan más frecuentemente en el caso del embarazo y por razón de sexo conectado a caracteres físicos como juventud y belleza.

En las discriminaciones directas encubiertas, por el contrario, no siendo el sexo la causa explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, es el motivo que realmente guió la actuación o el comportamiento discriminatorio, y que formalmente apareció, sin embargo, bajo una causa distinta[7].

Sin embargo, este enfoque antidiscriminatorio mostró una serie de deficiencias en la práctica, lo que motivó un cambio en la jurisprudencia norteamericana que hará surgir la noción de discriminación indirecta. En efecto, en el caso Griggs, en 1971, el Tribunal Supremo de ese país elabora la teoría del impacto o efecto adverso (adverse impact), afirmando que resultan prohibidas no sólo las discriminaciones directas (abiertas o encubiertas) sino también las prácticas formalmente justas pero discriminatorias en su puesta en ejecución o realización, salvo que el empresario pruebe la existencia de una necesidad empresarial (business necessity).

Por tanto, **la discriminación indirecta** deriva o es consecuencia de la aplicación de una medida neutra que desfavorece en mayor medida e injustificadamente a las mujeres, y **puede ser definida como aquella práctica o medida que siendo formal o aparentemente neutra posee, sin embargo, un efecto adverso sobre los miembros de un determinado sexo**[8].

Para la Civil Rights Act de Estados Unidos, de 1991, es ilegal una práctica de empleo si el demandante prueba que la misma produce un impacto adverso sobre la base del sexo, y el demandado no consigue probar que la práctica cuestionada está relacionada con el trabajo y además es necesaria para la empresa. Asimismo, si el demandante prueba la existencia de una práctica de empleo alternativa y menos discriminatoria, y el demandado se niega a aplicarla, se da por probada la existencia de una discriminación indirecta.

A diferencia de las discriminaciones directas, las indirectas son objetivas, ya que no es importante la intención sino el efecto o resultado de la medida. Por ello, el demandante no debe probar la intención discriminatoria.

En síntesis, la noción de discriminación indirecta implica la existencia de una medida, práctica o criterio formalmente neutro, es decir, que se aplica tanto a hombres como a mujeres. Por otra parte, esta práctica aparentemente neutra debe tener un efecto desfavorable mayor sobre los trabajadores de un sexo respecto del otro, al momento de aplicar la referida medida. Además, dicha práctica y el efecto adverso (discriminatorio) que se provoca, deben ser injustificados. Tampoco deben existir medios alternativos que consigan el mismo fin con efectos menos discriminatorios, lo cual debe ser probado por los demandantes.

El concepto de discriminación indirecta ha servido para controlar el part-time[9] por tópicos tales como

[6]El elemento comparativo ha hecho crisis en las áreas relativas al trato diferenciado de las mujeres embarazadas y en el caso de los trabajos propios de mujeres.

[7]Rey Martínez, Fernando, *El Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo*, p. 69.

[8]Sáez Lara, op. cit., p. 105.

[9]Heide, Ingeborg, "Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea", Revista Internacional del Trabajo, 1999/4, pp. 442 y ss.

el precio por hora, los complementos salariales, los esquemas de pensiones y la pensión por incapacidad. Además, ha servido para controlar los procedimientos de selección de personal, las ofertas de trabajo y los criterios de selección basados en la edad, requisitos físicos de altura y peso, o experiencia profesional.

En nuestra doctrina se han destacado como ejemplos de discriminaciones indirectas de origen legislativo el caso del contrato a domicilio y de las trabajadoras de casa particular[10].

Tanto las discriminaciones directas como las indirectas se complementan a fin de brindar una tutela adecuada contra la discriminación femenina. Sin embargo, ha sido necesario ir más allá, implementando medidas de fomento y prevención por medio de las acciones positivas.

3. Las acciones positivas.

Las acciones positivas son el instrumento de intervención de las políticas de igualdad, modelado en base a la "affirmative action" de Estados Unidos, y destinado a neutralizar o compensar los efectos negativos producidos por los comportamientos, actitudes y estructuras sociales de tipo discriminatorio, y a promover la igualdad de oportunidades de trabajo, educación y formación profesional[11].

Esta técnica normativa es esencialmente persuasiva y más amplia que la técnica de la obligación de contratar, además su estudio puede enfocarse también desde la perspectiva de las políticas sociales[12].

Las affirmative action policy se originan en Estados Unidos con la Executive Order Nº 10.925 del Presidente Kennedy, en marzo de 1961, y con la Executive Order Nº 11.246 del Presidente Johnson, en 1965, por las que se obliga a los empresarios beneficiarios con el Gobierno o de financiamiento público, a emprender planes de acción positiva contratando a sus trabajadores con criterios no discriminatorios, bajo pena de perder el contrato obtenido[13].

Estas acciones positivas buscan promover la igualdad de oportunidades y corregir las desigualdades con un carácter preventivo y corrector.

Se trata de diversas medidas y programas en el sistema educativo, de formación profesional y en las prácticas de empleo de la mano de obra, comprendiendo inclusive la adopción de discriminaciones positivas o inversas como tratamiento diferente para los sujetos en desventaja, evaluadas periódicamente y fomentadas, en algunos casos, por medio de incentivos fiscales. Por otra parte, estos programas se orientan al reequilibrio de las responsabilidades familiares y profesionales entre ambos sexos, por medio de cambios en la organización del trabajo y en la jornada laboral[14].

Los problemas se plantean con la modalidad de acción positiva denominada "discriminación inversa o positiva o al revés", ya que la medida diferenciadora correctora provoca un perjuicio en la esfera individual de los varones en situación similar. Se trata de reservar en exclusiva a las mujeres, bajo ciertas condiciones, un determinado número de puestos de trabajo (cuotas) o bien otorgarles preferencia en igualdad de condiciones con los varones similarmente situados (trato preferente).

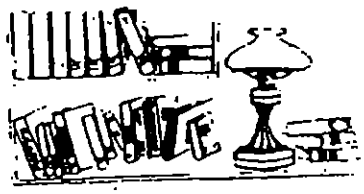
[10]Ugarte Cataldo, José Luis, «El Derecho Laboral y la Discriminación: Situación de la Mujer en Chile", pp. 8 y ss.

[11]Barbera, *Marzia, Glosario italiano del lavoro e delle relarioni industriali*, pp. 41-42.

[12]Giugni, Gino, "Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)", p. 286.

[13]En Estados Unidos dos organismos federales aseguran la correcta aplicación de las normas antidiscriminatorias (de la Civil Rights Act de 1991). La Comisión sobre igualdad de oportunidades en el empleo (EEOC), cuya función es inspectora, receptora de denuncias por los particulares, conciliadora y promotora de procesos judiciales por discriminación, y la Oficina encargada de examinar la conformidad de los contratos federales (OFCCP).

[14]Ghera, Edoardo, *Diritto del lavoro*, p. 244.



Por discriminación inversa o positiva o al revés, se entienden una serie de actuaciones normativas "de favor", de carácter temporal o transitorio, encaminadas a eliminar la discriminación-subordinación de origen histórico de determinados grupos o colectivos, y que se refleja en una desproporcionada menor presencia de los miembros de dichos grupos en los distintos ámbitos de la participación social[15].

Cabe precisar que cuota y trato preferente no son lo mismo. Las discriminaciones inversas o positivas pueden llevarse a cabo a través de cuotas que establecen la reserva de un número o porcentaje de plazas a determinados grupos. Además, pueden concretarse por medio de normas de trato preferente, que disponen la atribución de calificaciones o puntos especiales para dichos grupos.

A continuación, debemos abocarnos a dos materias. La primera, sobre las diferencias entre las acciones positivas y discriminaciones inversas o positivas. La segunda, es si las discriminaciones inversas o positivas constituyen discriminaciones directas.

En cuanto a lo primero, es necesario tener presente que las discriminaciones inversas o positivas (cuotas o trato preferente) son una especie o tipo de acción positiva (medidas y programas de formación, inserción, información, educación, promoción, etc.), por lo que no cabe confundirlas o asimilarlas. Sus diferencias son de género a especie, y pueden resumirse de la siguiente forma[16]:

1) Las discriminaciones inversas o positivas se han estatuido para supuestos muy particulares de discriminación racial, sexual y derivada de minusvalía física o psíquica, a diferencia del ámbito de acción de las acciones positivas que es más amplio.

2) Las discriminaciones inversas o positivas se producen en contextos de especial escasez, lo cual determina que el beneficio de algunos implica el perjuicio de otros, lo que no ocurre con las acciones positivas en general.

3) Las discriminaciones inversas se justifican por su finalidad de remediar los perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social, como la sexual y la racial. Por ende, fuera del cumplimiento de dicha finalidad, éstas se transforman en inaceptables discriminaciones directas. Por ello son de interpretación estricta y se encuentran sujetas a ciertas condiciones:

a) Mientras las medidas de acción positivas son deberes del Estado[17], las discriminaciones inversas o positivas son una técnica posible o permitida para el legislador bajo ciertas condiciones estrictas de control constitucional.

b) Sólo puede acudirse a las discriminaciones inversas o positivas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de igualdad en un sector social determinado y en un tiempo razonable, a través de otras acciones positivas menos extremas.

c) Para aplicar las medidas de discriminación inversa o positiva deberá acreditarse objetiva y fehacientemente, por medio de estadísticas, la desigualdad de hecho en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.

d) Las discriminaciones inversas o positivas por su naturaleza son transitorias, su existencia se limita al lapso necesario para lograr la igualación en el sector social en el cual el femenino se encuentra sobrepresentado.

e) Las discriminaciones inversas o positivas sólo pueden establecerse por ley.

Respecto de la segunda interrogante, debemos

[15]Barrère Unzueta, María Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, p. 30.

[16]Rey Martínez, op. cit., pp. 85 y ss.

[17]Nuestra Constitución, en su artículo 1º, estatuye el deber del Estado en orden a asegurar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional.

decir que las acciones positivas no constituyen un quiebre del principio de discriminación directa, ya que esta regla exige no sólo un trato diferente sino también perjudicial. Además, las discriminaciones inversas o positivas se distinguen de las discriminaciones directas por su finalidad, que es buscar la igualdad de oportunidades y la superación de las desigualdades de hecho, por lo que su aplicación no importa el rasgo negativo de minusvaloración, menosprecio ni estigmatización de las discriminaciones tradicionales.

El Tribunal de Justicia de la CEE, después del caso Marshall[18] declaró compatibles con el Derecho Comunitario las discriminaciones positivas o inversas, siempre que las medidas que otorguen preferencia a las mujeres en algún aspecto de su carrera profesional cuenten con algún tipo de cláusula de apertura[19] o condición o cláusula de salvaguardia que permita que el competidor varón no sea excluido automáticamente del respectivo proceso de selección.

[18]En la CEE desde el caso Kalanke al Marshall se ha evolucionado hacia la aceptación de las discriminaciones inversas o positivas si las mujeres están infrarrepresentadas en el sector laboral de que se trate y no se excluye desde el principio al competidor varón. En 1995, en el caso Kalanke contra la ciudad de Bremen, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas rechazó un programa de acciones positivas por estimarse que promocionaba a las mujeres en forma automática, excluyendo a todos los competidores varones y constituyendo una preferencia absoluta e incondicional. Dos años después, en 1997, en la causa Marshall contra Renania del Norte-Westfalia, el tribunal precisa que a diferencia del caso Kalanke en la norma legislativa en entredicho figura una condición o cláusula de salvaguardia en virtud de la cual podían predominar los motivos que concurriesen en otros candidatos (varones). En este caso se validaron las medidas especiales de acción positiva contempladas en dicha normativa. Al respecto, consultar Hodges-Aeberhard, Jane, "La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales", p. 286 y ss.

[19]Pérez del Río, Teresa, "El principio de no discriminación por razón de sexo", p. 146.

4. La normativa nacional en materia de discriminación sexual

El artículo 19 Nº 2º de la Carta Fundamental consagra como garantía constitucional la igualdad ante la ley, disponiendo que en Chile no hay persona ni grupos privilegiados y que los hombres y mujeres son iguales ante la ley. Agrega su inciso segundo que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

Además, el artículo 19 Nº 16º de la Constitución, en su inciso tercero dispone que 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.

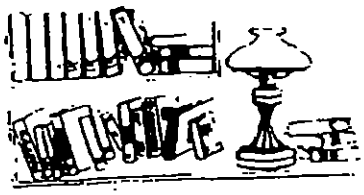
Por su parte, la normativa internacional consagra ampliamente el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 7, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo II, establecen la igualdad ante la ley.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagran, respectivamente, en sus artículos 3 y 26, y 2.2, la igualdad ante la ley y la no discriminación. Además, el segundo de estos Pactos en su artículo 7 letras a) y c) contempla la igualdad de remuneraciones respecto de las mujeres, y el derecho a ser promovido en el trabajo.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", establece en su artículo 24 la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Asimismo, el Convenio Nº 111 de la OIT, de 1958, ratificado y vigente en Chile, sobre discriminación (empleo y ocupación), entre otras materias contempla un concepto de discriminación[20] (art. 1);

[20]Su artículo 1 Nº 1 letra a) define discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga



establece el deber de promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación (art. 2); dispone diversos deberes de los Estados signatarios, como los de promulgar leyes y programas educativos y derogar disposiciones legislativas y modificar prácticas incompatibles con la igualdad de oportunidades o de trato en las materias ya señaladas (art. 3), y contempla la posibilidad de adopción de medidas especiales destinadas a favorecer a las personas discriminadas (art. 5).

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, también está ratificada por Chile y contiene un concepto de discriminación contra la mujer (art. 1)[21], precisa los deberes estatales en este sentido (art. 2), tales como enmendar la Constitución y leyes del caso o adoptar las medidas legislativas u otras que permitan dar cumplimiento a los objetivos de la Convención.

Su artículo 4 establece que la adopción por parte de los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminatoria, no obstante lo cual de ninguna forma implicará el mantenimiento de normas desiguales o separadas en forma permanente. Las medidas especiales de protección de la maternidad no se consideran discriminatorias.

Toda esta normativa internacional vigente en nuestro país debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en orden al deber del Estado de respetar y promover los derechos esenciales, garantizados por la Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

A nivel legal, el artículo 2º inciso segundo del Código del Trabajo[22] establece que son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias.

Su inciso tercero, agregado recientemente por la ley Nº 1 9.739[23], dispone que sin perjuicio de otras disposiciones del Código, son contrarias a dichos principios y constituyen una infracción a aquél, 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 precedente, a menos que se trate del requerimiento propio de la idoneidad de las personas para desempeñar una función.

El inciso final del artículo 194, agregado por al ley Nº 19.591, establece que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines, certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Además, su artículo 1 Nº 1 letra b) define como discriminación cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, y su artículo 1 Nº 2 dispone que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

[21]Su artículo 1 define la discriminación contra la mujer como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

[22]Acerca del modelo antidiscriminatorio chileno, consultar Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, pp. 223 y ss.

[23]Esta ley también agregó las expresiones "edad, estado civil" en el inciso segundo de esta norma.

Finalmente, el artículo 215 dispone que no se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical, prohibiéndose impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

5. Constitucionalidad de las acciones positivas en Chile.

Como vemos, el marco normativo existente en nuestro país es bastante amplio, comprendiendo normas de rango constitucional, internacional y legal, todas vigentes y orientadas a la consagración plena del principio de no discriminación.

Sin embargo, en lo relativo a las acciones positivas y su legitimidad en nuestro sistema, han surgido opiniones en orden a postular su inconstitucionalidad en materia laboral.

Para Miguel Angel Fernández González, las acciones positivas no transgreden el principio de igualdad ante la ley (artículo 19 número 2º de la Constitución)[24]. Para fundamentar esta afirmación, este autor recurre al deber estatal de promoción de la igualdad de oportunidades, contemplado como uno de lo cinco deberes matrices del Estado, en el artículo 1º de la Constitución.

Un segundo fundamento está dado por el deber de los órganos del Estado de promover los derechos esenciales, al tenor del artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental.

Finalmente, postula que las acciones positivas en principio son constitucionales en nuestro ordenamiento y su legitimidad dependerá de su conformidad con el principio de igualdad ante la ley, el cual no excluye a priori las diferencias, siempre que no sean arbitrarias.

Sin embargo, el autor citado llega a otra conclusión en materia laboral, según el tenor literal del artículo 19 Nº 16º inciso tercero de la Constitución, que 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.

Dada la redacción de la norma citada, se sostiene que, en materia laboral, las acciones positivas en general y las cuotas en particular estarían prohibidas en Chile[25], ya que las diferencias en materia laboral, por expresa disposición constitucional, sólo podrían basarse en cuatro factores: la capacidad, la idoneidad personal, la edad y la nacionalidad (estas dos últimas sólo establecidas por ley), siendo inconstitucional toda otra "discriminación" que se sustente en criterios distintos.

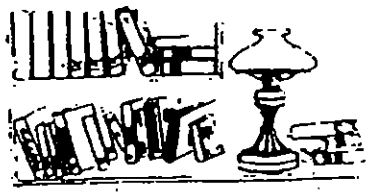
Discrepamos de la conclusión anterior por diversas razones. En primer lugar, la mencionada norma constitucional debe interpretarse en armonía con los restantes preceptos constitucionales. En consecuencia, la prohibición de discriminación que contiene debe enmarcarse dentro de la igualdad de oportunidades[26], de la promoción de los derechos esenciales y de la norma más general de igualdad ante la ley que contiene nuestra Constitución.

En segundo lugar, tanto el Convenio Nº 111 de la OIT sobre discriminación, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, ambas vigentes en nuestro país, contemplan expresamente la posibilidad de adoptar programas de acción positiva.

[24]Fernández González, op. cit. p. 104 y ss. y Fernández González, Miguel Ángel, "Constitucionalidad de las acciones positivas", pp. 13 y ss.

[25]Fernández González, op. cit., p. 107 y ss. y op. cit., "Constitucionalidad de las ...", pp. 16 y ss.

[26]En búsqueda de la igualdad de oportunidades, la Constitución contiene disposiciones sobre asistencia judicial a los pobres art. 19 Nº 3º, se asegura la educación básica gratuita para todos art. 19 Nº 10º, se asegura la progresividad en el sistema tributario art. 19 Nº 20º y se asegura la función social de la propiedad art. 19 Nº 24º..



En tercer lugar, la doctrina constitucional ha precisado que el constituyente con la norma en comento buscaba reforzar la igualdad ante la ley, a fin de proteger al trabajo, consagrando una garantía que expresamente es más amplia que la igualdad ante la ley al prohibir no sólo a los legisladores y a la autoridad sino también a los particulares efectuar discriminaciones en materia laboral[27].

Cabe preguntarse si esa "igualdad ante la ley" que se buscaba reforzar en materia laboral, es una igualdad absoluta que no admite diferencia alguna o una igualdad que admite diferencias razonables, como toda la doctrina nacional y extranjera y nuestra jurisprudencia postulan en materia de igualdad ante la ley[28].

La igualdad ante la ley implica preguntarse sobre qué desigualdades son tolerables y bajo qué circunstancias. En este contexto, la regulación de las diferencias debe estar "justificada racionalmente". No obstante, se reconoce un "núcleo duro de igualdad", basado en el principio de no discriminación, donde la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política (criterios sospechosos), salvo casos excepcionalísimos justificados por medio de un control más riguroso.

En conclusión y siguiendo a la doctrina constitucional, podemos concluir que el principio de no discriminación implica que se prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o arbitrarios. Por tanto, a menos que exista una razón conocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra[29].

[27]Gamonal Contreras, Sergio, *Introducción al derecho del trabajo*, pp. 55.

[28]Lizama y Ugarte, op. cit., pp. 196, 197 y 200, 201, Rey Martínez, op. cit., p. 41 y Nogueira Alcalá, Humberto, "El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional", p. 237.

[29]Rabossi citado por Nogueira, op. cit., pp. 237 y 238.

La novedad es que nuestra norma constitucional en materia laboral (art. 19 Nº 16º) amplía el "núcleo duro" ya que su redacción es abierta, esto es, se prohiben todas las discriminaciones (clasificación sospechosa abierta[30]), salvo las expresamente contempladas en dicho precepto (capacidad, idoneidad personal, edad y nacionalidad). De ahí a concluir que se ha consagrado una igualdad absoluta nos lleva a una consecuencia no querida por el constituyente y que hace caso omiso de todos el desarrollo doctrinario de la igualdad ante la ley. Con dicha interpretación literal, curiosamente debiéramos entender que de tan protectora que es nuestra normativa no puede adoptarse medida alguna que facilite la igualdad real entre las personas, como ocurre con las acciones positivas en materia de discriminación sexual.

En nuestra opinión, la norma constitucional refuerza el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación en materia laboral, y en la eventualidad de que se establezcan diferencias en base a criterios distintos de los enumerados en la Constitución, el juicio o escrutinio de razonabilidad de esa medida deberá ser especialmente riguroso ya que la Carta Fundamental lo considera un criterio sospechoso. De no demostrarse su razonabilidad, es inconstitucional.

En cuarto lugar, con una interpretación literal de la Carta Fundamental podemos llegar a absurdos, ya que, por ejemplo, serían inconstitucionales por discriminatorias las siguientes normas del Código del Trabajo vigente: las disposiciones que establecen diferencias en materia de jornada laboral, a menos que se vincularan a la capacidad o idoneidad laboral; los preceptos de descanso diario (para algunos con un mínimo de treinta minutos, para otros de una hora); las excepciones al descanso semanal; el permiso por nacimiento o muerte de un hijo; el reglamento interno exigido sólo a empresas con 25 o más trabajadores; la mantención del cargo por el Servicio Militar obligatorio; las normas de término de contrato de trabajo que distinguen respecto de ciertas

[30]Lizama y Ugarte, op. cit., p. 234.

causales según los trabajadores; la indemnización por años de servicios cuyo monto es tarifado por antigüedad; las normas de protección de la maternidad; de fuero, etc.

Sin embargo, ninguna de estas "diferencias" son discriminatorias, aunque no se basen en la edad, nacionalidad, capacidad o idoneidad personal, ya que son razonables y están especialmente justificadas por razones de justicia y equidad.

En quinto lugar, una ampliación del núcleo duro de igualdad (clasificación sospechosa abierta) lo encontramos en normas de derecho comparado e internacional, y nadie las ha interpretado literalmente postulando que no es posible realizar diferencia alguna por razonable que ésta sea.

Por ejemplo, la Constitución Alemana en su artículo 3.2 dice: "el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos" y el apartado tercero del mismo precepto dice: "nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo". Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán no ha interpretado esta norma literalmente, y, por el contrario, ha postulado que este precepto pretende conseguir más allá de la igualdad de derechos una nivelación de las condiciones de vida.

En el fondo, una interpretación literal perpetúa la desigualdad. Una interpretación neutra o aparentemente aséptica no es neutra, ya que impide la adopción de medidas razonables con el fin de superar las discriminaciones en el ámbito laboral.

Finalmente, en sexto lugar, nuestro legislador ha dictado importantes textos legales que consagran acciones positivas, como la ley Nº 19.253 del 5 de octubre de 1993, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas[31], y la ley Nº 19.284 de 14 de enero de 1994, que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad. Esta última consagra diversas acciones positivas en su Título IV (arts. 18 a 45) relativo a la Equiparación de Oportunidades[32].

Todas estas medidas son acciones positivas (no discriminaciones inversas, positivas o al revés) que inciden en materia laboral y que, en mi opinión, son plenamente constitucionales a la luz de lo expuesto. Por el contrario, de atenernos al tenor literal del artículo 19 Nº 16º, deberíamos postular su inconstitucionalidad.

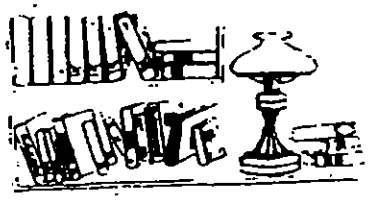
6. Conclusiones críticas.

La lucha en contra de la discriminación laboral, especialmente la sexual y racial, es una labor que no sólo corresponde al Derecho, sino a la sociedad toda ya que esta materia implica políticas educacionales, culturales y de fomento que escapan al ámbito meramente jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, el Derecho, en una de sus tantas evoluciones nobles, en búsqueda de la justicia y la igualdad de oportunidades, ha desarrollado el derecho antidiscriminatorio y estructurado los elementos que permiten lentamente ir tomando conciencia de que la discriminación por razones de sexo o raza no sólo vulnera la ética, sino que también constituyen un ilícito.

[31]El artículo 39 c) de la ley indígena dispone dentro de las funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena el "incentivar la participación y el desarrollo integral de la mujer indígena, en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer".

[32]En el caso de los discapacitados, el art. 18 dispone que los establecimiento educacionales..., empleadores y en general toda persona o institución..., que ofrezca cursos, empleo, servicios, llamado a concursos..., deberán adecuar los mecanismos de selección en todo cuanto sea necesario para permitir la participación de personas con discapacidad en igualdad de oportunidades. El art. 30 se refiere al perfeccionamiento, y los arts. 33 a 36 a la capacitación e inserción laborales, estableciendo el deber del Estado de promover la capacitación laboral (art. 33), normas especiales sobre el contrato de aprendizaje (art. 34), y que el Estado creará las condiciones y velará por la inserción laboral de los discapacitados (art. 37).



La discriminación femenina se encuentra fuertemente arraigada en nuestro mercado de trabajo. Sin embargo, las normas vigentes condenan la discriminación y contemplan los mecanismos necesarios para el afianzamiento de un derecho antidiscriminatorio chileno.

Un grave escollo en esta evolución es la tesis de la inconstitucionalidad de las acciones positivas sólo en materia laboral, ya que por los caractéres propios de la discriminación sexual, las acciones positivas permiten ir avanzando en el camino de la superación de las desigualdades. Como dijimos, muchas de estas medidas son de fomento, constituyen una verdadera política social cuya inconstitucionalidad afectaría gravemente la superación de la discriminación en este ámbito.

Con todo, las acciones positivas deberán respetar todos los requisitos vistos e, inclusive, creemos que "medidas especiales" (discriminaciones o diferencias inversas, al revés o positivas) pueden ser constitucionales, siempre que cumplan con los requisitos enumerados en el cuerpo de este trabajo, esto es que sean básicamente transitorias y establecidas por ley, con cláusulas de salvaguardias como en el derecho europeo. Otra interpretación puede implicar dejar en letra muerta la igualdad de oportunidades, la igualdad ante la ley, la no discriminación y la promoción de los derechos esenciales que establece nuestra Constitución.

La preocupación
vuelve dura a la almohada.
Cuando algo te preocupe,
antes de ir a dormir,
anota tres acciones
que puedas hacer al día siguiente
para ayudar a resolver el problema.

H. Jackson Brown, Jr.