

Preparándonos para la entrada en vigencia de la Ley Karin.

Perspectiva de género, discriminación por género y Ley Karin

Julio 2024 - Parte 4

El 1° de agosto entra a regir la Ley 21.643, denominada “Ley Karin”. Como lo hemos mencionado en tres ediciones de nuestros Enfoques Laborales anteriores, la entrada en vigencia de esta ley supondrá cambios relevantes en la regulación de situaciones de acoso laboral, sexual y violencia en el trabajo e implica una revisión y actualización de protocolos internos, así como una modificación en la cultura corporativa y en el rol que asume el empleador frente a estos hechos. En los Enfoques Laborales hemos efectuado un análisis práctico de algunos temas relevantes para la implementación de la ley, siempre a la luz de la jurisprudencia de tribunales que nuestra oficina va observando. La actual edición aborda qué significa la perspectiva de género, qué es la discriminación por género y cómo trata esto la Ley 21.643 o Ley Karin.

1. ¿Qué dice la Ley Karin sobre el género?

Todas las **relaciones laborales** deben fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad humana y “**con perspectiva de género**” [1].

·En el **protocolo de prevención de acoso y violencia**, la incorporación de los peligros y riesgos psicosociales asociados a tales conductas ilegítimas debe tener un enfoque inclusivo y “**con perspectiva de género**” [2].

[1] “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que, para efectos de este Código, implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo.” Artículo 1 de la Ley N° 21.643, que modifica el inciso 2° del artículo 2 del Código del Trabajo.

[2]“El protocolo de prevención incorporará, a lo menos, lo siguiente:

a) La identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos psicosociales asociados al acoso sexual, laboral y a la violencia en el trabajo, con un enfoque inclusivo e integrado con perspectiva de género.” Artículo 1 de la Ley N° 21.643, que modifica el artículo 211-A del Código del Trabajo

2. ¿Qué debe entenderse por “perspectiva de género”?

Para efectos del Código del Trabajo, la perspectiva de género significa que, en las relaciones de trabajo, las medidas adoptadas por el empleador deben [3]:

- Promover la igualdad entre las personas.
- **Eliminar la discriminación basada en género.**

3. ¿Qué se entiende por “discriminación basada en género” en el contexto laboral?

En el ámbito laboral, la discriminación basada en género es cualquier **distinción, exclusión o preferencia** del empleador o de cualquier trabajador en contra de otra persona trabajadora **en razón de su género**, que destruya o altere la igualdad de trato o de oportunidades en el empleo de dicha persona [4]. En otras palabras, hay discriminación por género **cuando el empleador o un trabajador trata de manera desigual a una persona trabajadora por su género particular respecto a otras personas que, exceptuando el género, revisten condiciones similares a la víctima** [5].

4. ¿Qué personas suelen ser más discriminadas por su género?

Se entiende que son más discriminadas por su género las mujeres [6], así como las personas transgénero, esto es, aquellas personas cuya identidad de género no coincide con su sexo biológico [7]. Esto no significa que no pueda discriminarse a un hombre o, en general, a una persona cisgénero, esto es, a una persona que sí se siente identificada con su sexo biológico.

[3] “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que, para efectos de este Código, implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo.” Artículo 1 de la Ley N° 21.643, que modifica el inciso 2° del artículo 2 del Código del Trabajo.

[4] Así se desprende del artículo 1 del Convenio N°111 de la OIT “sobre la discriminación (empleo y ocupación)”, firmado y ratificado por Chile: “1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.”

[5] Sobre el concepto de discriminación, véase, a modo ejemplar, RIT T-376-2023, JLT de Antofagasta, 17 de julio de 2024.

[6] A modo ejemplar, véanse las siguientes sentencias: RIT T-595-2016, 1° JLYT de Santiago, 18 de febrero de 2017 / RIT T-289-2021, 2° JLT de Santiago, 22 de mayo de 2022.

[7] Al respecto, véase el primer “Estudio exploratorio sobre discriminación y violencia contra personas LGBTI+”, realizado por la Subsecretaría de Prevención del Delito, que estuvo disponible desde el 14 de octubre hasta el 15 de diciembre del 2020.

ADVERTENCIA

No basta que exista una distinción, exclusión o preferencia sobre una persona que detenta un determinado género, para que exista discriminación por género. Para que exista discriminación por género, se requiere que dicha distinción, exclusión o preferencia se haya basado, efectivamente, en dicho género, es decir, que el género haya sido el motivo de la conducta del infractor [8].

5. ¿Qué ejemplos de distinciones, exclusiones o preferencias por razón de género pueden darse?

De la jurisprudencia laboral, la doctrina administrativa y la misma legislación, se desprende que son ejemplos de distinciones, exclusiones o preferencias por razón de género las siguientes [9]:

- Pagar a la mujer una remuneración menor que al hombre cuando ella detenta un cargo de igual o, incluso, superior jerarquía que él en la empresa [10].
- Emplear, únicamente, a hombres para un determinado cargo, a pesar de que: a) las labores puedan ser realizadas por mujeres y, b) efectivamente, haya postulado una mujer capaz e idónea para dicho cargo.
- Amonestar o despedir a la mujer trabajadora que alega por actos de discriminación por razón de género en la empresa.
- Impedir a la mujer trabajadora madre ejercer sus derechos asociados a la maternidad (por ejemplo: amamantamiento), los cuales derivan de su sexualidad femenina.
- Hacer comentarios despectivos a las mujeres o a las diversidades sexuales basados en su condición.

[8] A modo ejemplar, véanse: RIT T-1172-2019, 1º JLT de Santiago, 9 de marzo de 2021, considerando décimo / RIT T-312-2023, JLT de Valparaíso, 4 de julio de 2024, considerando vigésimo segundo.

[9] A modo ejemplar, véanse: RIT T-595-2016, 1º JLT de Santiago, 18 de febrero de 2017 / RIT T-23-2023, 1º JL de San Antonio, 26 de junio de 2024 / RIT T-312-2023, JLT de Valparaíso, 4 de julio de 2024 / RIT T-22-2024, JLT de Osorno, 11 de julio de 2024.

[10] “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.” Artículo 62 bis del Código del Trabajo.

El Cuarto Reporte de Indicadores de Género en las Empresas en Chile 2022 señaló que las mujeres en Chile percibían, en promedio, ingresos por un monto 21,7% inferior a los de los hombres, brecha que -tal como reporta el informe laboral de OCEC y Fundación Mujeres Chile- “disminuye a un 18,8% en los empleos formales y se eleva al 30,1% en los informales”.

- El llamado mansplaining: explicar algo a la mujer por el solo hecho de ser mujer, no porque ella no lo sepa.
- El llamado manterrupting: interrumpir, bruscamente, a la mujer mientras habla (sin esperar que ella termine), por el solo hecho de ser mujer, no porque sea necesario interferir en la conversación.
- Hacer comentarios despectivos al hombre relativos a su sexualidad masculina.
- En general, “todas las conductas paternalistas desde los hombres hacia las mujeres que constituyan sexismo benévolo. Estas conductas asumen que las mujeres son menos competentes e incapaces de tomar sus propias decisiones, lo denominado en la literatura sociológica ‘sexismo benevolente’” [11].
- En general, las conductas de acoso laboral o sexual que se basen en el género de la víctima.

6. ¿Qué conductas no pueden considerarse discriminatorias por razón de género?

En general, no pueden considerarse discriminatorias por razón de género las medidas del empleador que impliquen **una diferencia en la persona trabajadora, pero no motivada en su género, sino en su capacidad o idoneidad personal, esto es** [12]:

- a. En su formación (o falta de formación) especializada necesaria para desempeñar un trabajo profesional.
- b. En su aptitud (o ineptitud) para ejecutar y tomar decisiones –basada en los conocimientos, habilidades y actitud que requiera la profesión–.
- c. En su idoneidad (o falta de idoneidad) para solucionar los diferentes problemas que se le presenten en el transcurso de su labor.

[11] Al respecto, véase Circular 3813, Superintendencia de Seguridad Social, 7 de junio de 2024, p. 8.

[12] La amplitud de estos dos términos lleva a intentar comprenderlos a la luz de la Ley Orgánica 5/2002 española, “De las Cualificaciones y de la Formación Profesional”, de fecha de 19 de junio de 2002. En su artículo 4, dicha ley distingue dos conceptos: el concepto de “cualificación profesional” y el de “competencia profesional”. Define la cualificación profesional como “el conjunto de estándares de competencia con significación para el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación y a través de la experiencia laboral”. Por su parte, define la competencia profesional, como “el conjunto de conocimientos y capacidades que permitan el ejercicio de la actividad profesional conforme a las exigencias de la producción y el empleo”. Al respecto, consúltese, también, a GALDEANO BIENZOBAS, Carlos y VALIENTE BARDERAS, Antonio (2010), p. 29. “Competencias profesionales”, en Educación Química (Universidad Autónoma de México), Vol. 21, Núm. 1, 2010, pp. 28-32.

En armonía con lo anterior, no pueden considerarse discriminatorias por razón de género las medidas del empleador que:

- a. Se encuentren justificadas legalmente.
- b. Sean idóneas.
- c. Resulten necesarias para los fines legítimos de la empresa.
- d. Y, obviamente, no vulneren el contenido esencial del derecho a la igualdad de trato.

Así, por ejemplo, no puede considerarse discriminatorio [13]:

- Poner término al contrato de trabajo por causales legales, debidamente fundamentadas y proporcionadas, no por el género de la persona.
- Pagar diferente, pero no en atención del género o sexo, sino a otros criterios legítimos, como las funciones o antigüedad.
- Exigir a la persona el cumplimiento de metas adecuadas, de acuerdo a los fines legítimos de la empresa, no por su género.
- Modificar las funciones, horario o lugar de acuerdo a los límites permitidos por el artículo 12 del Código del Trabajo por razones ajenas al género de la persona.
- Evaluar el desempeño profesional de la persona en la empresa de acuerdo a criterios legítimos, no a su género.
- Asignar carga de trabajo adecuada a la persona, sin diferenciarla de las demás por su género.
- Sancionar a la persona trabajadora cuando se requiera, no por su género.

[13] A modo ejemplar, véanse: RIT T-27-2023, 1º JL de San Carlos, 11 de junio de 2024 / RIT T-1719-2023, 2º JLT de Santiago, 4 de julio de 2024 / RIT T-312-2023, JLT de Valparaíso, 4 de julio de 2024 / RIT T-2328-2023, 2º JLT de Santiago, 9 de julio de 2024 / RIT T-264-2024, JLT de Concepción, 17 de julio de 2024.

Para más información, contactar a:

Sebastián Parga M. | Socio | sparga@pmvabogados.cl

Jorge Montes A. | Socio | jmontes@pmvabogados.cl

Pablo Vasseur G. | Socio | pvasseur@pmvabogados.cl