



Regulación antidiscriminación en la contratación. Derecho nacional y comparado

Casos de Argentina, Canadá y Reino Unido.

Autor

Área de Análisis Legal
Asesoría Técnica Parlamentaria

Nº SUP: 140676

Resumen

La discriminación laboral tiene lugar cuando una persona recibe un trato menos favorable que otras debido a características que no guardan relación con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el empleo. Dicho trato es discriminatorio cuando se funda en una distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, entre otros. Ello puede ocurrir durante el proceso de contratación, esto es, en la difusión de anuncios de contratación, elaboración de formularios de solicitud de empleo y en la realización de entrevistas de trabajo,

En Chile, tanto la Constitución como el Código del Trabajo prohíben actos discriminatorios en el ámbito laboral. En particular, la ley laboral dispone que son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador que señalen como un requisito para postular a ellas una o más condiciones referidas a raza, edad, estado civil, nacionalidad y orientación sexual, entre otras (incluyendo el no padecer o haber padecido cáncer). La Dirección del Trabajo ha indicado como otros ejemplos de motivos de discriminación la exigencia de herramientas de trabajo (celular, vehículo propio, etc.) o de poseer una cartera de clientes.

La discriminación durante el proceso de contratación también ha sido abordada por el derecho comparado. Así, en la legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina), desde el 2021, es obligatoria la llamada “búsqueda laboral equitativa”, es decir, se prohíbe que las ofertas de empleo requieran datos del postulante al empleo que no sean imprescindibles para el trabajo que se ofrece. Esta obligación recae sobre empleadores tanto del sector público como privado. Tampoco se pueden exigir imágenes, audios u otros datos que permitan identificar al postulante a través de redes sociales. Un proyecto de ley de 2023 pretende incorporar una norma similar a nivel federal.

En Canadá (a nivel provincial) y el Reino Unido, las normas antidiscriminación prohíben expresamente a los empleadores hacer preguntas en entrevistas que clasifiquen o indiquen directa o indirectamente calificaciones por un motivo prohibido de discriminación. Esta prohibición alcanza a los anuncios de empleo, a los formularios de solicitud de empleo y a la exigencia de documentos de identidad como la licencia de conducir. Sin embargo, existen situaciones en las que será legal para un empleador hacer preguntas relacionadas con la discapacidad o la salud o que se exijan fotografías (por ejemplo, cuando esencial para fines de selección o por motivos de seguridad).

Introducción

A solicitud del requirente, se analiza la regulación de las ofertas de trabajo, en cuanto a normas que reglen determinadas exigencias en las entrevistas asociadas a estos procesos o que prohíban algunas conductas, como por ejemplo, exigir antecedentes personales de los postulantes (domicilios, imágenes personales o determinadas preguntas u otro elemento distintivo en el currículum vitae).

El presente informe se articula en dos partes. La primera aborda brevemente la regulación de las ofertas de trabajo en Chile (Constitución Política y Código del Trabajo). La segunda parte analiza la legislación extranjera de países que contemplen regulación sobre las ofertas de trabajo, específicamente en las entrevistas.

Por exceder lo solicitado, este informe no aborda la creciente aplicación de tecnología para realizar o apoyar las decisiones de contratación, incluyendo la evaluación de los CV de los solicitantes. Ejemplo de ello son el uso de bots para entrevistar a los candidatos, sistemas de contratación contextual¹, entrevistas por vídeo asincrónicas, gamificación y redes sociales.

El tema que aborda este informe y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados, por el plazo de entrega convenido y por la información disponible. No es un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega.

Las traducciones son propias.

I. Relación laboral y discriminación. Antecedentes generales

La relación laboral está compuesta por diversas etapas de desarrollo temporal, la cual es posible 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 (Castro, 2001: 8).

En la etapa pre-ocupacional, que es la posterior a la oferta de empleo y previa a la celebración del contrato de trabajo, cobran relevancia los requisitos y el acceso al empleo. Esta situación es fuente de posibles problemas referidos a discriminación, tal como ocurre con los denominados test pre-ocupacionales (como el test de embarazo que se les exige (o exigía) a algunas mujeres para acceder a un empleo) (Castro, 2001: 8-9).

En consecuencia, la falta de información sobre los antecedentes personales de los candidatos haría más difícil incurrir en comportamientos discriminatorios, especialmente durante la etapa inicial del

¹ Algoritmos que exploran los datos demográficos de los candidatos a un puesto de trabajo con el fin de desarrollar lugares de trabajo diversos (Capuano, 2023).

proceso de contratación. Para estos efectos, señala el investigador Mladen Adamovic (2020:459), el uso de aplicaciones o solicitudes de empleo anónimas, por ejemplo, permite a los reclutadores acceder en el proceso de contratación solo a información relevante para el puesto, excluyendo cualquier información sobre el nombre, sexo, edad o domicilio de los postulantes. De esta manera, los reclutadores deben centrarse en criterios relacionados con el trabajo, tales como habilidades, formación, experiencia laboral y educación.

II. El Derecho internacional antidiscriminación en materia laboral

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT, s/f),

La discriminación [laboral] tiene lugar cuando una persona recibe un trato menos favorable que otras debido a características que no guardan relación con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el empleo. Todos los trabajadores y solicitantes de empleo tienen derecho a recibir el mismo trato, independientemente de cualquier otro atributo, excepto su capacidad para hacer el trabajo. Puede haber discriminación en la *etapa previa a la contratación*, durante el empleo, o al término del contrato. [el destacado es nuestro]

Si bien existen numerosas normas internacionales del trabajo que abordan el tema de la discriminación, para efectos de la materia en estudio se destaca la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998). En ella se exhorta todos los Estados Miembros, de forma general, a eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación (artículo 1, numeral 2 letra d).

Por su parte, el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) considera discriminatoria “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social² que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (art. 1 No. 1 letra a). Los términos “empleo” y “ocupación”, dispone, incluyen la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones (art. 1 No. 3). Sin embargo, el convenio aclara que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no se consideran como discriminación (art. 1 No. 2).

Según la OIT, las empresas y sus directivos deben también contribuir a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, y revisar sus prácticas relativas a la contratación como las relacionadas con otros aspectos del empleo, para eliminar cualquier base de discriminación basada en características no relacionadas con las competencias de la persona o las calificaciones exigidas para el trabajo (OIT, s/f).

III. La regulación chilena antidiscriminación en el trabajo

² Son bases de discriminación también el VIH/SIDA, la edad, la discapacidad, las responsabilidades familiares, la orientación sexual, y la afiliación o las actividades sindicales, según instrumentos adicionales de la OIT (OIT, s/f).

La prohibición de prácticas o de actos discriminatorios en el ámbito laboral se encuentran contenidas tanto en la normativa constitucional como legal.

1. Constitución Política

La Constitución Política de Chile contempla dos normas esenciales que dan fundamento a la prohibición de discriminación arbitraria. En primer lugar, el artículo 1°, inciso primero, dispone que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Luego, la Carta Magna reconoce expresamente el principio de igualdad, al señalar:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2° 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.

En cuanto al ámbito laboral, el artículo 19 N° 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 retribución.

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.

El último inciso de la citada norma consagra el principio de igualdad en materia laboral y, tal como señala Castro (2001:10), constituye “la pieza clave del orden jurídico laboral en materia de discriminación”, por cuanto otorga a este principio rango constitucional, de modo que “todas las normas restantes del sistema jurídico deben ajustarse a dicha disposición”. Asimismo, señala el autor, la prohibición constitucional de discriminación laboral alcanza no solo a la ley y a las autoridades públicas, sino que también a los particulares. Finalmente, esta norma califica como criterios inadmisibles para fundar una distinción en el trato laboral “cualquier” motivo que no sea la capacidad o idoneidad personal, sin especificar un catálogo o listado cerrado de categorías sospechosas (Castro, 2001:10).

2. Código del Trabajo

Solo existe una disposición expresa referida a la prohibición de discriminación laboral. Dicha norma se encuentra comprendida en el artículo 2º, cuyos incisos relevantes al presente estudio se transcriben a continuación:

Art.2.o 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.

[Regula el acoso sexual y laboral en el trabajo]

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, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social³, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias *basadas en las calificaciones exigidas para un empleo* determinado no serán consideradas discriminación. [el destacado es nuestro]

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.* [el destacado es nuestro]

[Prohibición de condicionar la contratación a la ausencia de obligaciones financieras y sus excepciones].

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de un trabajador o trabajadora, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, al hecho de *no padecer o no haber padecido cáncer*, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno. [el destacado es nuestro]

[La no discriminación por los motivos señalados se entienden incorporadas en los contratos de trabajo].

[Deber del Estado de proteger al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo].

³ Este artículo fue reformado por la Ley 21.643 que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo, en cuanto agrega la frase “o cualquier otro motivo” (entre modificaciones al mismo artículo). Esta modificación en particular tiene vigencia diferida desde el 01 de agosto de 2024 al 26 de abril de 2028.

En este sentido, respecto de las ofertas de trabajo, la Dirección del Trabajo (2021), en respuesta a una consulta, ha señalado que se configura una infracción si se dan los siguientes elementos:

- a) Una oferta de trabajo efectuada por el empleador (directamente o por medio de terceros),
- b) Que la oferta se realice por cualquier medio (gráfico, visual, escrito, etc.),
- c) Que dicha oferta señale como requisito para acceder al puesto de trabajo ofrecido condiciones o calidades tales como las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, etc.

En consecuencia, señala la Dirección, las ofertas de empleo incurrirían en infracción si los avisos publicados contuvieran exigencias discriminatorias, pues “condicionarían la postulación y posterior contratación a la ausencia o presencia, según sea el caso, a condiciones o calidades expresamente calificadas de discriminatorias por el ordenamiento jurídico o, en otros casos, de condiciones o calidades que, sin ser discriminatorias, no dicen relación directa y esencial con el empleo ofrecido”. Ejemplos de ello son las siguientes condiciones:

- Apariencia física y buena presencia;
- Ausencia de enfermedades o de una determinada condición física;
- Fotografía en curriculum vitae;
- Nacionalidad determinada;
- Edad mínima o máxima;
- Sexo determinado;
- Estado civil determinado;
- Nivel de experiencia establecido en la medida que no sea una exigencia determinante, esencial y directa de la calificación o capacidad personal necesaria para el puesto de trabajo específico;
- Exigencia de herramientas de trabajo (celular, vehículo propio, etc.), y
- Exigencia de cartera de clientes.

IV. La discriminación en el proceso de contratación. Derecho comparado

Como ya se ha señalado, durante el proceso de contratación, esto es, en la difusión de anuncios de contratación, elaboración de formularios de solicitud de empleo y en la realización de entrevistas de trabajo, es posible que los empleadores incurran en actos de discriminación. Ello ha sido abordado en la legislación de Argentina (particularmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Canadá y del Reino Unido, como se detalla a continuación.

1. Argentina (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

Tratándose de un país federado, la legislación antidiscriminación en Argentina se encuentra contenida en los sistemas jurídicos nacional y de las 24 jurisdicciones, que corresponden a las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.), que es la sede del gobierno nacional.

En primer lugar, la Constitución federal dispone que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y no hay privilegios especiales sobre la base de la sangre, nacimiento o la nobleza (art. 16).

Si bien la Carta Magna no se refiere específicamente a la discriminación como tal, sí lo hace la Ley N° 23.592, que ordena la adopción de medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Esta es una norma de alcance general que puede ser aplicada a cualquier ámbito del derecho aplicable a los actos discriminatorios de que se trate, incluyendo el derecho del trabajo. Se consideran particularmente para efectos de esta ley los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (art. 1°).

Por su parte, la Ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o edad (art. 18). Los trabajadores que sufren de discapacidades y ciertas enfermedades diabetes (Ley N° 23.573) como SIDA (Ley N° 23.798) y epilepsia (Ley N° 25.404) no pueden ser objeto de discriminación. La Ley de Sindicatos (N° 23.551) también prohíbe la discriminación sobre la base de su afiliación sindical o estar involucrado en actividades sindicales (Elsalario.com.ar, 2023).

Por tanto, si bien la legislación federal sanciona la discriminación en el ámbito del trabajo, no se refiere en forma especial al proceso de contratación en estudio en este informe. En cambio, a nivel de la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se regula especialmente la discriminación que pudiera afectar a quienes buscan empleo.

En primer término, la Constitución de la C.A.B.A. consagra la garantía de igualdad ante la ley y “reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”.

Sin embargo, es la Ley N° 6471 de 2021, la que implementa, con carácter obligatorio, la llamada “búsqueda laboral equitativa”. Esta ley prohíbe que las ofertas de empleo requieran datos del postulante al empleo sobre su “edad, raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, estado civil, posición económica, condición social, caracteres físicos, discapacidad, residencia, responsabilidades familiares o antecedentes penales de quienes hayan cumplido la totalidad de su condena y cualquier otro dato que no fuera imprescindible para el trabajo que se ofrece” (art. 3°).

Asimismo, los empleadores tampoco podrán exigir “la remisión de videos, fotografías, imágenes, audios, nombre y apellido completo o cualquier otro dato que permita su identificación en redes sociales”. Sin

perjuicio de lo anterior, la Autoridad de Aplicación⁴ podrá establecer excepciones a lo anterior, cuando esto sea necesario por las características del puesto a cubrir.

De acuerdo con el artículo 2°, la búsqueda laboral equitativa alcanza a los empleadores tanto del sector público como privado, incluyendo “consultoras de selección de personal, plataformas o portales de búsqueda y cualquier otro intermediario a través de los cuales se ofrezcan y demanden puestos de trabajo y se permita la carga y envío de currículums, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

La promoción y difusión de la búsqueda laboral equitativa es una obligación de la autoridad por medio de programas, protocolos, convenios e incentivos para las empresas, cámaras empresariales y asociaciones sectoriales (art. 4°). Por su parte, de acuerdo con el artículo 5°, toda mensajería destinada a la oferta laboral deberá contener un mensaje informativo, escrito con letra clara y legible, que contenga la siguiente leyenda:

<p>Búsqueda laboral equitativa</p> <p>El empleador sólo podrá solicitarle la información estrictamente necesaria para el desempeño en el trabajo que se ofrece. (Numero de la Ley)</p>
--

La Defensoría del Pueblo de la C.A.B.A. ha señalado que esta medida pretende impedir todo sesgo discriminatorio que imposibilite la igualdad de trato y oportunidades en el acceso al trabajo o empleo, según indica el dictamen en conjunto de las Comisiones de Desarrollo Económico, MERCOSUR y Políticas de Empleo y de Derechos Humanos, Garantía y Antidiscriminación (Defensoría del Pueblo, 2022).

La norma dispone una sanción por incumplimiento de lo descrito precedentemente, consistente en la realización obligatoria de capacitaciones en temáticas de género, inclusión plena y no discriminación (art. 7°).

Por último, un proyecto de ley en el mismo sentido se encuentra en actual tramitación en la Cámara de Diputados del Congreso federal argentino desde el 2023. Sin embargo, esta iniciativa está dirigida al sector público, el cual se encontraría obligado a implementar el “curriculum vitae anónimos” (art. 1°). En cambio, en el caso de los empleadores privados, se establecen incentivos económicos para quienes implementen el curriculum equitativo en todas las etapas de selección de personal (art. 7°).

Según esta iniciativa de ley, el curriculum equitativo no podrá requerir el nombre y apellido (pudiendo el postulante optar por consignar sólo las iniciales), fotografía, videocurrículum, información vinculada a la edad, sexo, género, estado civil, o de familia, si tiene hijos o no, nacionalidad ni domicilio (el postulante sólo podrá detallar su ciudad o lugar de residencia) (art. 6°).

⁴ La Autoridad de Aplicación será el Ministerio de Desarrollo Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o quien en el futuro lo remplace y establecerá, a través de la reglamentación, la forma y modo de las capacitaciones aludidas (Abogados.com.ar, 2021).

2. Canadá

En Canadá, los derechos humanos están protegidos por leyes federales, provinciales y territoriales. A nivel nacional, la Ley Canadiense de Derechos Humanos de 1977 (*Canadian Human Rights Act of 1977*) protege de acoso y discriminación por motivos de raza, edad y orientación sexual (entre otros) a las personas en Canadá cuando son empleados o reciben servicios del gobierno federal, los gobiernos de las Primeras Naciones o empresas privadas reguladas por el gobierno federal, como bancos, empresas de transporte por carretera, emisoras y empresas de telecomunicaciones (Canadian Human Rights Commission, s/f)⁵.

Por su parte, las leyes provinciales y territoriales de derechos humanos son muy similares a la señalada ley federal y aplican muchos de los mismos principios. Protegen a las personas de discriminación⁶ en áreas de jurisdicción provincial y territorial, como restaurantes, tiendas, escuelas, viviendas y la mayoría de los lugares de trabajo (Canadian Human Rights Commission, s/f).

En el ámbito del trabajo, por ejemplo, el Código de Derechos Humanos de la provincia de Ontario, en su sección 5, garantiza a toda persona, de forma general, el derecho a igualdad de trato en el empleo sin discriminación por motivos de raza, ascendencia, lugar de origen, color, origen étnico, ciudadanía, credo, sexo, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, antecedentes penales, edad, estado civil, situación familiar o discapacidad (Ontario Human Rights Commission, s/f-b).

La sección 23(2) del Código de Derechos Humanos prohíbe a los empleadores hacer preguntas en entrevistas que clasifiquen o indiquen directa o indirectamente calificaciones por un motivo prohibido de discriminación. Por otro lado, la sección 23(3) permite hacer preguntas en una entrevista personal sobre un motivo de discriminación prohibido cuando la discriminación por ese motivo está permitida por el Código. Estas excepciones se relacionan con organizaciones de servicios especiales, programas especiales y trabajos cuyos requisitos están vinculados a motivos específicos del Código (Ontario Human Rights Commission, s/f-c).

De acuerdo con la Comisión de Derechos Humanos de Ontario (Ontario Human Rights Commission, s/f-b), en su guía de interpretación y aplicación de las normas antidiscriminación en materia de empleo, entrega diversos ejemplos de restricciones a los que estarían sujetos los empleadores (o potenciales empleadores). Entre estas están las siguientes:

⁵ Otras normas federales aplicables en materia de derechos humanos en el ámbito laboral son el Código del Trabajo de Canadá (*Canada Labour Code*), la Ley de Equidad en el Empleo (*Employment Equity Act*) y la ley de privacidad (llamada *Personal Information Protection and Electronic Documents Act, PIPEDA*) (Ontario Human Rights Commission, s/f-a).

⁶ Las características específicas de identidad individual recogidas en los distintos códigos provinciales se denominan “motivos protegidos”, “motivos prohibidos” o “características aplicables” según la legislación provincial o territorial de que se trate. Algunas características están protegidas en forma específica bajo los “motivos prohibidos” (por ej, sexo o género), otras se mencionan en otras partes de la ley o el código a través de principios de interpretación y, en algunas provincias y territorios, ciertas características están protegidas por otras legislaciones (por ej., por la Ley de Equidad Salarial) (CCDI, 2018:5).

- 1) Anuncios de empleo: no deben hacer referencia, directa o indirectamente, a motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, no se permite un anuncio que diga “Preferimos contratar gente más joven”.
- 2) Formularios de solicitud de empleo: no deben contener preguntas que involucren, directa o indirectamente, alguno de los motivos prohibidos de discriminación. El Código tampoco permite las preguntas médicas relacionadas con el empleo que forman parte del proceso de selección de solicitantes. Por ejemplo, un empleador que busca soldadores certificados con “experiencia canadiense”, pues podrían postular soldadores calificados con experiencia en otros países.
- 3) Licencias de conducir: no deben solicitar licencias de conducir en los formularios de solicitud de empleo porque, en primer lugar, permitirían descartar a los solicitantes con discapacidad sin determinar previamente si podrían realizarse las adaptaciones correspondientes y, en segundo lugar, la licencia permitiría conocer la edad del solicitante. Sin embargo, si el empleo requiere operar un vehículo, el requisito de una licencia de conducir válida podría indicarse en un anuncio de trabajo, así como discutirse en una entrevista posterior.
- 4) Entrevistas de empleo: sólo pueden realizarse las preguntas necesarias para determinar sus calificaciones o capacidad para realizar el trabajo. Por ejemplo, un empleador podría preguntarle al candidato sobre sus habilidades físicas si el trabajo es para hacer mudanzas, no así para un puesto de analista de sistemas informáticos.

Si la discapacidad del candidato se convierte en un tema durante la entrevista (por ejemplo, si él o ella decide hablar sobre su discapacidad), el empleador podría preguntarle sobre su capacidad para realizar las tareas esenciales del trabajo y cómo se podrían satisfacer sus necesidades. Las preguntas no pueden fundarse en la curiosidad del empleador (“¿cómo terminaste en una silla de ruedas?” o “¿has estado ciego toda tu vida?”).

En resumen, en una entrevista, los empleadores deben evitar hacer preguntas o comentar sobre lo siguiente (Ontario Human Rights Commission, s/f-c):

- Presencia o ausencia de experiencia canadiense.
- Estatus de inmigrante, residencia permanente, naturalización o refugiado.
- Lugar de nacimiento.
- Afiliación con una “comunidad” particular o de dónde “viene” el solicitante.
- Membresía en organizaciones como asociaciones culturales o étnicas.
- Nombre y/o apariencia del solicitante.
- Nombre y ubicación de las escuelas a las que asistió.

Legislaciones de derechos humanos provinciales y territoriales que prohíben de forma expresa discriminar en base a algunas de las características protegidas en solicitudes y anuncios de empleo son Alberta⁷ y Columbia Británica⁸. En este sentido, resulta de particular interés el caso de Quebec (única provincia que tiene un sistema jurídico basado en el derecho civil, a diferencia del resto de Canadá que sigue la tradición del *Common law*). La Carta de Derechos y Libertades de Quebec⁹ contiene diversas garantías contra la discriminación en el proceso de contratación, a saber:

⁷ Art. 8.1, Alberta Human Rights Act.

⁸ Art. 11, British Columbia Human Rights Code.

⁹ Quebec Charter of Rights and Freedoms.

18. Ninguna oficina de empleo podrá practicar discriminación con respecto a la *recepción, clasificación o procesamiento de una solicitud de empleo* o en cualquier documento destinado a presentar una solicitud a un posible empleador.

18.1. Nadie podrá, en un *formulario de solicitud de empleo o entrevista de empleo*, exigir a una persona que proporcione información sobre cualquier motivo mencionado en la sección 10 [los motivos legales de discriminación] a menos que la información sea útil para la aplicación de la sección 20¹⁰ o la implementación de un programa de acción afirmativa existente en ese momento de la aplicación.

18.2. Nadie podrá despedir, *negarse a contratar* o sancionar de otro modo a una persona en su empleo por el mero hecho de que haya sido condenada por un delito penal o criminal, si el delito no estaba de ninguna manera relacionado con el empleo o si la persona ha obtenido un perdón por la ofensa.

Un empleador no podría hacer preguntas sobre alguna de las características personales del candidato en una solicitud de empleo o durante una entrevista de trabajo, a menos que la pregunta se relacione con un requisito para el trabajo o que el empleador sea una organización sin fines de lucro o una organización dedicada al bienestar de un grupo étnico, y la pregunta se relacione con la misión de la organización (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2016:18).

3. Reino Unido

La Ley de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*) establece los derechos y libertades fundamentales a los que tiene derecho toda persona en el Reino Unido. Incorpora los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos al derecho interno británico (Equality and Human Rights Commission, 2018-a).

El artículo 14 de la citada Ley exige que todos los derechos y libertades establecidos en ella deban protegerse y aplicarse sin discriminación, en los siguientes términos:

Artículo 14: Prohibición de discriminación

El disfrute de los derechos y libertades establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Ley de Derechos Humanos se garantizará sin discriminación por motivo alguno de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, propiedad, nacimiento u otra condición.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 20, una distinción, exclusión o preferencia basada en las aptitudes o calificaciones requeridas para un empleo, o justificada por el carácter caritativo, filantrópico, religioso, político o educativo de una institución sin fines de lucro o de una institución dedicada exclusivamente al bienestar de un grupo étnico, se considera no discriminatoria.

Por su parte, la Ley de Igualdad de 2010 (*Equality Act 2010*) reúne más de 116 leyes distintas en una sola¹¹. En ella se establecen las características personales que están protegidas por la ley (edad, discapacidad, cambio de sexo, matrimonio y unión civil, embarazo y maternidad, raza, religión o creencia, sexo y orientación sexual) y las conductas que son ilícitas (*Equality and Human Rights Commission, 2018-b*).

La Comisión de Igualdad y Derechos Humanos interpreta de la Ley de Igualdad de 2010 por medio de códigos de buenas prácticas (*Codes of Practice*), que son la fuente autorizada de orientación para el análisis riguroso de los detalles de la legislación. Es más, los tribunales de justicia deben tener en cuenta el Código de Buenas Prácticas en el Empleo (*Code of Practice on Employment*, en adelante 'el Código') en los casos de discriminación en el empleo, al buscar empleo y en las actividades relacionadas con el trabajo (*Equality and Human Rights Commission, 2018-b*).

De acuerdo con el Código, la Parte 5 de la Ley establece la conducta prohibida tal como se aplica en el contexto laboral. Introduce nuevas formas de obligaciones para los empleadores de proteger a los solicitantes de empleo y a los empleados del acoso de terceros durante el curso del empleo, y de no preguntar sobre la discapacidad o la salud de los solicitantes durante el proceso de contratación.

El principio general consagrado en la Ley es que un empleador no debe discriminar durante el proceso de solicitud. El Código aclara que la Ley (secciones 39(1) & (3)) requiere que los empleadores no discriminen ni victimicen a los solicitantes de empleo en las gestiones que realicen para decidir a quién se le debe ofrecer empleo, en las condiciones en las que ofrecen empleo o al no ofrecer empleo al solicitante. Las "gestiones" se refieren a las políticas, criterios y prácticas utilizadas en el proceso de contratación, incluido el proceso de toma de decisiones, e incluyen los anuncios de empleo, el proceso de solicitud y la etapa de entrevista.

Las obligaciones de los empleadores hacia los solicitantes de empleo, de acuerdo con la sección 60 de la Ley, se extienden a que no deban realizarles consultas sobre discapacidad o salud antes de que se les haga la oferta de trabajo (de forma condicional o incondicional) o ha sido incluido en un grupo de candidatos seleccionados a quienes se les ofrecerá un trabajo cuando haya un puesto disponible. Esto incluye hacer dichas preguntas como parte del proceso de solicitud o durante una entrevista. Las preguntas relativas a licencias por enfermedad anteriores son también preguntas relacionadas con la discapacidad o la salud.

Sin embargo, hay situaciones en las que será legal para un empleador hacer preguntas relacionadas con la discapacidad o la salud:

¹¹ Las nueve leyes principales que se fusionaron son: la Ley de Igualdad Salarial de 1970, la Ley de Discriminación Sexual de 1975, la Ley de Relaciones Raciales de 1976, la Ley de Discriminación por Discapacidad de 1995, el Reglamento sobre igualdad en el empleo (Religión o Creencias) de 2003, el Reglamento sobre igualdad en el empleo (Orientación Sexual) de 2003, el Reglamento sobre igualdad en el empleo (Edad) de 2006, la Ley de Igualdad de 2006, parte 2, y el Reglamento de la Ley de Igualdad (Orientación Sexual) de 2007 (*Equality and Human Rights Commission, 2018-b*).

- cuando se necesite hacer un ajuste razonable para el proceso de contratación (ej. el formulario de solicitud dice: “Comuníquese con nosotros si tiene una discapacidad y necesita algún ajuste para la entrevista”),
- con el fin de monitorear la diversidad de los solicitantes,
- para que puedan beneficiarse de cualquier medida destinada a mejorar las tasas de empleo de las personas con discapacidad (por ej. el sistema de entrevistas garantizadas mediante el cual se ofrece una entrevista a cualquier persona con discapacidad que cumpla con los requisitos esenciales del puesto),
- cuando sea necesario demostrar un requisito ocupacional si para un trabajo se requiere a una persona con una discapacidad particular (por ej. un empleador quiere contratar a un trabajador para un proyecto para la sordoceguera, que tenga experiencia personal de este tipo).
- si existe el requisito de examinar a los solicitantes por motivos de seguridad nacional, y
- antes de que se haga la oferta de trabajo o antes de que la persona esté en un grupo de candidatos a los que se les ofrecerán vacantes cuando surjan, cuando la pregunta se relaciona con la capacidad de una persona para llevar a cabo una función que es intrínseca a ese trabajo.

En cuanto a la información personal requerida solicitada como parte del proceso de solicitud de empleo, el Código señala que el empleador puede reducir la posibilidad de discriminación asegurándose de que la sección del formulario que solicita tal información sea separable del resto del formulario o que se solicite por separado. Es una buena práctica que esta información no se proporcione a las personas que están preseleccionando o entrevistando porque podría permitirles conocer las características protegidas de una persona (como la edad o el sexo). Sin embargo, cuando las características protegidas de un solicitante son sugeridas por la información contenida en un formulario de solicitud o CV (por ejemplo, calificaciones o historial laboral), quienes preseleccionan o entrevistan no deben utilizarla para discriminar al solicitante.

Del mismo modo, cuando se solicite información con fines de seguimiento como parte de un proceso de solicitud en línea, el Código indica que los empleadores deberían encontrar una manera de separar el proceso de seguimiento del proceso de solicitud (por ej. se podría enviar un formulario de seguimiento por correo electrónico al recibirse un formulario de solicitud rellenado). Cualquier otra pregunta en el formulario sobre características protegidas debe incluir una explicación clara de por qué se necesita esta información y una garantía de que la información será tratada con la más estricta confidencialidad.

Asimismo, no se debe pedir a los solicitantes que proporcionen fotografías, a menos que ello sea esencial para fines de selección (por ej. para un trabajo de actuación) o por motivos de seguridad (por ej. para confirmar que quien asista a una evaluación o entrevista sea el solicitante).

Por último, de acuerdo con el Código, se deben evitar preguntas irrelevantes en la entrevista que se relacionen con características protegidas (por ej. preguntas sobre el cuidado de los niños, vivienda o planes para casarse o tener hijos). La mujer no tiene obligación de declarar su embarazo en un proceso de contratación. Tampoco se deben hacer preguntas ni hacer suposiciones sobre si alguien encajaría en la fuerza laboral existente (por ej. preguntar a una mujer: “serías la única mujer que haría este trabajo y los hombres podrían hacer bromas sexistas, ¿cómo te sentirías sobre esto?”).

Normativa

Internacional

- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998). Adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110.a reunión (2022). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf (febrero, 2024).
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C111:NO (febrero, 2024).

Chile

- Decreto 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://bcn.cl/2ff4c> (febrero, 2024).
- DFL 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Disponible en: <https://bcn.cl/2f6o9> (febrero, 2024).
- Ley 21643, Modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo. Disponible en: <https://bcn.cl/3hkc6> (febrero, 2024).

Argentina

- Constitución de la Nación Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (febrero, 2024).
- Ley N° 23.592, Adóptanse medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm> (febrero, 2024).
- Ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/norma.htm> (febrero, 2024).
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=166 (febrero, 2024).

- Ley N° 6471 de búsqueda laboral equitativa (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Disponible en: https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PL-LEY-LCABA-LCBA-6471-21-6281.pdf (febrero, 2024).
- Proyecto de ley expediente 0451-D-2023, H. Cámara de Diputados. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/cdhygarantias/proyecto.html?exp=0451-D-2023> (febrero, 2024).

Canadá

- Human Rights Code (Ontario). Disponible en: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90h19> (febrero, 2024).
- Alberta Human Rights Act. Disponible en: <https://kings-printer.alberta.ca/documents/Acts/A25P5.pdf> (febrero, 2024).
- British Columbia Rights Code. Disponible en: https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/00_96210_01 (febrero, 2024).
- Quebec Charter of Rights and Freedoms. Disponible en: <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/pdf/cs/C-12.pdf> (febrero, 2024).

Reino Unido

- Human Rights Act 1998. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf> (febrero, 2024).
- Equality Act 2010. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/data.pdf> (febrero, 2024).

Referencias bibliográficas

- Abogados.com.ar (2021). *Ley de currículum equitativo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Disponible en: <https://abogados.com.ar/ley-de-curriculum-equitativo-en-la-ciudad-autonoma-de-buenos-aires/29550> (febrero, 2024).
- Adamovic, Mladen (2020). Analyzing discrimination in recruitment: A guide and best practices for resume studies. *International Journal of Selection and Assessment*, 28(4), 445–464. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/ijsa.12298> (febrero, 2024).
- Canadian Centre for Diversity and Inclusion, CCDI (2018). *Overview of Human Rights Codes by Province and Territory in Canada*. Disponible en: <https://ccdi.ca/media/1414/20171102-publications-overview-of-hr-codes-by-province-final-en.pdf> (febrero, 2024).
- Canadian Human Rights Commission (s/f). *Human rights in Canada*. Disponible en: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/human-rights-canada> (febrero, 2024).
- Capuano, Angelo (2023). 'Computer says no': More employers are using AI to recruit, increasing the risk of discrimination. Phys.org. Disponible en: <https://phys.org/news/2023-12-employers-ai-discrimination.html> (febrero, 2024).

- Castro C., José F. (2001). *Discriminación en las relaciones laborales*. Boletín Dirección del Trabajo, Marzo, N° 146/2001. Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-65173_recurso_1.pdf (febrero, 2024).
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (2016). *The Charter of Human Rights and Freedoms Made Easy*. Disponible en: https://www.cdpcj.gc.ca/storage/app/media/publications/Charte_simplifiee_EN.pdf (febrero, 2024).
- Defensoría del Pueblo (2022). Los currículums vitae no incluirán nombre, edad, género ni fotos. Disponible en: <https://defensoria.org.ar/noticias/los-curriculums-vitae-no-incliran-nombre-edad-genero-ni-fotos-2/#:~:text=Mediante%20la%20Ley%206471%2C%20la,y%20cualquier%20otro%20intermediario%20a> (febrero, 2024).
- Dirección del Trabajo (2021). *¿Qué condiciones contenidas en las ofertas de trabajo pueden estimarse como discriminatorias?* Consultas. Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-95023.html> (febrero, 2024).
- Elsalario.com.ar (2023). *Trato Justo*. Disponible en: <https://elsalario.com.ar/trabajo-decente/trato-justo> (febrero, 2024).
- Equality and Human Rights Commission (2018-a). *The Human Rights Act*. Disponible en: <https://www.equalityhumanrights.com/human-rights/human-rights-act> (febrero, 2024).
- (2018-b). *Equality Act 2010*. Disponible en: <https://www.equalityhumanrights.com/equality/equality-act-2010> (febrero, 2024).
- (2015). *Employment: Code of Practice*. Disponible en: <https://www.equalityhumanrights.com/equality/equality-act-2010/codes-practice/employment-code-practice-0> (febrero, 2024).
- Ontario Human Rights Commission (s/f-a). *Appendix B – Human rights in the workplace: which laws?* Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-95023.html> (febrero, 2024).
- (s/f-b). *Guide to your rights and responsibilities under the Human Rights Code*. Disponible en: <https://www.ohrc.on.ca/en/human-rights-work-2008-third-edition/appendix-b—human-rights-workplace-which-laws> (febrero, 2024).
- (s/f-c). *5. Interviewing and making hiring decisions*. Disponible en: <https://www.ohrc.on.ca/en/iv-human-rights-issues-all-stages-employment/5-interviewing-and-making-hiring-decisions> (febrero, 2024).
- Organización Internacional del Trabajo, OIT (s/f). *No discriminación e igualdad*. Disponible en: https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/tools-resources/WCMS_151902/lang-es/index.htm (febrero, 2024).

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)