



DEPARTAMENTO JURÍDICO
K.9102(2052)2016 //

ORD.: 0823, 0026,

MAT.: Atiende presentación relativa al cumplimiento de la obligación que el art.22 del D.S. 594 impone a la empresa en materia de servicios higiénicos en caso de un trabajador transexual.

RDIC.: 1) Esta Dirección no se encuentra facultada para disponer la forma concreta y específica en que el empleador debe regular una materia interna, como es el uso de los servicios higiénicos de su personal, por cuanto ello le compete a la propia empresa, dictando el reglamento a que refieren los artículos 153 y siguientes del Código del Trabajo, conforme a las particularidades de la faena de que se trate y ajustándose a los preceptos y limitantes que se han mencionado en este informe.

2) Sin perjuicio de la conclusión anterior, al momento de regular materias como la del presente caso, cabe tener presente que una persona transexual o, en términos amplios, cualquier trabajador o trabajadora que sea sujeto de una migración de género, tiene, como todos, el derecho a ser respetado en su autopercebida identidad de género, pudiendo la lesión de ésta -sea de parte del empleador, sea de parte de otro trabajador- resultar atentatoria a la dignidad, así como al derecho al trato igualitario y a otros derechos esenciales, lo cual deviene contrario al ordenamiento jurídico vigente.

ANT.: 1) Instrucciones de 01.02.2017 de Jefe(S) U. Dictámenes.

2) Instrucciones de 09.12.2016 de Jefe D. Jurídico.

3) Instrucciones de 27.10.2016 de Jefa U. Dictámenes.

4) Presentación de 31.08.2016 de Arcos Dorados Restaurantes de Chile Ltda.

FUENTES: Arts.2; 5; 153; 154; 184 del C. del Trabajo; art.22 del DS.594 de 1999; Art.2 Ley 20609; Art.1 y 19 N°s 2 y 16 de la CPR.

CONCORDANCIAS: Ord. 5469/292 de 12.09.1997; Ord. 2210/035 de 10.6.2009; Ord. 2660/033 de 18.7.2014

SANTIAGO,

17 FEB 2017

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO (S)

A : SR. PEDRO MATAMALA S.
ARCOS DORADOS RESTAURANTES DE CHILE LTDA.
AV.KENNEDY 5454, LAS CONDES.

Mediante presentación del Ant. 3), la empleadora Arcos Dorados Restaurantes de Chile viene en exponer, en resumen, lo que se enumera a continuación:

1. Que un trabajador les informó que "padece de disforia de género femenina"(sic).
2. Que les han surgido dudas respecto de qué servicio higiénico debe utilizar el trabajador mientras no concrete su cambio de nombre y sexo, motivadas principalmente por la incomodidad que puedan llegar a sentir algunos dependientes.
3. Que el artículo 22 del Decreto Supremo N° 594 de 1999 del Ministerio de Salud no otorga ningún tipo de herramienta para tomar una decisión en estos casos.

A partir de lo anterior, la interesada solicita a este Servicio un pronunciamiento jurídico.

Sobre el particular informo a Ud. lo siguiente:

El reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo (Decreto Supremo N° 594 de 1999, del Ministerio de Salud) establece en su artículo 22:

"Art.22.- En los lugares de trabajo donde laboren hombres y mujeres deberán existir servicios higiénicos independientes y separados. Será responsabilidad del empleador mantenerlos protegidos del ingreso de vectores de interés sanitario, y del buen estado de funcionamiento y limpieza de sus artefactos."

De la norma reglamentaria precitada se obtiene que una de las obligaciones generales de higiene y seguridad que debe cumplir el empleador cuando en la faena se desempeñan tanto hombres como mujeres, es la de mantener servicios higiénicos de manera separada y con estructura autónoma.

En palabras simples, la normativa en comento se ha ocupado expresamente de exigir a las empresas tener baños para hombres y baños para mujeres, materialmente aislados y, por cierto, en condiciones apropiadas.

A su turno, el artículo 184 del Código del Trabajo dispone lo siguiente en su inciso 1°:

"Art. 184. El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales."

Conforme a la doctrina de esta Dirección, de la disposición legal citada se obtiene que "la obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador" (Ord.5469/292 de 12.09.1997).

Tal deber de protección es también reafirmado por el citado Reglamento 594 que establece la siguiente norma general en su artículo 3°:

"Artículo 3.- La empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean éstos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella."

No puede haber duda, a estas alturas del debate jurídico, que estas prescripciones de higiene y seguridad que impone el ordenamiento laboral al empleador han de proteger a todos y cada uno de sus trabajadores, cual sea la condición y situación personal de éstos, siendo inconcebible que una persona dependiente de la empresa quede marginada de tan básica protección por el solo hecho de tener un determinado sexo, orientación sexual o identidad de género.

Merece en este extremo considerar que una medida patronal que conculque una protección laboral como la indicada, fundándose exclusivamente en el referido motivo diferenciador, incurriría no sólo en infracción a las normas de los artículos 2 y 5 del Código del Trabajo -amén de incumplir el ya citado artículo 184, entre otros-, sino también significaría vulnerar el artículo 1 de la Constitución Política que consagra que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y el artículo 19 de la misma Carta, en sus numerales 2° y 16°, que aseguran la igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y la no discriminación laboral, respectivamente.

Precisado lo anterior, cabe tener presente que la regulación del orden interno y de la higiene y seguridad en una empresa con diez o más trabajadores, cuyo es el caso de la interesada, pertenece al ámbito de potestades del empleador, quién además de tener la autoridad particular para crear adecuadamente tal preceptiva, está revestido de la facultad para hacerla cumplir.

En efecto, el artículo 153 del Código del Trabajo, en su inciso 1°, dispone:

"Art. 153. Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento."

De este modo, tratándose de materias internas, como es el uso de los servicios higiénicos dentro de la empresa, es el empleador quien, en virtud de sus facultades de mando y administración, debe preestablecer las correspondientes reglas para que sus dependientes se sujeten a las obligaciones, medidas y prohibiciones destinadas a facilitar el desempeño de las labores y la adecuada convivencia y estadía en los lugares de trabajo.

Ahora bien, tal potestad de regulación interna, no obstante ser privativa de la empresa, debe siempre ajustarse a los parámetros que fija el ordenamiento jurídico, surgiendo con prevalencia el catálogo de derechos fundamentales del trabajador como una ineludible fuente de limitaciones a las facultades de mando del empleador.¹

Al respecto, vale tener presente que el artículo 5, inciso 1°, del Código del Trabajo, concretando el efecto vinculante de los derechos fundamentales al interior de la empresa, ha establecido que “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

La referida voluntad tutelar que inspira el orden público laboral se manifiesta, por cierto, en la normativa del Código del Trabajo que regula el ya aludido reglamento interno de la empresa. Primero, cuando dispone en el inciso 2° del artículo 153, lo siguiente: “Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”; y, segundo, con lo establecido en el inciso final del artículo 154, que dice: “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.”

A partir de lo anotado, forzoso es concluir que esta Dirección no se encuentra facultada para disponer la forma concreta y específica en que el empleador debe regular una materia interna, como es el uso de los servicios higiénicos de su personal, por cuanto ello le compete a la propia empresa, conforme a las prescripciones y limitantes que se han mencionado en este informe.

Con todo, merece observar, como aspecto general del tema planteado, que el artículo 22 del Decreto 594, ya citado, utiliza la terminología “hombre-mujer” porque se ha limitado a adoptar como referencia para la construcción normativa, la tradicional diferenciación biológica que es posible encontrar en variados textos legales, pero ello no implica de modo alguno que el ordenamiento jurídico permita desconocer el significado y alcance de la identidad de género a que tiene derecho toda persona, ni menos puede constituir un fundamento para adoptar medidas vulneratorias.²

En este punto, bien vale tener presente que la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, ha establecido expresamente que motivos como la identidad de género, “no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”, de lo que cabe necesariamente desprender que el factor en comento ya ha sido recepcionado con el debido alcance por el ordenamiento jurídico nacional.

¹ Ver Dictamen Ord. N°2210/035 de 10.6.2009

² El art.2 de la Ley 20.609 publicada el 24.7.2012 contempla de modo expreso la “identidad de género” dentro de los motivos que particularmente configuran discriminación arbitraria. (El Ord. N° 2680/033 de 18.7.2014 actualiza la doctrina institucional a la luz de la normativa establecida en la Ley 20.609)

Advertido lo anterior, en este particular corresponde considerar que, según doctrina comparada, la identidad de género es "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales".³

Este concepto, en correlación con los derechos fundamentales que se deben amparar en sede laboral, permite sostener que una persona transexual o, en términos amplios, cualquier trabajador o trabajadora que sea sujeto de una migración de género, tiene, como todos, el derecho a ser respetado en su autopercibida identidad de género, pudiendo la lesión de ésta -sea de parte del empleador, sea de parte de otro trabajador- resultar atentatoria a la dignidad, tanto como al derecho al trato igualitario y a otros derechos esenciales, vgr., la honra, la intimidad y la integridad física y síquica del afectado.

En ese entendido, el empleador que, por ejemplo, impartiere la orden perentoria a la mujer transexual o transgénero de usar exclusivamente el baño de hombres, daría lugar a las infracciones legales y a las conductas vulneratorias en los términos ya referidos, así como también incurriría en ilicitud si tolerase el trato indigno o discriminatorio cometido por otros trabajadores sobre esa persona.

Son precisamente este tipo de consideraciones las que han de ser ponderadas por la empresa al momento de adoptar decisiones en materias como la que expone la presentación, pues, ya se ha señalado, es el empleador el llamado a regular adecuadamente el orden interno en el lugar de trabajo, armonizando los diversos derechos y obligaciones que inciden en la permanencia y convivencia diaria del personal, siempre con resguardo de la dignidad de la persona y del mutuo respeto entre los trabajadores, tal como lo dispone el legislador en el ya citado artículo 153 inc.2° del estatuto laboral y de modo general en el artículo 2 inc. 2° del mismo Código al prescribir que "las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona".

En consecuencia, atendiendo los argumentos y disposiciones ya anotadas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1) Esta Dirección no se encuentra facultada para disponer la forma concreta y específica en que el empleador debe regular una materia interna, como es el uso de los servicios higiénicos de su personal, por cuanto ello le compete a la propia empresa, dictando el reglamento a que refieren los artículos 153 y siguientes del Código del Trabajo, conforme a las particularidades de la faena de que se trate y ajustándose a los preceptos y limitantes que se han mencionado en este informe.

³ Orientación Sexual e Identidad De Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para América del Sur, 20.11.2013, disponible en www.acnudh.org

2) Sin perjuicio de la conclusión anterior, al momento de regular materias como la del presente caso, cabe tener presente que una persona transexual o, en términos amplios, cualquier trabajador o trabajadora que sea sujeto de una migración de género, tiene, como todos, el derecho a ser respetado en su autopercebida identidad de género, pudiendo la lesión de ésta -sea de parte del empleador, sea de parte de otro trabajador- resultar atentatoria a la dignidad, así como al derecho al trato igualitario y a otros derechos esenciales, lo cual deviene contrario al ordenamiento jurídico vigente.

Saluda atte.



RAFAEL PEREIRA LAGOS
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO (S)

SEP/CLCH
 Distribución:

- Dest.
- Departamentos DT
- XV Regiones
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- Jefe Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subsecretario del Trabajo
- Boletín
- Jurídico - Partes - Control.

