

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.

AUTOR :

PAULINA V. DIEZ FERRE

PROFESOR GUÍA: VICTOR RICARDO JURI SABAG

Santiago, Chile 2004

INTRODUCCIÓN .	1
RESÚMEN .	3
CAPÍTULO I. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL .	5
1.1. Aspectos doctrinarios . .	5
1.1.1. Principio jurídico de igualdad . .	5
1.1.2. Relación del principio de igualdad con el principio de no discriminación .	8
1.2. Principio de no discriminación en el empleo .	9
1.2.1. Concepto de discriminación . .	10
1.2.2. Discriminación laboral .	12
1.3. Reconocimiento jurídico del principio de igualdad y no discriminación en materia laboral . .	13
1.3.1. Derecho internacional . .	13
1.3.2. Derecho interno . .	19
CAPÍTULO II. FASES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL .	23
2.1. La Discriminación en la Relación Laboral . .	23
2.1.1. La relación laboral . .	25
2.1.2. Formas de discriminación en la relación laboral .	27
2.2. Momentos de la discriminación en el empleo . .	29
CAPÍTULO III. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA DEL CONTRATO DE TRABAJO . .	39
3.1. Aspectos generales . .	39
3.2. Poder del empresario en la pre-contratación de trabajadores .	41
3.2. La pre-contratación en el derecho laboral chileno . .	42
3.4. Factores e instrumentos en la discriminación pre-ocupacional . .	45
3.4.1. Test pre-ocupacionales . .	46
3.4.3. Detector de mentiras o polígrafo: .	52
3.5. Grupos más vulnerables a la discriminación pre-ocupacional . .	53

3.5.1. Discriminación por sexo . .	54
3.5.2. Discriminación por discapacidad .	58
3.5.3. Discriminación por raza .	60
3.5.4. Discriminación por edad . .	61
3.5.5. Discriminación por VIH/SIDA .	62
CAPÍTULO IV. VÍAS DE IMPUGNACIÓN FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA DE LA RELACIÓN LABORAL .	65
4.1. Uso de factores de discriminación prohibido . .	65
4.2. La responsabilidad frente a la discriminación pre-ocupacional en derecho comparado . .	69
4.2.1. Derecho del Trabajo Alemán .	69
4.2.2. Derecho laboral norteamericano .	70
4.2.3. Derecho laboral español . .	70
4.3. Sistema de responsabilidad por actos discriminatorios pre-ocupacionales en el Derecho Chileno. . .	71
4.3.1. Acciones constitucionales .	72
4.3.2. Acciones administrativas .	75
4.3.3. Acciones civiles de resarcimiento . .	75
4.4. Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759 .	82
CONCLUSIONES . .	85
BIBLIOGRAFÍA .	87
LIBROS: .	87
APUNTES: .	88
REVISTAS: .	88
TESIS: . .	89
TRATADOS Y CONVENIOS: .	89

INTRODUCCIÓN

El derecho del trabajo al nacer como rama protectora del más débil en la relación laboral se ha caracterizado por la búsqueda de un ordenamiento más justo e igualitario.

En este sentido, el principio de no-discriminación, aparece como uno de los principios tutelares fundamentales para asegurar la plena vigencia del principio de igualdad laboral, prohibiendo toda exclusión o menoscabo fundado en criterios distintos de la capacidad o idoneidad del trabajador para la ejecución de un trabajo determinado.

El principio de no discriminación opera durante el inicio, desarrollo o conclusión de la relación laboral, pero es en la primera fase, dentro de los llamados tratos preliminares que se llevan a cabo con el fin elaborar, discutir y concertar el contrato de trabajo, que se requiere de mayor reparo. Esto se explica, en primer lugar, por la importancia que el trabajo desempeña en la sociedad al permitir al hombre desarrollar sus potencialidades y contribuir al desarrollo de la comunidad que integra, dignificando su condición de ser humano. Por ello, muchas veces, la necesidad de desempeñar un trabajo remunerado, puede dar lugar a un régimen de vulneración de los derechos fundamentales del trabajador mediante la aceptación de mecanismos o instrumentos intrusivos de su vida privada. En segundo lugar, porque en esta etapa nos encontramos en una situación anterior al nacimiento de la relación laboral, por lo que se dificulta enormemente probar los actos discriminatorios a que puedan verse afectados los postulantes a un trabajo determinado y, finalmente, porque la legislación ha sido deficitaria en establecer mecanismos eficaces para poner término y reparar los daños derivados de un acto o medida discriminatoria.

Es virtud de estas consideraciones, es necesario centrar el análisis del principio de no-discriminación en la etapa pre-ocupacional poniendo acento en los instrumentos de selección de personal más utilizados en las prácticas laborales de las empresas e individualizar los grupos más vulnerables a las conductas atentatorias contra estos derechos.

Finalmente, y en atención, a la necesidad de resguardar los derechos de los trabajadores, el mayor aporte en este sentido, será orientar, no sin antes denunciar la insuficiencia de mecanismos legales, judiciales y administrativos que permitan garantizar los derechos consagrados en la Constitución y la Ley, acerca de las acciones que pueden iniciar los trabajadores víctimas de la desigualdad y la discriminación laboral y la toma de conciencia de que el derecho existe y amerita ser respetado.

RESÚMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar, desde un punto de vista descriptivo, el principio de no discriminación en la fase preparatoria de la relación laboral, señalando los remedios que dispone nuestra legislación para los efectos de restablecer los derechos conculcados y otorgar la debida protección a los afectados o víctimas de la discriminación laboral. Para ello, hemos realizado la siguiente división del trabajo:

En el Capítulo I y, con el fin de internarnos en el tema de la discriminación laboral, realizamos un estudio detallado del principio de igualdad y no discriminación, señalando su constatación en los diversos Tratados Internacionales y regulación en nuestro derecho interno.

En el Capítulo II, nos abocamos a desarrollar el principio de no-discriminación en la relación laboral propiamente tal, indicando las formas de discriminación laboral, ya sean directas, indirectas y las llamadas acciones positivas, señalando los diferentes momentos en que pueden presentarse conductas discriminatorias durante el desarrollo de la relación laboral.

En el Capítulo III, realizamos un estudio detallado del principio que nos ocupa en la etapa preparatoria de la relación laboral, abarcando todos los motivos, distinciones, preferencias o exclusiones de discriminación reconocidos por los tratados internacionales y la legislación interna, los instrumentos discriminatorios más utilizados en esta etapa y los grupos más vulnerables a verse afectados a este tipo de actuaciones.

Finalmente, en Capítulo IV, examinamos las distintas vías de impugnación ante actos de discriminación tanto en la legislación interna como comparada, con especial tratamiento de la viabilidad en la obtención de indemnizaciones y reparaciones en nuestra legislación.

CAPÍTULO I. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL

1.1. Aspectos doctrinarios

1.1.1. Principio jurídico de igualdad

El principio de igualdad ha sido la fuerza impulsora de los derechos humanos, obteniendo reconocimiento tanto en el plano nacional como internacional, constituyendo un importante pilar del desarrollo de los conceptos de dignidad y respeto de la persona humana.

El principio de igualdad recoge la idea de igualdad de trato, lo que sugiere una estrecha conexión de este principio con la noción de justicia. De esta manera, como lo señala Perelmann “la noción de justicia sugiere a todas las personas, de manera casi inevitable, la idea de una cierta igualdad. Desde Platón y Aristóteles, pasando por Santo Tomás de Aquino, hasta los juristas, moralistas y filósofos contemporáneos, todo el

mundo está prácticamente de acuerdo en este punto. La idea de justicia consiste en una cierta aplicación de la idea de igualdad”.¹

No obstante, es menester señalar, que su conexión se basa más que nada en una relación de continente a contenido, es así, que la igualdad no es más que un elemento de la justicia. Esto viene a explicar razonablemente la formulación clásica del principio: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. El trato igualitario requiere, para ajustarse al obrar justo, una justificación.

La idea de justificación constituye un importante elemento del contenido formal del principio de igualdad, ello se explica porque, el principio de igualdad, no excluye las diferenciaciones de trato cuando se presentan distintas situaciones o condiciones que ameriten la discriminación. Así lo han señalado los autores Mario Verdugo y Humberto Nogueira: “La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.²

En conformidad a lo que ha señalado la doctrina nacional, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha sostenido, que: “La igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera que sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes, atendiendo a consideraciones de raza, ideologías, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal”.³

De lo anterior se desprende que no puede desconocerse el trato desigual, toda vez que el propio ordenamiento jurídico establece discriminaciones fundadas en justificaciones objetivas y razonables. Pero esta conclusión mal puede conducir a determinar a quiénes se considerarán en un plano de igualdad o no. Esta meditación nos lleva a dar un nuevo paso en la configuración del principio, siendo necesario reparar en los criterios o factores de discriminación que permiten construir las categorías de lo igual y lo desigual, determinar quiénes serán comprendidos en una u otra, para proceder a asignar el tratamiento igualitario o diferenciado que corresponda. Estos criterios, factores de discriminación o fórmulas de justicia concreta⁴, retoman la noción de justicia que señalábamos anteriormente, dado que la construcción de dichas categorías o fórmulas

¹ PERELMANN Chain. De la Justicia. México. 1967.

² VERDUGO, Mario y NOGUEIRA, Humberto. Derecho Constitucional. Chile. Editorial Jurídica. 1991.

³ Sentencia de 25 de noviembre de 1970 de la Corte Suprema. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago. Chile Tomo 67, Sección 1. 530 p.

⁴ Factores de discriminación es el concepto utilizado por el profesor Valdés Prieto. El autor Perelmann prefiere referirse a fórmulas de justicia concreta. Otros autores les denominan criterios materiales de las categorías esenciales (M. Atienza) o reglas materiales de justicia y criterios para reglas de distribución, en este sentido el autor Oppenheim.

exigen un factor de discriminación legítimo, la existencia de un criterio justificado. En efecto, como señala la profesora Luz Bulnes: “El principio de igualdad ante la ley, tanto en el derecho nacional como en el comparado, supone la posibilidad para el legislador y para la administración de establecer diferencias. La norma jurídica debe regular en forma igual sólo aquellas situaciones jurídicas que sean esencialmente iguales, y la jurisprudencia francesa y alemana han reconocido que para cumplir con el principio de la igualdad jurídica, tanto el administrador como el legislador muchas veces tienen que obligatoriamente establecer diferencias, y específicamente, la administración si actúa en el marco de la Constitución y la ley, puede modificar las prácticas seguidas si ellas no cumplen con el interés general o son inadecuadas para el interés perseguido”⁵.

En fin, el principio de igualdad jurídica no implica una igualdad horizontal o matemática entre los individuos, ya que, en conformidad a un criterio de igualdad justificado, deberá tratarse igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, pudiendo tratarse distinto a quienes no son iguales según ese mismo criterio.

Esta nueva conclusión nos permite entender que el principio de igualdad, en atención a los criterios de diferenciación, no es absoluto sino más bien parcial o relativo. Pero la pregunta que debemos plantearnos ahora es: ¿cuáles son los parámetros que nos permiten determinar si los criterios de igualdad obedecen a una justificación objetiva y razonable?, no sea que por la vía de determinar criterios de diferenciación basadas en justificaciones dudosas o subjetivas alejadas de la noción de justicia, se lleguen a discriminaciones arbitrarias.

La respuesta a este problema lo encontramos en la Constitución Política de la República, que al establecer los Principios, Derechos y Garantías Fundamentales, impiden al sujeto deudor del tratamiento igualitario, operar con regímenes de disparidad que vulneren los bienes jurídicamente protegidos.

Así, el principal sujeto obligado, el Estado, aunque no el único, en virtud de la Carta Fundamental⁶, tiene un fin intrínseco en cuanto constituye su razón de ser, objetivo e irrenunciable: la prosecución del bien común.

El profesor Paulino Varas A., respecto a este punto señala: “De esta manera, toda ley en sentido amplio debe adecuarse, como el medio al fin, al bien común. Es decir, de toda decisión de autoridad debe seguirse un bien que irradie a la sociedad civil. Se ha criticado duramente la noción de bien común por la dificultad que entraña concretarla. Si bien ello es cierto por la complejidad de las decisiones políticas, la falta de información adecuada y la dificultad de obtener una previsión de los efectos de aquéllas, entre otras, no parece argumento suficiente para desconocer este fin de toda autoridad pública.

⁵ BULNES Aldunate, Luz. La igualdad ante la ley. Chile. Apuntes del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 1991. Página 12.

⁶ Capítulo I: Bases de la institucionalidad, artículo primero, inciso cuarto de la Constitución Política de la República de Chile, establece: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

De esta manera, así como la ley es justa en cuanto se ordena al bien común, el régimen de disparidad implícito en aquélla no es arbitrario si se ajusta al bien común”⁷.

En conclusión, el respeto a las exigencias del bien común es esencial para determinar la licitud o ilicitud de cada régimen de disparidad y, por ende, de las categorías o factores de discriminación que le son aplicables.

1.1.2. Relación del principio de igualdad con el principio de no discriminación

Con relación a las consideraciones vistas en el punto anterior, fácil es relacionar los principios de igualdad con el de no discriminación, en virtud del aspecto parcial o relativo del primero. Pero muchas veces en la literatura jurídica al referirse indistintamente a uno u otro, no existe coincidencia en el sentido que se pretende otorgarles, y aunque no podemos afirmar que se tratan de principios distintos, si podemos señalar que operan de diferente modo según sea el factor de discriminación aplicable.

Esto nos lleva a precisar la relación de ambos principios, más si consideramos que la doctrina nacional en materia laboral ha adoptado la expresión de principio de no discriminación laboral con mayor éxito que la de igualdad jurídica laboral.

En esta materia seguiremos especialmente el criterio expuesto por José Luis Ugarte Cataldo⁸, que al trazar la relación entre ambos principios señala que es posible advertir las siguientes alternativas:

Entender estos principios como distintos, el de igualdad como aquel propio del Estado Liberal, en el cual todos los hombres son iguales ante la ley, en un sentido abstracto y general, y el principio de la no discriminación como propio del Estado de Derecho, por el cual se prohíbe toda discriminación basada en consideraciones de raza, sexo, religión, tendencias, etc., eliminando diferencias no razonables en la elaboración de normas jurídicas.

Entender que ambos principios no son distintos sino que el mismo principio, que es el de la igualdad, sin embargo, con una estructura compuesta, según la cual, el principio operaría en dos niveles: en primer lugar, se impiden las distinciones sin una justificación de modo general y, en segundo lugar, se impiden las distinciones basadas en ciertos criterios, tales como religión, sexo, raza, etc., todos descritos generalmente en el derecho internacional.

Entender a ambos principios como parte de una misma idea, el mismo y único principio de igualdad visto desde diferentes perspectivas, y de cuyo contenido importan

⁷ VARAS A., Paulino El Principio de igualdad. Apuntes del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 1999.

⁸ UGARTE Cataldo, José Luis. Igualdad Jurídica y la Discriminación Laboral, revisión de algunas situaciones problemáticas. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 1997. Páginas 30 y ss.

tres aspectos:

La disposición imperativa dirigida a que el Estado trate de un mismo modo a los particulares que están en una misma situación o categoría (igualdad).

La disposición permisiva que faculta al Estado a no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en categorías distintas según un criterio de discriminación justificado (distinción).

La disposición prohibitiva tendiente a impedir que sobre la base de criterios injustificados se trate de manera desigual a aquellos que están en categorías distintas (discriminación).

Siguiendo esta última postura, se concluye, que el principio de igualdad ante la ley puede responder simultáneamente a tres interrogantes distintas⁹:

¿Qué ordena o manda el principio de igualdad ante la ley?. Tratar igual a los iguales, bajo la condición de un criterio de igualdad justificado.

¿Qué permite o autoriza el principio de igualdad? Tratar distinto a los distintos, bajo la condición de un criterio o factor de discriminación justificado (objetivo y razonable).

¿Qué prohíbe el principio de igualdad? Tratar distinto a los iguales y tratar iguales a los distintos, bajo la condición de un criterio de discriminación injustificado (subjetivo y no razonable).

En definitiva, la relación entre ambos principios es elíptica a nuestro entender, ello porque si pensamos que el principio de igualdad se centra en el concepto de la igualdad normativa o de trato, la vinculación con el principio de no discriminación aparece cuando esta igualdad de trato es infringida (discriminación arbitraria). Pero como no toda discriminación será jurídicamente reprochable, debemos volver a retomar la noción de la relatividad del principio de la igualdad, que permite establecer categorías o factores de discriminación, siempre y cuando se funden en justificaciones objetivas y razonables, apegadas a los conceptos de justicia y bien común.

Finalmente, siempre el tema primordial en esta materia, más que las distinciones conceptuales doctrinarias, será determinar las condiciones que debe satisfacer un factor de discriminación para ser considerado justificado o no; justificado en sí mismo en cuanto a su razonabilidad y objetividad y, justificado en cuanto a un valor mayor, como es el respeto a los principios, derechos y garantías establecidos en la Carta Fundamental.

1.2. Principio de no discriminación en el empleo

⁹ En esta parte seguimos lo señalado por Jorge Abollado Vivanco. Hacia un estudio sobre el principio de igualdad y no discriminación en el empleo. El caso mapuche. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.2002. Páginas 63 y siguientes.

1.2.1. Concepto de discriminación

Se considera a la discriminación como el comportamiento negativo con respecto a los miembros de un grupo diferente, hacia el cual se tienen prejuicios y estereotipos determinados, negando a los individuos o grupos una igualdad en el trato, conculcando los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano. Ello porque la prohibición de no discriminar proviene de que todos los hombres nacen libres e iguales ante la ley, es decir, iguales en dignidad, por tanto, será ilícito privarlos de derechos en razón de sexo, raza, religión u otra cualesquiera condición.

La expresión discriminación, viene en aparecer por primera vez en los textos internacionales de derechos humanos del siglo XX, así la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, sin intentar dar un concepto señala en su artículo 7º: “Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Pero la primera definición propiamente tal intentada en un instrumento internacional se produce en la celebración del Convenio Nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre “Discriminación (empleo y ocupación)” de 1958, que señala en su artículo 1º, número 1 que: “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”.

Esta definición tiene la particularidad de precisar cuando nos encontraremos frente a una discriminación según la definición de este Convenio, tomando como base las consecuencias objetivas de las medidas discriminatorias, o al decir del profesor Eduardo Caamaño Rojo, “... es importante, pues en ella se aclara que, para estar comprendida dentro de los términos del Convenio, la discriminación debe tener la consecuencia de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato. No se trata tan sólo de evitar la discriminación a fin de garantizar a todas las personas la posibilidad de obtener empleo, sino también de evitar las dificultades que pudieran afectar a los trabajadores para obtener un empleo mejor a ascender a otro de jerarquía superior”¹⁰.

Otros instrumentos internacionales, siguiendo el mismo esquema anterior prohíben asimismo la discriminación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece en su artículo 26 una prohibición amplia de no discriminación. De igual manera, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aunque no utiliza expresamente el término de discriminación, prohíbe cualquier diferencia basado en los criterios que se señala. Literalmente su artículo 2.2. establece que “los Estados que son parte de él se obligan a garantizar el ejercicio de los derechos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra naturaleza, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo”.

¹⁰ CAAMAÑO Rojo, Eduardo. La Tutela del Derecho a la No Discriminación por Razones de Sexo durante la Vigencia de la Relación Laboral. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol. XIV. Julio 2003.

La Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, también define la discriminación enfocándola desde su esfera particular de estudio. Así en su artículo 1º 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”.

Para los efectos de analizar el concepto citaremos la definición entregada por el profesor Enrique Evans, que señala por discriminación: “Toda diferencia o distinción realizada por el legislador o por cualquiera autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”¹¹.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el elemento central para comprender la discriminación se centra en el aspecto valorico del concepto, que permite distinguir sobre la base de criterios objetivos y razonables.

Distinguir es según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “hacer que una cosa se diferencie de otra por medio de alguna particularidad, señal o divisa”¹². Pero en el ámbito que nos compete, la distinción debe entenderse no referida a la acción de detectar rasgos disímiles sino en orden a dispensar tratamientos diversos a los entes sujetos a la distinción, ya sea, provengan de acciones u omisiones, ello porque la Organización Internacional del Trabajo, interpretando el Convenio N° 111 en un informe de 1988 señala que la discriminación comprende un hecho que constituye la diferencia de trato sin distinguir entre la vía activa u omisiva.

Retomando el punto anterior, es procedente analizar el aspecto justificativo de la discriminación, esto es, determinar cuáles son las condiciones que debe satisfacer un criterio de distinción determinado para no ser considerado injustificado y por tanto ilícito.

Ya lo decíamos al estudiar las relaciones entre el principio de igualdad y de no discriminación, que las razones de tipo justificativas debían respetar la concepción del bien común y al respeto de los principios, derechos y deberes constitucionales. Pero ¿cómo debe ser esta justificación? Mientras el Tribunal Constitucional Chileno señala el criterio de “distinción razonable” (8.4.1985, Rol N° 28) o simplemente del “estándar de razonabilidad” (5.4.1998, Rol N° 53), la doctrina nacional ha adoptado el criterio de “distinción no arbitraria”, “no contraria a la ética elemental” o “distinción razonable”¹³.

Pero esta justificación se exigirá en un grado mayor o menor tratándose de aquellos criterios que han sido de antemano enumerados en los textos legales, por ejemplo, raza, sexo, religión, discapacidad, opinión política, ascendencia social, etc. Se dice que

¹¹ EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Chile. Editorial Jurídica. 1999. Tomo II.

¹² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Vigésima primera edición. Madrid. 1992. 540 p.

¹³ En este sentido el autor Enrique Evans.

respecto de estos criterios la ilegitimidad viene de antemano establecida por el legislador y por tanto, la fundamentación objetiva y razonable será exigida sólo respecto de aquellos que no se han señalado expresamente.¹⁴

Un elemento importante para poder establecer la injustificación de un determinado criterio será determinar la finalidad o el resultado lesivo para la igualdad de trato entre las personas. Así puede suceder que se adopten diferencias sobre la base de criterios injustificados y que no constituyan discriminación, ya sea porque el agente no perseguía lesionar la igualdad jurídica o en la práctica no se logró afectarla.

En conclusión, como lo señala José Luis Ugarte Cataldo¹⁵, para determinar la configuración de la discriminación es posible observar diversas alternativas:

El agente tuvo la finalidad y además logró un resultado lesivo para la igualdad, en dicho caso no existe ninguna duda de la presencia de la discriminación.

El agente tuvo la finalidad lesiva, no obstante no consiguió el resultado de afectar la igualdad, en dicho caso tampoco hay duda de que se trata de una discriminación.

El agente tuvo por finalidad afectar la igualdad jurídica, sin embargo con su conducta, en la práctica, produjo un resultado lesivo para el principio de igualdad jurídica.

No obstante, que el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo de 1958 sólo considera discriminación al resultado lesivo de la igualdad, del examen de los diversos instrumentos internacionales referidos a la discriminación en sus diversas especies (Convención relativa a la discriminación en la enseñanza, Convención sobre la discriminación racial, Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), se concluye que la discriminación pasa tanto por la finalidad como por el resultado obtenido con la acción u omisión discriminatoria.

1.2.2. Discriminación laboral

El principio de no discriminación laboral constituye un principio tutelar del Derecho del Trabajo, que asegura la igualdad de trato, prohibiendo toda exclusión o menoscabo en el trabajo fundado en criterios distintos de la capacidad e idoneidad del trabajador para la ejecución del mismo.

El derecho a la no discriminación en el empleo tuvo su reconocimiento expreso como derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas señalando en su artículo 2°

¹⁴ En este sentido interesante resulta consultar la tesis planteada por Fernando Martínez Rey, en *Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo*. Madrid. Editorial Mc Graw Hill. 1996. 44p., que distingue las doctrinas antidiscriminatorias de la Simple razonabilidad y de la Clasificación Sospechosa. Respecto a la primera doctrina este autor señala que el legislador debe necesariamente, al dictar normas jurídicas, distinguir y luego dirigir esa legislación a una clase de personas y no a todas ellas. En el segundo caso, el constituyente enumera ciertos criterios considerados especialmente odiosos desde el punto de vista social, tales como la raza o el origen nacional, siendo considerados inadmisibles como base de diferencias de trato.

¹⁵ Ob. Cit. N° 8.

que: “Cada hombre goza de todos los derechos y libertades establecidos en esta Declaración, sin tener en cuenta diferencia de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo”. El mismo año, en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales aprobada en la Organización de Estados Americanos, en su artículo 1º señala: “La presente Carta de Garantías Sociales tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar los derechos o reconocer otros más favorables”. Así señala en su N° 5 “Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna”, N°6 “No debe hacerse distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual para el efecto de las prestaciones sociales” y “No debe haber diferencias en la remuneración por razón de sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador”.

Es posible advertir que la discriminación laboral se desarrolla en un espacio y en un tiempo determinado, pero siempre en referencia a una relación laboral, pudiendo ser dividida en tres etapas:

Situación pre-ocupacional (estado previo a la constitución de la relación laboral)

Situación ocupacional (durante la relación laboral)

Situación post-ocupacional (una vez extinguida la relación laboral)

Los momentos de la discriminación como otras consideraciones respecto de las conductas discriminatorias serán ampliamente desarrolladas en el capítulo siguiente.

1.3. Reconocimiento jurídico del principio de igualdad y no discriminación en materia laboral

1.3.1. Derecho internacional

En el ámbito del Derecho Internacional el reconocimiento de la igualdad de trato como derecho fundamental es parte de un proceso general, que comprende todas las libertades individuales, y que la doctrina ha denominado como el fenómeno de la internalización de los derechos humanos¹⁶.

Por una parte podemos observar el tratamiento que los instrumentos internacionales otorgan a los principios de igualdad y el de la prohibición de no discriminación en sentido amplio, esto es, no referido a una rama específica del derecho y, por otra parte, el reconocimiento en las normas de derecho internacional, que ha dichos principios se concede en el ámbito propiamente laboral.

¹⁶ Ver Squella, Agustín. Derechos Humanos y Derecho Positivo. En: Revista Derecho y Humanidades. Universidad de Chile. 1992. 40p.

1.3.1.1. Instrumentos Internacionales que tratan los principios de igualdad y no discriminación dentro del ámbito de los derechos humanos

Tal como lo señalábamos en el cuerpo de esta memoria, el derecho a la no discriminación tuvo su primera consagración universal en la Declaración de Derechos

del Hombre de la Organización de Naciones Unidas en 1948. Sin embargo, existen importantes antecedentes históricos y políticos anteriores a éste, que otorgan reconocimiento a dicha igualdad. Así la declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 alude a la igualdad de los hombres, dotados de derechos inalienables como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Posteriormente, en el año 1787, la Constitución de los Estados Unidos señala: “ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de los límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

En Europa en tanto, podemos citar como importante antecedente histórico de la internalización de los derechos humanos y de la igualdad, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, que señala en su artículo 1º que: “Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales pueden fundarse en la utilidad común”.

No obstante estas normas obedecen a declaraciones unilaterales y nacionales de derechos, que aún cuando evidencian progresos importantes en la conciencia jurídica de la humanidad, escapan de la esfera propia del derecho internacional. Es por ello que sólo a partir del siglo XX, podemos hablar con propiedad de la existencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Esta Declaración consagra el principio de igualdad en su artículo 1º, pero su mayor aporte al desarrollo venidero del derecho internacional en este ámbito, se encuentra en su artículo 2º, párrafo 1, que consagra el principio de igualdad de trato al señalar: “Cada hombre goza de los derechos y libertades establecidos en esta Declaración, sin tener en cuenta diferencia de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, de nacimiento o cualquier otra condición”. En el párrafo segundo se establece que no se puede hacer distinción alguna tomando como base la situación política, legal o internacional del país o área a la cual pertenece la persona, sin importar cualquier limitación de soberanía que éste presente.

Además, el artículo 7º, consagra el principio de igualdad ante la ley, al establecer: “todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

No obstante, que esta Declaración importa la consagración del principio de no discriminación en términos amplios, podemos atribuirle un germen de protección en este

sentido en materia laboral al reconocer a las personas el derecho al trabajo, a la libre elección y, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, protección contra el desempleo e igualdad salarial.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El 23 de marzo de 1976 entra en vigencia el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este texto aparecen dos aspectos destacables, por una parte, se reconoce explícitamente el principio de igualdad ante la ley y no discriminación y, por otra, se fijan de un modo amplio los criterios inadmisibles de diferenciación, que la doctrina ha denominado criterios de “clasificación sospechosa”. Pero a su vez, es necesario resaltar que este Pacto deja abierta la posibilidad de contemplar otros factores de discriminación al señalar en la parte final del artículo 26, que constituyen motivos de discriminación “... cualquier otra condición social”, recociéndose lo que en doctrina se ha denominado como “clasificación razonable”¹⁷.

iii. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas

Con fecha 16 de diciembre de 1966, se adoptó y fue abierto a la firma de los Estados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya vigencia definitiva quedó fijada con fecha 3 de enero de 1976.

En este texto se establece normas fundamentales acerca de la igualdad de oportunidades, en su artículo 2º, se establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Dada su finalidad particular, este instrumento señala normas sobre un tratamiento diferenciado a la temática laboral en los artículos 6º y 7º.

El artículo 6º, no se refiere explícitamente a la igualdad en el acceso al trabajo ni a la prohibición de no discriminación, pero al establecer el derecho a la oportunidad de ganarse la vida en un trabajo libremente escogido, estaría prohibiendo toda conducta que discrimine en el acceso al trabajo.

El artículo 7º se refiere a la aseguración de un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie, en especial debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a la de los hombres, sin distinción de ninguna especie, igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que le corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad. Esta disposición a diferencia de la anterior, concede un derecho que supone su ejercicio durante la existencia del vínculo laboral, porque sólo bajo ese supuesto, podría reconocerse un derecho a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo.

iv. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

¹⁷ Ver nota al pie N° 14.

Esta Convención conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, fue aprobada el 22 de noviembre de 1969 por la Conferencia Especializada de Derechos Humanos de los Estados Americanos. Entrando en vigencia el 18 de julio de 1978.

El Estado de Chile ratificó este instrumento el 21 de agosto de 1990, publicándose en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

En este Pacto es posible advertir dos normas vinculadas al tema que nos ocupa. Por una parte el artículo 1º, dispone que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen sobre derechos humanos con un régimen especial: el de gozar de jerarquía constitucional, siendo de trascendental importancia el adquirir éstos la misma supremacía que la Constitución. Por otra, el artículo 24, establece la igualdad ante la ley, igual protección sin discriminación.

Este instrumento también enuncia criterios de diferenciación prohibidos, pero al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, introduce una fórmula general para establecer otros criterios “cualquier otra condición social”.

1.3.1.2. Instrumentos Internacionales referidos específicamente a la discriminación

Existen en el ámbito internacional, varios instrumentos que se refieren específicamente al tema de la discriminación, que aportan, por primera vez, una conceptualización explícita de ella.

i. La Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Aprobado y abierto a la ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Fue ratificado por el Estado Chileno el 20 de octubre de 1971.

Esta Convención reitera el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación, especialmente la derivada de razones de raza u origen nacional. Considera que la discriminación entre seres humanos por motivos de raza, color y origen étnico constituye un obstáculo a las relaciones amistosas pacíficas entre las naciones y puede perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos y, la convivencia dentro de un mismo Estado.

En su artículo 1º expresa que por discriminación racial se entenderá: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de la vida pública”.

En el artículo 4º dispone que las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas

personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, no se considerarán como medidas de discriminación racial siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos sociales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

El artículo 5º letra e) de esta Convención, contempla expresamente la no discriminación laboral: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: i) El derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria”.

Otro aspecto relevante de esta Convención consiste en la creación de un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, debiendo los Estados Partes enviarles periódicamente informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado y que sirvan para ser efectivas sus disposiciones.

ii. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer

Esta Convención entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981. Fue ratificada por el Estado Chileno el 7 de diciembre de 1989.

En su texto, partiendo de la base de la igualdad de derechos, establece el principio de no discriminación contra la mujer. En él, no sólo se reconoce el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de no discriminar, sino que impone a los Estados Partes el deber de tomar medidas que conduzcan a la igualdad en la práctica.

Esta Convención, en el artículo 11 se refiere expresamente a la discriminación de la mujer en la esfera laboral, y señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente la profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo, e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de la reproducción”.

1.3.1.3. Derecho Internacional Laboral

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) ha tenido una política constante y progresiva en la celebración de Convenios plurilaterales que tienen por objeto especificar la igualdad ante la ley en el ámbito laboral y, prohibir la aplicación de medidas discriminatorias en el trabajo.

Los niveles más altos de protección alcanzados en esta materia se los debemos a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Convenio N° 111 de la O.I.T.

El año 1954, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, confiaron a la O.I.T. la tarea de elaborar un informe sobre la discriminación en materia de empleo. A raíz de este estudio, el Consejo de la Administración de la O.I.T. inscribió dicha materia en el orden del día de la 40ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1958. En dicha oportunidad, se adoptó el Convenio N° 111, y la Recomendación del mismo número, cuyo objeto específico era la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Este Convenio constituye el primer instrumento emanado de la O.I.T. que trata el tema de la discriminación laboral, no excluyendo de su ámbito de aplicación, ningún empleo o profesión.

De acuerdo a su artículo 1º, la discriminación en el empleo significa: “cualquier diferenciación, exclusión o preferencia sobre la base de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas, extracción social o nacionalidad, que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Su texto también establece que la discriminación también incluye cualesquiera otra diferenciación, exclusión o preferencia que tenga por resultado la violación o frustración de iguales oportunidades al trato respecto del empleo o en el ejercicio de la profesión.

No se considerará discriminatoria la diferenciación, exclusión o preferencia basada en las calificaciones requeridas para un empleo específico, de ello se desprende que la discriminación sería una diferenciación arbitraria sin justificación alguna, basada en la pertenencia a un grupo social o categoría específica.

Este Convenio también define la discriminación en el empleo como una consecuencia de los privilegios. La falta de privilegio discrimina a quienes, en consecuencia, se ven desprovistos de iguales oportunidades o de igual trato en el empleo o en el ejercicio de la profesión.

ii. Convenio N° 100 de la O.I.T.

Este Convenio se refiere a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, establece en su artículo 1º, inciso (b): “La expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.

Convenio N° 156 de la O.I.T.

Este Convenio se refiere a la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores

y trabajadoras, establece en su artículo 3º: “Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”.

Convenio N° 159 de la O.I.T.

Este Convenio trata la rehabilitación profesional y el empleo de personas discapacitadas, establece en su artículo 4º, la obligación de respetar el principio de igualdad de oportunidades entre los empleados discapacitados y los empleados en general. El Convenio dispone que las medidas especiales tomadas a favor de los discapacitados no son discriminatorias respecto de los otros empleados que no lo son.

Convenio N° 98 de la O.I.T.

Este Convenio de 1949, establece las normas de organización y negociación colectiva, señalando que los empleados deberían disfrutar de la protección debida contra la sujeción del empleo de una persona a la condición de que se afilie a un sindicato o cese en su afiliación y, en contra del despido o de cualquier otro trato perjudicial con motivo de la afiliación a un sindicato luego de los horarios de trabajo, o con sujeción al consentimiento de los empleadores, también durante las horas de trabajo.

Convenio N° 135 de la O.I.T.

Este Convenio otorga protección legal a los activistas sindicales contra la discriminación antisindical en el trabajo, declarando que los delegados de los empleados en una empresa deben gozar de una eficiente protección contra actos perjudiciales, incluyendo los despidos motivados por actividades relacionadas con la representación que ejercen, su afiliación al sindicato o su participación en la actividad sindical.

1.3.2. Derecho interno

1.3.2.1. Disposiciones Constitucionales

La Constitución de 1980 establece en el artículo 1º lo siguiente:

“Los hombres nacen libre e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Este precepto rector de nuestra Ley Fundamental, viene consagrar una clara igualdad jurídica. Respecto de esta igualdad el profesor Paulino Varas expresa: “En efecto, estimamos que sólo cabe entender esta igualdad como referida a la dignidad, que es idéntica en todos los hombres por exhibir la misma naturaleza racional abstractamente considerada, y a los derechos que arrancan directamente de ésta”¹⁸.

Esta norma constituye una primera aproximación a una regulación más específica del principio de igualdad y no discriminación en nuestro derecho.

El artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental, integra ambos sentidos del principio de igualdad (igualdad en la aplicación del derecho y en el contenido del derecho). Con esto, como lo señala el profesor José Luis Cea, la igualdad en el sentido adoptado por nuestra constitución “... admite diferencias, pero sólo cuando se hallan fundadas en consideraciones razonables, plausibles, juiciosas, sensatas u otras ideas sustentadas en valores análogos”¹⁹.

i. Principio de la libertad de trabajo y de la prohibición de la discriminación laboral

El artículo 19, número 16 de la Constitución Política de la República, señala:

“La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 16.- 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 cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

En esta disposición es posible advertir dos disposiciones distintas: la libertad de trabajo, consagrando la libertad de elección y su protección y, el principio de no discriminación, al establecer el principio de igualdad en materia laboral.

Libertad de Trabajo (artículo 19 número 16 inciso 1º).

Nuestro constituyente en virtud de esta norma, viene en proteger dos aspectos, por una parte la libertad de trabajo y, por otro, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo.

El bien jurídico protegido por la libertad de trabajo, puede ser afectado por la discriminación arbitraria. La discriminación en el ámbito laboral, afecta a las personas que ven limitado su derecho constitucional respecto del empleo que no pudo acceder o que perdió por la discriminación. Comprendiendo los diversos momentos de la discriminación (pre-ocupacional, ocupacional, post-ocupacional).

b) Principio de no discriminación laboral (artículo 19 inciso 2º)

La Constitución señala en el artículo 19 número 16 que. “se prohíbe cualquier

¹⁸ Ob. Cit. Nº 70p.

¹⁹ CEA A., José Luis. El Principio de Igualdad ante la Ley. Informe en Derecho sin editar.

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”.

Esta disposición es clave en el orden jurídico laboral antidiscriminatorio, ello porque constituye una manifestación particular del principio jurídico de igualdad, ampliando el alcance respecto del sujeto imperado por la prohibición, alcanzando a la ley, las autoridades públicas y a los particulares. Tal como lo señala la profesora Luz Bulnes: “la prohibición que la Constitución impone para la ley y para la autoridad pública, tratándose de materias laborales es más amplia, pues se refiere también a los particulares, porque el texto habla de se prohíbe discriminar, sin especificar como en el caso de la igualdad ante la ley”²⁰.

Disposiciones del Código del Trabajo

En nuestro Código Laboral, existe sólo una disposición expresa referida a la igualdad jurídica en el ámbito de trabajo y más específicamente, a la prohibición de discriminación laboral.

Dicha norma se encuentra establecida en el artículo 2 del Código del Trabajo, reformado por la Ley 19.759 de 2001 y publicada el 5 de octubre del mismo año, que agregó cinco nuevos incisos que sustituyeron al antiguo inciso segundo, manteniendo los incisos primero y tercero.

Su texto señala:

“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.

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, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

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 tercero.

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

²⁰ Ob. Cit. Nº 5. 9 p.

tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios”.

De este artículo podemos destacar la definición que aporta de un acto discriminatorio, estableciendo una enumeración taxativa de criterios que son considerados ilícitos por el legislador.

Esta nueva redacción permite incorporar a la legislación interna el Convenio N° 111 de la O.I.T., teniendo casi la misma redacción pero agregando otros criterios no presentes en dicho instrumento, tales como, edad, estado civil, sindicación y nacionalidad.

Además, con relación al antiguo articulado, presenta la novedad de incorporar el elemento lesivo de la discriminación al señalar: “...que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

El inciso cuarto establece una excepción a la regla general del inciso tercero, esto es, no considerar como discriminaciones las distinciones basadas en calificaciones exigidas para un empleo determinado. Esto se refiere a los requisitos profesionales, técnicos o de capacitación que debe tener el trabajador para acceder a un trabajo determinado.

El inciso quinto señala un caso de acto discriminatorio en el ámbito pre-ocupacional, referido a las ofertas de trabajo que el empleador realice por cualquier medio que señale como requisito para postular a ellas los criterios de discriminación señalados en el inciso tercero.

Finalmente, el inciso séptimo, establece que la prohibición de discriminar en el empleo y la ocupación, el concepto de acto discriminatorio y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas a los contratos de trabajo que se celebren.

CAPÍTULO II. FASES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL

2.1. La Discriminación en la Relación Laboral

La definición más completa del Principio de no discriminación en el empleo, ya lo señalábamos en el capítulo anterior, pero no esta de más recordarlo en esta sede, la encontramos en el Convenio Internacional N° 111 en la 42° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, que la define como: “Cualquiera 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 el trato en el empleo y la ocupación”. El mismo Convenio distingue situaciones que no constituyen discriminación al señalar: “Las distinciones, exclusiones, preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no serán consideradas como discriminación”. Tampoco serán consideradas como

discriminación “las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un Tribunal competente conforme a la práctica nacional” (artículo 4º).

La importancia de este Convenio Internacional radica en precisar los principios que han de inspirar las políticas sociales no discriminatorias de los diferentes Estados, dada su naturaleza de Tratado Internacional.

Nuestro sistema constitucional recoge el respeto de los derechos inherentes establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Chile al establecer en su artículo 5º: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

De lo anterior se concluye, como lo señala la autora María Teresa Valenzuela ²¹, que: “...el principio de no discriminación no nace del Art. 2º del Código del Trabajo, norma de desarrollo legal de ese principio en materia laboral y sólo desde su promulgación, sino que nace del texto Constitucional y antes de éste, de los Tratados Internacionales”.

La Constitución contempla en el artículo 19 N° 16 el derecho al trabajo y a su libre elección, en su inciso 2º el derecho a la no discriminación en el empleo, al señalar: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

En lo que respecta al Código del Trabajo, el artículo 2º inciso 2º señala: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Los incisos 3º y 4º desarrollan el concepto de discriminación señalando aquellas conductas consideradas como discriminatorias.

La crítica más importante a este artículo es que enumera factores de discriminación prohibidos, tales como, raza, color, sexo, etc., siendo que el texto constitucional es más amplio al prohibir cualquiera discriminación que no se “base en la capacidad e idoneidad personal”.

En este sentido, el profesor Luis Lizama Portal ²², sostiene: “...nuestra Constitución Política es suficientemente enfática en sostener que los únicos criterios que permiten a un empleador establecer diferencias entre los postulantes de un trabajo son su capacidad e idoneidad personal y, en consecuencia, este afán por incorporar nuevos factores sospechosos de discriminación en el ámbito legal (el Código del trabajo) puede transformarse en una tarea interminable e inútil, atendidos los infinitos criterios que podrían quedar fuera del marco constitucional, por ejemplo personas que viven con el

²¹ VALENZUELA, María Teresa. La exigibilidad del principio de no discriminación en el empleo. En Revista Laboral Chilena. Agosto 2002. 76 P.

²² LIZAMA Portal, Luis. Discriminación en las ofertas de empleo. En Revista La Semana Jurídica. Octubre 2001.

VIH, consumidores de droga, etc.

Además, esta vía debilita el mandato constitucional de igualdad de trato en el trabajo, por la inclusión de estos nuevos criterios convierte en norma programática un derecho fundamental, obligando al legislador a reformar el Código del Trabajo en cada oportunidad que surja un factor de diferencia que podría constituirse en “sospechoso de discriminación”.

En definitiva, los actos discriminatorios en materia de empleo serán aquellos en que se afecta la igualdad jurídica sin que exista un criterio justificado o razonable, en conformidad a la ley.

Ahora, bien, toda norma antidiscriminatoria en materia de empleo se desarrollan siempre en referencia a una relación laboral, ya sea, en los tratos preliminares que se lleven a cabo con el fin de discutir y concertar el trabajo, como durante el cumplimiento del contrato de trabajo e incluso durante su extinción. Y en este contexto, la discriminación no sólo puede referirse al acceso al empleo, sino que a todos los aspectos vinculados a la prestación de servicios laborales. Así lo señala el Convenio N° 111 sobre Igualdad en el Empleo y La Discriminación de la O.I.T. y la Recomendación Complementaria N° 111.

El Convenio N° 111, señala en su artículo 1º, número 3, lo que sigue:

“A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo”.

La Recomendación Complementaria en la letra b) del párrafo 2, señala que:

“Todas las personas, sin discriminación, deberían gozar de igualdad de oportunidades y de trato en relación con las cuestiones siguientes:

acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación

acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo

ascenso de acuerdo a la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona

seguridad en el empleo

remuneración por un trabajo de igual valor, y

condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo”.

Todos estos aspectos, ya sean pre-ocupacionales, ocupacionales o post-ocupacionales en que puede generarse el acto discriminatorio serán objeto de análisis en el apartado 2.2. Momentos de la discriminación.

2.1.1. La relación laboral

La relación laboral ha sido aludida en dos artículos de nuestro Código del Trabajo (artículos 1º y 8º) sin definirla y sin precisar sus alcances. Por ello todo lo referente a este tema proviene de la meditación doctrinaria.

El concepto de relación laboral ha experimentado una evolución en el pensamiento jurídico, existiendo tres teorías al respecto: las que vinculan el contrato de trabajo a la relación laboral, las que sostienen que la relación laboral puede existir por sí misma, incluso sin contrato y, finalmente, la que plantea que la relación laboral tiene existencia subsidiaria frente a la circunstancia que puede haber prestación de servicios sin que exista el contrato previo.

El autor italiano Santoro Passarelli, coincide con la postura clásica al considerar al contrato de trabajo como indispensable para que exista la relación jurídica individual, señalándola como “una relación entre partes que surge de un negocio jurídico, igual que en un contrato civil de compraventa o mutuo, y que luego tiene una realidad diaria, renovada por el carácter de tracto sucesivo del contrato de que nació”²³.

Frente a esta postura, una doctrina que tuvo su origen y mayor desarrollo en Alemania, mantiene que la relación jurídica de trabajo no es el resultado de un contrato, sino del hecho de la inserción del trabajador en la empresa. Para que exista la relación jurídica no es necesario el contrato de trabajo, éste si existe será un elemento formal intrascendente, ya que más que un contrato existe un simple hecho de adhesión a las condiciones jurídicas señaladas por el Estado y por convenios colectivos de trabajo.

La tercera tesis sostiene que la relación de trabajo sólo se aplica como excepción, ello para no dejar en la indefensión a aquellos casos en que los trabajadores se incorporaron a la empresa sin contrato o éste resulta nulo por existir algún vicio.

En nuestro país algunos autores han señalado que no es posible concluir que este concepto de relación laboral ha venido a desplazar al concepto de contrato de trabajo, ya tradicional en nuestra legislación, más si consideramos que no se encuentra definido en el Código del Trabajo. En este sentido, el profesor Humeres²⁴ sostiene: “Sin embargo, nosotros nos quedamos con la primera teoría, en cuanto a que en nuestra legislación mientras no se asomen signos más evidentes de que el legislador marcha hacia la relación laboral prescindiendo del contrato, debemos aceptar que el contrato de trabajo es previo e indispensable”.

En cuanto al concepto de relación laboral podemos citar la definición dada por el profesor Eugenio Pérez Botija, que tratando de superar el antagonismo entre contractualistas y anticontractualistas, dice así: “es la relación que se produce entre la empresa y los trabajadores; y está constituida por un conjunto de vínculos personales y patrimoniales que ligan entre sí a aquéllos, reconociéndoles derechos e imponiéndoles deberes de carácter moral y económico”.

Los profesores William Thayer y Patricio Novoa²⁵, por su parte señalan, respecto de la relación laboral, lo siguiente: “...debe tenerse muy en claro que es válida la distinción

²³ PASSARELLI, Santoro. Nociones de Derecho del Trabajo. Página 103.

²⁴ HUMERES Noguera, Héctor. Derecho del Trabajo y de la seguridad Social. En Línea: www.microjuris.cl . Pág. 84 y ss.

entre contrato de trabajo y relación de trabajo. Aquél es un acuerdo de voluntades; ésta es una relación jurídica entre partes, que se perpetúa en el tiempo. También es cierto que el fundamento y razón de existir del Derecho del Trabajo se encuentra en la relación de trabajo y no en el puro contrato (negocio-jurídico).

La relación de trabajo, en su sentido propio, en cuanto quiere expresar algo más que una relación jurídica bilateral, reclama, en todo caso, que:

Las normas que constituyen el derecho del trabajo se refieran a la relación de trabajo, fundamentalmente, y no al contrato como negocio jurídico;

Tales normas prescinden, las más de las veces, de la validez misma del contrato y se apliquen aun cuando se lo considere nulo;

Cuando no media un contrato formal entre partes, sino la simple prestación de servicios (que supone un contrato tácito), será el derecho estatal o el autónomo el que regulará tales relaciones, y tal contrato tácito será además un contrato de adhesión”.

Nuestra legislación, podemos concluir, adhiere a la postura contractualista, por ello, estaremos frente a una relación laboral cada vez que exista una convención por la cual empleador y trabajador se obliguen recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del empleador, y éste a pagar remuneración por dichos servicios (artículo 7º del Código del Trabajo).

2.1.2. Formas de discriminación en la relación laboral

Respecto a las formas de discriminación, seguiremos las tres nociones básicas elaboradas por el derecho antidiscriminatorio norteamericano y europeo, citado por el profesor Sergio Gamonal Contreras²⁶, a propósito de la discriminación femenina, pero que haremos extensiva, debido a su aplicabilidad, a todos los factores de discriminación en materia laboral. Ellas son:

La discriminación directa

La discriminación indirecta

Las acciones positivas

a) Las discriminaciones directas: consisten en el tratamiento diferenciado y desfavorable a una persona en razón de un determinado factor de discriminación (sexo, edad, opinión política, etc.). En ellas, el demandante debe probar que es víctima de la acción intencionalmente discriminatoria del empresario.

Para los efectos de la discriminación directa, el elemento comparativo se observa en el trato diferente dado a una persona con relación a otra en el mismo contexto.

²⁵ THAYER Arteaga, William y NOVOA Fuenzalida, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Tercera edición. 1998. Pág. 53 a 54.

²⁶ GAMONAL Contreras, Sergio. La lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad. En Revista Laboral Chilena. Agosto 2001. Pág. 69 a 79.

Estas discriminaciones pueden clasificarse en abiertas y encubiertas. Las discriminaciones directas abiertas se detectan más frecuentemente en el caso de aspectos físicos fácilmente advertibles, como sería, en el caso de discriminación sexual, el embarazo notorio; en el caso de edad, la juventud o la vejez, e incluso aspectos como la belleza.

En las discriminaciones directas encubiertas, no aparece el factor discriminatorio (sexo, edad, etc.) como la causa explícitamente alegada para establecer la diferenciación de trato. En ella el motivo que realmente guió la actuación discriminatoria aparece bajo una causa distinta.

Todas estas apreciaciones mostraron deficiencias en la práctica, lo que motivó un cambio de la jurisprudencia norteamericana surgiendo la noción de discriminación indirecta.

b) Discriminación indirecta: viene a contemplar aquellas situaciones que en la práctica parecen formalmente justas pero que esconden una discriminación en su ejecución o realización, salvo la prueba de necesidad empresarial.

La discriminación indirecta, a diferencia de la directa, es objetiva, ya que no es importante la intención sino el efecto o resultado de la medida adoptada, por ello, el demandante no debe probar la intención discriminatoria.

c) Las acciones positivas: son instrumentos destinados 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, con un carácter preventivo y corrector.

De este tipo de acciones surge la modalidad de “discriminación inversa positiva o al revés”(cuotas o trato preferente), que consiste en una serie de actuaciones normativas, de carácter temporal o transitorio, encaminadas a eliminar la discriminación de origen histórico de determinados grupos, que se refleja en la menor presencia de ellos en la participación social. Este fin se logra mediante la reserva de un número o porcentaje de plazas o trato preferente mediante calificaciones o puntos especiales para dichos grupos.

Esta modalidad se justifica por su fin de remediar los efectos desfavorables de discriminaciones arraigadas en la sociedad, pudiendo acudirse a ellas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de igualdad en un sector social determinado a través de otras acciones. En este sentido estas medidas son subsidiarias a otros mecanismos destinados al mismo fin.

Estas discriminaciones inversas o positivas son observables en casos muy particulares de discriminación racial, sexual, minusvalía física o psíquica, a diferencia de las acciones positivas observables en un espectro más amplio.

Respecto de las acciones positivas han surgido en nuestro sistema algunas opiniones que vienen en postular su inconstitucionalidad.

El profesor Miguel Ángel Fernández González, al respecto señala 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 (Art. 19 N° 2° de la Constitución).

Sin embargo este autor concluye, según el tenor literal del artículo 19 N°16 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, que dada su redacción se sostendría, que las acciones positivas en general y las cuotas en particular estarían prohibidas en Chile, 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 últimas sólo establecidas por ley), siendo, por tanto, inconstitucional toda otra discriminación que se sustente en criterios distintos.

La conclusión contraria al análisis de la norma constitucional, la encontramos en el profesor Sergio Gamonal Contreras ²⁷, quien señala: "...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, 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 N° 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.

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".

En definitiva, y tal como lo hemos venido señalando a lo largo de este estudio, el principio de igualdad ante la ley no es absoluto sino relativo, en el sentido que siempre y, en esto está de acuerdo la doctrina nacional y extranjera, se admitirán las diferenciaciones razonables.

Entender el principio de igualdad laboral o no discriminación en el empleo con la flexibilidad necesaria en casos justificados y no arbitrarios, permitirá crear acciones que tiendan en la realidad laboral de nuestro país, a construir una sociedad más igualitaria y justa, con plena inserción de todos los grupos sociales incluidos los sectores infraprotegidos (minusválidos, enfermos de VIH, etc).

2.2. Momentos de la discriminación en el empleo

Como señalábamos anteriormente, la discriminación laboral puede producirse con motivo u ocasión de la relación laboral. Partiendo de esta base podemos distinguir tres

²⁷ Ob. Cit. N° 26.

momentos de la discriminación:

Situación pre-ocupacional (estado previo a la constitución de la relación laboral)

Situación ocupacional (durante la relación laboral)

Situación post-ocupacional (una vez extinguida la relación laboral)

Otros autores distinguen contratación, desenvolvimiento y conclusión de la relación laboral²⁸.

Cada una de estas etapas o situaciones del iter contractual corresponde a un aspecto particular del ámbito laboral, en donde pueden configurarse conductas discriminatorias de diversa índole. La división de estas etapas, es efectuada por la O.I.T. en el Convenio N° 111²⁹.

Antes de pasar al análisis detallado de estas etapas, es conveniente señalar que el respeto de los derechos laborales de los trabajadores, entendidos éstos, el derecho al trabajo, la libre elección, la no discriminación, etc., deben conciliarse, a su vez, con el principio de libertad de contratación del empresario.

El estudio de estos principios plantea una serie de tensiones que el Derecho debe resolver.

No puede desconocerse que en definitiva el poder de contratación radica en el proyecto empresarial, que determinará cuantos trabajadores se contratarán.

De los criterios que se adopten al solucionar la concurrencia de estos principios, se determinará el ámbito del ejercicio del poder empresarial en el momento de la contratación de los trabajadores.

Volveremos sobre este punto al analizar detalladamente las causas de discriminación en la fase pre-contractual de la relación laboral (Capítulo III).

Situación pre-ocupacional:

La situación pre-ocupacional plantea el problema del acceso al trabajo. En este sentido, lo importante será que el postulante a un empleo determinado sea considerado en un escenario de igualdad de oportunidades.

Esta etapa comienza con la oferta pública de trabajo hasta el perfeccionamiento del contrato. Durante su concreción pueden suscitarse actos discriminatorios por parte del empleador, al desplazar u otorgar trato diferenciado a algunas personas respecto de otras, impidiéndoles concursar en un plano de igualdad.

Todas aquellas diferenciaciones que no correspondan a criterios objetivos, y que sean requeridas al postulante basadas en necesidades reales de la oferta de trabajo, implican un trato discriminatorio.

El respeto de los principios de no discriminación en esta etapa de la relación laboral, constituye un tema de relevancia jurídica, ello porque constituye una situación jurídica

²⁸ En este sentido María Cristina Álvarez de Magliano, citada en Discriminación Laboral. 2000.

²⁹ Ver página 34-35.

previa a la contratación de trabajadores, en los cuales no interviene los órganos de fiscalización. A este respecto, el profesor Carlos Koch Salazar³⁰, señala: “En efecto la Dirección del Trabajo se ha declarado y jurídicamente es incompetente para intervenir en la regulación jurídica de los procedimientos de pre contratación y contratación de trabajadores, por lo que estamos en un escenario en el que, al parecer, no existen normas, una zona gris, o una tierra de nadie”.

No obstante, que la modificación introducida por la Ley N° 19.759 de 2001, al artículo 2° del Código del Trabajo, extiende claramente la aplicación del principio de no discriminación a la etapa pre-ocupacional, no se estableció un mecanismo en virtud del cual, los postulantes víctimas de un trato discriminatorio puedan hacer valer sus derechos ante los Tribunales de Justicia.

El proyecto original de reforma laboral enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional, contemplaba la incorporación de un inciso 4° al artículo 2° del Código del Trabajo, el cual establecía: “El afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los tribunales del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones de derecho común, incluso el daño moral”.

Con esta disposición, el Ejecutivo pretendía establecer expresamente una acción indemnizatoria a favor de la víctima de un trato desigual en el acceso al empleo y en la ocupación (todo el iter contractual).

Esta disposición fue rechazada y no formó parte de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759. Las principales críticas provinieron de la Confederación de la Producción y del Comercio al considerar que ella introducía un factor de incertidumbre dada la amplitud de su redacción y aplicación, lo que podría llegar a cuestionar toda resolución del empleador relativa a la administración de su personal.

En definitiva, la omisión de una acción indemnizatoria expresa para casos de discriminación, no sólo en la etapa previa a la relación laboral si no durante su vigencia y término, dificulta gravemente el control, sanción y reestablecimiento de la igualdad de trato frente a actos de discriminación arbitrarios. Ello lleva, necesariamente a indagar dentro del derecho común las posibles acciones reparatorias que la legislación del ramo no pudo prever.

Situación ocupacional

Esta etapa comprende desde la celebración del contrato hasta su extinción por cualquier causa jurídica.

El tema gira en torno a determinar las facultades y limitaciones que el empleador tiene a su disposición para enfrentar ciertas conductas problemáticas, evitando que lleguen a constituir conductas discriminatorias.

En esta sede reviste especial importancia el nuevo inciso 7° del artículo 2° del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 19.759, en virtud del cual, la prohibición de discriminación y las obligaciones que de ellas emanan para los empleadores se

³⁰ KOCH Salazar, Carlos. Los Derechos civiles en la relación jurídica laboral y vigencia de estos derechos en la pre-contratación y contratación de trabajadores. En Revista Laboral Chilena. Enero 2000. 82 p.

entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren.

El profesor Eduardo Caamaño Rojo ³¹, al respecto, señala: “Esta disposición es importante, pues revaloriza enormemente la validez del principio de no discriminación durante la vigencia de la relación laboral, ya que una infracción a este principio traerá a su vez aparejada una infracción a sus obligaciones contractuales y podrá consecuentemente, hacerse efectiva la correspondiente responsabilidad civil, sin perjuicio de las posibles sanciones administrativas derivadas de las infracciones a las leyes laborales (Art. 477 del CdT). A su vez merece destacarse que el principio de no discriminación, entendido como garantía constitucional a no ser discriminado en el empleo, constituye en virtud de lo dispuesto en el Art. 5 inciso 1 del CdT un límite a las facultades que la ley le reconoce al empleador, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de los trabajadores”.

La ley establece para ambas partes la obligación de actuar u obrar de buena fe, ajustando sus conductas a lo que es propio de un “buen empleador” y de un “buen trabajador”, durante todo el transcurso de la relación laboral. La buena fe obliga al empleador a tratar a cada trabajador en condiciones equitativas, por tanto, no podrá colocar a algunos dependientes en inferioridad de condiciones respecto de la media determinada por las normas internas de su empresa, en cualquiera de las circunstancias que se den dentro del grupo.

El fundamento del deber de dispensar un trato igualitario sin discriminaciones arbitrarias, radica en el deber de proceder de buena fe, principio presente en todo ámbito del derecho. Este se traduce en el contrato de trabajo en el deber de lealtad. Con ello se persigue lograr la solidaridad entre las partes, que difícilmente pueda lograrse en un escenario de discriminación y desigualdad.

Durante el desarrollo de la relación laboral, los aspectos que llegan a representar mayor posibilidad de conflictos son: la remuneración, los ascensos y el respeto de la dignidad del trabajador.

Respecto de la remuneración, el principio de no discriminación exige que se retribuya de igual forma a todos los trabajadores, sin perjuicio de premiar la superación y mejor desempeño individual. Para ello, deberá adoptarse métodos o criterios objetivos de evaluación.

Los métodos objetivos de evaluación permiten medir los méritos de los empleados con criterios comunes a todos los puestos. Estos sistemas que pueden ser globales, analíticos, por ponderación y comparación de factores, asignación de puntos, etc., son de utilización corriente en el ámbito nacional e internacional.

En lo que respecta a los ascensos, nos enfrentamos a una situación distinta a la anterior dado que aquí entran en juego facultades de organización empresarial, de confianza, etc. Ello no significa, que toda promoción constituya una situación de injusticia. Lo importante será que los trabajadores tengan la posibilidad de que sus aptitudes sean consideradas.

³¹ CAAMAÑO Rojo, Eduardo. La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el período anterior al nacimiento de la Relación Laboral (I Parte). En Revista Laboral Chilena. Mayo 2003. 73 P.

A nuestro juicio, el tema más importante, dada su gravedad, respecto a la aplicación del principio de no discriminación durante la vigencia de la relación laboral, será el respeto al honor del trabajador.

Con este principio se trata de evitar situaciones de hostilidad que causen menoscabo en la estructura moral de los trabajadores.

Dentro del ámbito de la intimidad del trabajador encontramos su libertad sexual. En este tema seguiremos lo expuesto por Martínez Vivot en su libro "Acoso sexual en las relaciones laborales"³².

Según lo expuesto por este autor, para la configuración del acoso sexual en las relaciones laborales, se requieren tres requisitos básicos:

Una relación desigual de poder

Conductas de connotación o de tipo sexual

Desmejoramiento de las condiciones de trabajo

Es observable en este tipo de conductas el acoso sexual por chantaje y ambiental. En el primero se ubican los actos del empleador o del superior jerárquico que abusa de la autoridad que le da su posición, ejerciendo presión sobre un empleado o empleada, con el fin de obtener favores de índole sexual, para si mismo o para un tercero.

En el segundo supuesto (acoso sexual ambiental) encontramos aquellas conductas que se traducen en incitaciones sexuales, manifestaciones verbales o físicas de índole sexual, con la finalidad de coartar sin razón la actuación laboral de una persona o de crear un entorno de trabajo ofensivo u hostil de intimidación o abuso. En la práctica se traduce en calificaciones sexistas o peyorativas, tocamientos, invitaciones, exhibición de material pornográfico, teniendo por finalidad el abandono del trabajo por el afectado.

El afectado o víctima se caracteriza como un empleado dependiente aunque también podemos considerar al aspirante (etapa pre-ocupacional), ya que ellos se encontrarían en una situación de necesidad blanco fácil de este tipo de abusos.

Siguiendo otras consideraciones jurídicas las principales discriminaciones observables en esta etapa de la relación laboral, pueden resumirse en cuatro. En este sentido los autores Juan Carlos Guataquí y Lina Sarmiento³³. Ellas son:

Discriminación salarial: Según este tipo de discriminación, las desigualdades salariales no siempre pueden ser atribuidas a la existencia de niveles distintos de productividad. Implica, por ejemplo, que las mujeres ganan un salario menor que los hombres, aún cuando estén igualmente calificadas y desempeñen el mismo trabajo con la misma productividad.

Discriminación en el empleo: Corresponde a aquellos casos de discriminación laboral

³² MARTÍNEZ Vivot. Acoso sexual en las relaciones laborales. Citados por Paula Frescotti, Alicia Alovero, Andrea Marcantini, Verónica Garramuño y Alfonsina Vivanco en Discriminación Laboral. En Línea: www.geocities.com/CapitolHill/Senate/8569/ney4.html . Consulta 17 de julio de 2003.

³³ GUATAQUÍ, Juan Carlos y SARMIENTO, Lina. "Marco analítico de la Discriminación Laboral". Citados en Ob.Cit. N° 29.

en que frente a igualdad de condiciones se prefiere a una persona por una característica ajena a lo requerido por el puesto.

Discriminación ocupacional: Significa que algunos grupos de la sociedad están limitados a empleos de baja categoría y escasa remuneración, por consiguiente, nunca o en casos muy esporádicos podrán alcanzar ciertos niveles jerárquicos en las empresas, aunque estén calificados para ello y lógicamente su escala salarial será baja.

Discriminación en la adquisición de capital humano: Se presenta en aquellos casos en que se tienen restricciones en cuanto al acceso a la educación formal y a la capacitación y entrenamiento que proporcionan las empresas, lo que conlleva a efectos en su grado de calificación y en el aumento de su productividad. Este caso es observable con frecuencia en el grupo femenino de la sociedad, en que las posibilidades de educación, sobre todo en familias de escasos recursos, se priorizan a los hijos varones, lo que se explica por la discriminación existente contra la mujer en el mercado laboral.

Situación post-ocupacional:

Esta etapa comprende el momento de la extinción de la relación laboral, generando diversas interrogantes acerca de en qué condiciones el despido puede ser considerado injustificado por discriminatorio.

En el derecho laboral chileno se acostumbra ha denominar terminación del contrato de trabajo a toda forma que implique la disolución del vínculo contractual, con excepción de la declaración de nulidad.

Según el profesor M. Alonso García ³⁴, la terminación del contrato de trabajo es: “la cesación definitiva de los efectos de la relación, motivada por alguna causa independiente de la voluntad de las partes o por un acto dependiente de dicha voluntad”.

Uno de los aspectos más relevantes en esta materia será cuando la terminación del contrato de trabajo asuma la forma de despido.

Siguiendo los criterios expuestos por los profesores William Thayer y Patricio Novoa ³⁵, los factores que cabe ponderar en una situación de esta índole son:

Considerarse la disolución del contrato como una figura de excepción o un fenómeno jurídico que no es el deseado. Lo normal será que los contratos se celebren para ejecutarse y mantenerse, con lo cual su disolución, tiene un carácter excepcional.

En la disolución del contrato de trabajo debe considerarse no sólo la terminación de un negocio jurídico cualquiera, sino la extinción de la fuente de ingresos de que disponía el trabajador.

El relieve y actualidad que ha retomado la teoría romana del abuso del derecho, luego de diversos fenómenos que se han venido dando en las relaciones laborales, tales como, despidos por razones persecutorias, recambio de mano de obra cara por barata, etc., en donde no media una causa o motivo justificado.

³⁴ ALONSO García, Manuel. Curso de Derecho del Trabajo. Barcelona. 1964. 535 P.

³⁵ Ob. Cit. N° 25. Tomo III. Pág. 28-32.

La consideración de los valores humanos, sociales, familiares y personales que se defienden y protegen, en una relación laboral.

Los diversos factores jurídicos y económicos en juego en la problemática de la terminación de la relación de trabajo, pero también los factores humanos y morales que concurren.

A este respecto señala el autor W. Däubler³⁶: “Quien pierde su puesto de trabajo pierde algo más que una relación contractual; de la noche a la mañana cesa su colaboración con los compañeros y el presupuesto familiar queda mermado. Muchos tienen también sin razón alguna la idea de haber fracasado o de no estar adaptados a las nuevas circunstancias existentes. Quien lleva mucho tiempo en situación de desempleo pasa a formar parte de los grupos marginales en la economía de mercado. Los escaparates, los coches y los viajes sólo representan para él la imagen de un mundo resplandeciente del que no puede disfrutar”.

En nuestro derecho se establecen determinadas causales de terminación del contrato de trabajo que podemos agrupar en las siguientes:

Mutuo acuerdo

Causales objetivas de terminación, esto es, vencimiento del plazo, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, el caso fortuito o fuerza mayor.

Causales subjetivas de terminación, que se subclasifican en:

Involuntarias: muerte o incapacidad del trabajador

Voluntarias: son las que dan origen al despido justificado y se encuentran señaladas en el artículo 160 del Código del Trabajo

Voluntad unilateral de las partes

Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio

En este sentido nuestra legislación ha seguido lo señalado en la Recomendación N° 119 de la Organización Internacional del Trabajo de 1963 que señala: “No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, o basadas en las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (artículo 2, Párr. 1).

Con ello se protege la estabilidad del trabajador en su lugar de labores, reconociendo su derecho a no ser despedido, salvo que medie una causa justa de terminación de contrato derivadas de las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, o que el trabajador incurra en alguna falta o hecho, atribuible a su conducta o persona, que represente una causal justa de despido, calificada por autoridad competente.

En definitiva en nuestro sistema no se contempla una protección explícita contra el despido discriminatorio, a diferencia de lo que sucede en la legislación Argentina con la dictación de la Ley N° 25.013 artículo 11 que contempla el despido discriminatorio

³⁶ DÄUBLER, W. Derecho del Trabajo. Madrid. 1994. 661 P.

originado por motivos de raza, sexo, religión, incrementando en un 30% la indemnización, introduciendo el concepto de indemnización tarifada en materia discriminatoria.

Por ello, en nuestro país, la protección estará dada por el cumplimiento irrestricto de los requisitos legales exigidos para proceder al despido³⁷, que son:

Invocar causa legal: estas son sólo las contenidas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo.

Envío o entrega de Cartas de aviso:

Carta de aviso previo en el caso que el despido se produzca por la causal del inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa. La carta referida deberá ser entregada o enviada al trabajador con una antelación de a lo menos 30 días hábiles, carta que irá con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Esta carta se puede obviar si al momento de finiquitar al trabajador se le paga una indemnización sustitutiva del aviso previo equivalente a la última remuneración mensual devengada. En esta carta se tendrá que indicar además el monto total a pagar al trabajador por concepto de indemnización por años de servicios que le correspondiere en su caso.

Carta de aviso posterior si la causal del despido invocada por el empleador es de las contenidas en números 4, 5 o 6 del artículo 159 del Código del Trabajo o de las contenidas en el artículo 160 del Código del Trabajo. La carta de aviso deberá entregarse al trabajador o enviársele dentro de los tres días hábiles siguientes a su separación del trabajo, plazo que se amplía a seis días si la causal es la del N° 6 del artículo 159 del Código del Trabajo. Expresará esta comunicación la o las causales invocadas y los hechos en que se funda el despido. De esta carta se enviará copia a la inspección del Trabajo respectiva dentro de los mismos plazos.

En ambos casos la carta debe enviarse al domicilio del trabajador señalado en el contrato.

Innovación de la ley 19.759: el artículo 162 del Código del Trabajo coloca como exigencia para proceder al despido de un trabajador por cualquiera de las causales contenidas en los artículos 160, 161 y 159 N° 4, 5 o 6 del Código del Trabajo, informar al trabajador por escrito el estado de pago de sus cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, esto adjuntando a dicha comunicación los comprobantes que justifiquen dicho estado y, por cierto, para que el despido produzca el efecto de poner término a la relación laboral las cotizaciones referidas deberán estar declaradas y pagadas en las instituciones previsionales correspondientes.

Trabajadores con fuero laboral: en este caso, previo al despido mismo, el empleador deberá iniciar un juicio tendiente a obtener la autorización del juez competente para proceder al despido del trabajador y sólo para el caso que el despido se pretenda por las causales establecidas en los números 4 y 5 del artículo 159 o en el artículo 160, ambos del Código del Trabajo.

Requisitos del finiquito y para el caso en que el término de la relación laboral se produzca por renuncia del trabajador o mutuo acuerdo de las partes: si bien en estos

³⁷ Sistematizados por el abogado Gamal Massú.

casos de renuncia y mutuo acuerdo no se puede hablar de despido, es necesario tener presentes los requisitos necesarios para el término de la relación laboral por estas causales, así como también necesario es considerar los requisitos formales del finiquito que se suscribe. El finiquito y en caso de renuncia del trabajador o de mutuo acuerdo de las partes, estos deben constar por escrito. El documento en que consten debe ser firmado por el trabajador y estar además:

Firmado por el presidente del sindicato o el delegado del personal o sindical respectivos o, de no estar firmado por estos;

Ratificado por el trabajador ante cualquiera de las siguientes autoridades: inspector del trabajo, notario público de la localidad, oficial del registro civil de la respectiva comuna o sección de comuna o el secretario municipal correspondiente.

Caso del despido indirecto: hablamos de éste cuando quien incurre en las causales de término de la relación laboral contempladas en los numerales 1, 5 o 7 del artículo 160 del Código del Trabajo es el empleador y, el trabajador pone término al contrato de trabajo. En este caso el trabajador deberá entregar al empleador o enviarle al mismo las cartas de aviso posteriores al despido dentro de los tres días hábiles siguientes a su separación del trabajo. Expresará en esta comunicación la o las causales invocadas y los hechos en que se funda el despido indirecto. De esta carta se enviará copia a la Inspección del Trabajo respectiva dentro de los mismos plazos. La carta será enviada al domicilio del empleador señalado en el contrato.

CAPÍTULO III. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

3.1. Aspectos generales

La importancia de la discriminación en el acceso al trabajo va unido fuertemente a la condición tutelar del derecho laboral. En efecto, el nacimiento del derecho del trabajo como rama protectora del más débil en la relación laboral, exige el pleno respeto y reconocimiento de los derechos civiles en la pre-contratación y contratación de los trabajadores.

Y dado que el trabajo constituye un importante instrumento que permite al hombre desarrollar sus potencialidades y contribuir al desarrollo de la comunidad que integra, dignificando su condición de ser humano, es esencial el establecimiento de un sistema jurídico que garantice el pleno respeto de los derechos y garantías que en esta materia establece la Constitución y la ley.

El artículo 2º inciso 1º del Código del Trabajo recoge principios fundamentales sobre la concepción del trabajo predominante en el mundo occidental cristiano sobre la libertad de la persona de optar y alcanzar libremente los planes que se ha trazado, elegir entre las diversas opciones que se le presenten y de vivir en sociedad, relacionándose con sus pares para la obtención de fines materiales y espirituales, al disponer lo siguiente:

“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”.

La O.I.T., siguiendo esta concepción, ha suscrito tratados destinados a dictar directrices destinadas a reforzar los principios sobre los cuáles deben sustentarse las relaciones de trabajo. Entre ellas el siguiente postulado:

“El trabajo no es mercancía”.

Con ello se quiere enfocar el tema desde la perspectiva de la valoración de la actividad humana como factor que engrandece al trabajador no sólo desde el punto de vista económico, sino moral y espiritual.

Reconocer la función social del trabajo, su aporte en la dignificación de las personas y su contribución en el desarrollo económico de un país es primordial para sentar las bases de un ordenamiento y una sociedad que respetan los postulados internacionales y los adoptan en su propia legislación.

La normativa internacional al reconocer el derecho al trabajo y a la libre elección de éste, permite a los postulantes a un empleo exigir condiciones equitativas y equánimes, y un trato libre e igualitario en donde primen su capacidad e idoneidad.

Nuestra Constitución recogiendo estos principios asegura a todas las personas el derecho al trabajo y a su libre elección y, a la no-discriminación en el empleo.

Como lo señalamos en algún momento en este trabajo, la discriminación opera tanto en la fase pre-contractual o de empleo, que se encuadra dentro de los llamados tratos preliminares que se llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato, como durante el cumplimiento del contrato por el trabajador ya empleado.

Pero es en esta primera fase donde se presentan mayores dificultades y conductas atentatorias a estos principios, en parte porque esta etapa atiende a una situación jurídica previa a la contratación, en la cual no interviene propiamente la ley laboral ni sus órganos de fiscalización y, en segundo término, por el desconocimiento de las normas legales y constitucionales en la aplicación de herramientas para la selección de personal. Es así como el celo empresarial y la búsqueda de la eficiencia, se confabulan para justificar métodos atentatorios a los derechos y garantías fundamentales de las personas.

Es necesario comprender que no sólo en el desarrollo de la relación laboral o en su término, deben primar condiciones objetivas de igualdad, sino que la ley dispone su respeto también en la iniciación de éste. Es por ello que en la selección de personal no deben utilizarse criterios discriminatorios tales como origen, raza, religión, posición social, sexo, características físicas, condiciones de salud, etc.

No obstante, hay que reconocer que nuestra legislación admite la utilización de criterios de preselección fundados en el resguardo a la vida, salud e integridad de la

persona, o aquellos que son pre-requisito para un empleo; siempre y cuando persigan determinar la capacidad y aptitud del postulante.

En busca de tales cualidades las empresas inician previamente un proceso de selección, generalmente a cargo de empresas externas.

Los procesos de selección exigen desde la presentación de currículum a exámenes de aptitud, conocimientos y médicos, constituyendo una práctica usual y aceptada en el mundo empresarial moderno.

Antiguamente, antes de la Revolución Industrial, en la actividad agrícola, el campesino trabajaba la tierra de sus patrones no en razón de un contrato sino de una vinculación hacia la tierra, que se transmitía de padres a hijos.

En las actividades artesanales el trabajador se iniciaba como aprendiz, bajo la tutela de un maestro que le transmitía los conocimientos del oficio, generalmente por razones de confianza o vinculaciones familiares.

También en las labores administrativas y comerciales, el proceso de selección era más bien intuitivo y basado en factores ajenos a la especialización de la persona, como los lazos familiares, fines políticos, etc.

Las actividades artísticas se alejan del esquema anterior, dado que la naturaleza de estos menesteres exigía y exige conocimientos previos y aptitudes necesarias.

Todo esto cambia con la Revolución Industrial, los trabajadores se vieron forzados a la especialización y capacitación. Los empresarios comienzan a invertir en maquinarias y tecnología, por lo que requieren personal lo suficientemente capacitado para obtener máximo rendimiento y mayor rentabilidad de sus activos. Estas condiciones son las que detonan los procesos de preselección y selección en búsqueda de trabajadores capacitados, idóneos y experimentados.

Otro aspecto relevante que influye en la preselección de personal será la demanda de trabajo. A mayor demanda los procesos de preselección y selección se harán más rigurosos, lo contrario sucederá a mayor oferta de empleo.

Estos aspectos tanto históricos como económicos relacionados directamente con el principio de libertad de contratación del empresario conjugados con los principios de igualdad y no-discriminación, determinarán finalmente el campo de legalidad en el que el empresario puede desenvolverse sin que sus decisiones lleguen a constituir actos discriminatorios.

3.2. Poder del empresario en la pre-contratación de trabajadores

La prohibición de discriminación en el acceso al empleo conlleva una limitación al poder empresarial.

La libertad de contratación del empresario se encuentra limitada por el principio de

igualdad de trato (artículo 19 N° 2 de la Constitución) y por la prohibición de discriminar directa o indirecta de los candidatos reales o potenciales (artículo 19 N° 16 de la Constitución y los artículos 2 y 5 del Código del Trabajo).

La libertad de contratación permite al empleador determinar cuáles y cuántos trabajadores necesitarán para su proyecto empresarial. Ello se explica por el interés legítimo del empresario de obtener la máxima rentabilidad de sus trabajadores pretendiendo que cumplan exigencias de eficiencia, capacidad, aptitud, motivación, iniciativa, salud compatible, cultura, desenvolvimiento, experiencia, disposición, etc.

En definitiva, el empresario no está obligado a tratar por igual a todos los postulantes a un trabajo determinado, pero ello no implica que pueda contratar con cualesquiera de ellos sobre la base de criterios propios y arbitrarios de selección, en este sentido le obliga el principio de no-discriminación.

Según el profesor Eduardo Caamaño Rojo³⁸, la prohibición de discriminación se concretaría desde esta perspectiva en un triple límite:

En primer lugar, el poder empresarial supone que el empresario no puede utilizar como criterio de selección el sexo, salvo que sea una actividad en el que el sexo sea exigencia para la realización del puesto, siendo necesarias la claridad y transparencia en relación con las actividades profesionales en las que ello se admite.

En segundo lugar, el empresario no puede utilizar distintos criterios, requisitos o condiciones de selección para hombres y mujeres.

Finalmente, el empresario, en términos generales, no puede utilizar procedimientos de selección que excluyan a un número mayor de mujeres o de hombres, salvo que medie plena justificación bajo parámetros de necesidad o idoneidad de la empresa.

Estos factores influirán en un doble sentido en las decisiones dentro de la empresa, tal como lo señala el autor Alberto Cámara Bofia, “las razones vedadas actúan de un doble modo:

De forma directa y evidente; fijando una frontera al empresario cuya trasgresión acarreará importantes sanciones,

De modo indirecto: el empresario aunque no traspase la frontera, la línea de prohibición, va a estar obligado a justificar sus criterios selectivos en dos momentos distintos, uno cuando utilice lícitamente esas razones vedadas y, otro, cuando tenga que defenderse frente a las imputaciones de discriminación alegadas por el trabajador”.

3.2. La pre-contratación en el derecho laboral chileno

La Ley N° 19.739 publicada en el Diario Oficial el 6 de junio de 2001 incorpora el inciso 5° al artículo 2 del Código del Trabajo, que señala:

³⁸ Ob. Cit. N° 31. II Parte. 73 P

“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 tercero”.

Con esta disposición se extiende claramente la prohibición de actos de discriminación al estadio anterior al nacimiento de la relación laboral, esto es, al momento de la selección de trabajadores y de la determinación de las condiciones de trabajo.

Posteriormente la Ley N° 19.812, publicada en el Diario Oficial el 13 de junio de 2002, complementa lo anterior al incorporar el nuevo inciso 6° del artículo 2 del Código del Trabajo que señala:

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

Estas disposiciones de nuestro Código del Trabajo, junto con el inciso final del artículo 194, agregado por el artículo único de la Ley N° 19.591, publicado en el Diario Oficial el 9 de noviembre de 1998, referida a la discriminación laboral por razones de sexo, son las que vienen a contemplar expresamente el principio de no-discriminación en los tratos preparatorios destinados a fijar el contenido y alcance de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de trabajo.

En atención a esto, lo primordial será esclarecer con lucidez los deslindes de lo lícito y lo ilícito, dicho de otra manera, determinar cuando los requisitos de preselección y selección exceden a los permitidos por la Constitución y la Ley.

Nuestra Carta Fundamental establece en el artículo 19 N° 16, inciso tercero la prohibición de discriminaciones que no se base en la capacidad o idoneidad personal, al señalar:

“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”.

Esta garantía constitucional señala concretamente cuáles factores de discriminación son lícitos para los regímenes de disparidad que comprometen la libertad de trabajo.

En atención a esto, esta garantía puede catalogarse de “específica”, por cuanto excluye todo factor de discriminación que no sea los contemplados por la norma facilitando enormemente la rendición de prueba, en este sentido el profesor Paulino Varas³⁹ señala: “El principio de la especialidad ordena que se acuda primero a la

³⁹ Ob. Cit. N° 121 P.

garantía específica y, en subsidio, a la genérica. La diferencia entre una y otra estriba en que la garantía genérica requiere una prueba más compleja: que tal o cual factor de discriminación es irrazonable. En tanto que la garantía específica evita tener que probar que ciertos factores generan discriminación arbitraria”.

Los criterios de selección o bases de comparación admisibles en nuestra legislación son:

Capacidad

Idoneidad personal

Nacionalidad Chilena

Límites de edad

(Estas dos últimas sólo establecidas por ley)

La capacidad debe entenderse como la aptitud de la persona para realizar una determinada actividad laboral en atención a los requerimientos propios de la labor a desarrollar y a los exigidos por el empleador dentro de un margen de razonabilidad.

La idoneidad dice mayor relación con la aptitud física, ética o moral para desempeñar un empleo.

Tanto la nacionalidad chilena como los límites de edad constituyen cuestiones de derecho de fácil precisión legal.

Estos criterios son aceptables en cuanto pretendan resguardar la vida, salud e integridad de la persona, o aquellos que son pre-requisito legal para un empleo.

El Código del Trabajo, siguiendo estas mismas consideraciones, establecen normas de selección para determinadas actividades:

Gente de mar: Requiere posesión de una licencia o matrícula otorgada por la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante que “califiquen los conocimientos e idoneidad del interesado”. Artículo 97 del Código del Trabajo.

Trabajador portuario eventual: para desempeñar su oficio “deberá efectuar un curso básico de seguridad de faenas portuarias en un Organismo Técnico de Ejecución autorizado por el Servicio Nacional de Capacitación y empleo”. Artículo 147 del Código del Trabajo).

Trabajadores de casa particular: las dos primeras semanas se estimarán “como período de prueba” pudiendo resolverse el contrato con un aviso de tres días y pagando el tiempo trabajado. Artículo 147 del Código del Trabajo.

Protección a la vida y salud de los trabajadores: los artículos 184 y siguientes del Código del Trabajo establecen la obligación del empleador de adoptar las medidas de resguardo de la vida, salud e integridad física de sus trabajadores. Pues bien, implícitamente, y como lo señala el autor Carlos Koch Salazar⁴⁰, esta norma facultaría al empleador, en los procesos de selección, exigir a sus trabajadores condiciones de salud compatibles con el empleo a que postulan.

⁴⁰ Ob. Cit N° 88 P.

3.4. Factores e instrumentos en la discriminación pre-ocupacional

Por la importancia que desempeña el trabajo en el mundo moderno de hoy existen diversos factores que inciden en la contratación laboral.

Ya lo decíamos anteriormente, que por una parte están en juego los intereses legítimos de los empresarios de desarrollar una actividad empresarial contratando al personal que permita alcanzar los niveles más altos de eficiencia y, por otra parte, se encuentran los grupos de desempleados, ya sea que accedan por primera vez o no a una actividad remunerada, que junto con otros grupos culturalmente disgregados son los más vulnerables a la discriminación pre-ocupacional.

El estado de necesidad laboral crea las condiciones necesarias, y esto es válido tanto en el acceso como en la permanencia en el trabajo, de un régimen de vulneración de garantías y derechos fundamentales.

De esta manera, las situaciones coyunturales de la economía flexibilizan las exigencias del derecho.

Es fácil advertir cuando aumenta la demanda de trabajo la rigurosidad en los procesos de selección de personal y, aun cuando, los criterios de preselección son aceptados en nuestro derecho, el problema se presenta y con frecuencia en este tipo de circunstancias, en la utilización de criterios que atentan contra la libertad, la dignidad y privacidad de las personas.

En este escenario aparecen instrumentos de evaluación de personal que rayan en el límite con el principio de dignidad de los trabajadores y el principio de no- discriminación en materia laboral.

Algunos de estas herramientas utilizadas en los sistemas actuales de contratación son los test pre-ocupacionales, entre ellos los test psicológicos, de drogas, de VIH, de embarazo, que muchas veces, exceden su función de medición de aptitudes, conocimiento, carácter, personalidad o salud compatible del futuro trabajador, constituyendo una intromisión a la vida privada del postulante y fundamento de discriminaciones arbitrarias.

Otro mecanismo utilizado es el examen de polígrafo o también llamado detector de mentiras, que consiste en un dispositivo que registra ciertos cambios fisiológicos como presión sanguínea, pulso, transpiración, etc., mientras el examinador formula preguntas al examinado. Normalmente es utilizado con el objeto de prevenir delitos, contrabando, tráfico de drogas y estupefacientes, etc.

A continuación pasaremos revisión a los principales instrumentos utilizados en la evaluación de personal, señalando los casos admitidos por nuestra legislación y los casos claramente discriminatorios.

3.4.1. Test pre-ocupacionales

Los test pre-ocupacionales consisten en pruebas a las que se somete el postulante a un trabajo para determinar si cumple o no con las exigencias del empleo al que postula.

El problema se presenta habitualmente cuando el objetivo de estos test que es la medición de las aptitudes del candidato violenta el derecho a la vida privada de los trabajadores. En definitiva existe un conflicto, como señala el autor José Luis Goñi⁴¹, entre la necesidad, por una parte, que tiene el empresario de conocer las reales capacidades de los candidatos para insertarlo en el puesto justo, y por otro lado el derecho del postulante a no sufrir intromisiones a su vida privada, a juicios sobre su personalidad y no referente a aspectos objetivos de la relación de trabajo.

La exigencia de este tipo de exámenes corresponde según los autores Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte Cataldo⁴², "... no al ejercicio de la potestad de mando o dirección, ya que no se ha trabado relación laboral alguna, sino a una manifestación de la combinación de dos derechos constitucionales íntimamente relacionados, como es la libertad económica (artículo 19 N° 16) y el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24)".

Estos autores, reconocen la plena legitimidad jurídica de los exámenes pre-ocupacionales señalando que no tiene nada de contradictorio con el modelo antidiscriminatorio del artículo 19 N° 16 de la Constitución. Además avalan este planteamiento por el reconocimiento jurídico explícito a nivel reglamentario en el Decreto Supremo N° 40, Reglamento sobre Prevención de Riesgos Profesionales del Ministerio del Trabajo, de 1967, que establece en su artículo 17, como contenido mínimo del reglamento interno de higiene y seguridad, "los procedimientos para exámenes médicos o psicotécnicos del personal, sean pre-ocupacionales o posteriores". Sin embargo, reconocen que la limitación a esta facultad del empleador de exigir exámenes pre-ocupacionales está en el respeto a las garantías constitucionales del trabajador-postulante, criterio que ha sido sostenido por la Dirección del Trabajo.

La O.I.T. ha puesto de manifiesto mediante recomendaciones y otros documentos de información, su preocupación por la progresiva extensión de la práctica de exámenes pre-ocupacionales especialmente en materia de VIH.

En la Reunión Interregional tripartita de Expertos de la O.I.T., celebrada en Noruega el año 1993, incorpora como anexo V del Repertorio, una importante recopilación de opiniones sobre el tema⁴³, entre ellas se señala que: "las cuestiones de orden ético constituyen uno de los problemas más importantes que hay que resolver antes de proceder a las pruebas.

⁴¹ GOÑI Sein, José Luis. Derecho a la vida privada de los trabajadores. Editorial Civitas. Madrid. 1998. 63 P.

⁴² LIZAMA Portal, Luis y UGARTE Cataldo, José Luis. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 1994. Páginas 255-256.

⁴³ Citadas en Ob. Cit. N° 42.

Los derechos de los trabajadores al respeto de su vida privada y a la confidencialidad, equidad, autonomía e integridad física han de respetarse conforme a la legislación, la jurisprudencia, las normas y los valores nacionales e internacionales”.

En atención a las medidas para lograr el pleno respeto de estos derechos señalaron: “las personas que planifican los programas deben tener presente los problemas que pueden causar las pruebas como por ejemplo el riesgo de acoso o la invasión injustificada de la vida privada. Los trabajadores deben poder decidir en conocimiento de causa si aceptan someterse a las pruebas y adoptar las medidas necesarias para evitar que las pruebas tuviesen consecuencias que pudiesen hacer cualquier tipo de discriminación”.

Algunas de los test exigidos por lo empleadores en la etapa de pre-selección de trabajadores son:

Test Psicológicos: tiene como objeto indagar respecto del carácter del postulante destinado no sólo a valorar la aptitud para realizar con competencia el puesto ofrecido, sino la influencia de sus características psíquicas en el rendimiento óptimo y deseable de la prestación futura.

Dentro de este tipo de pruebas encontramos los test de personalidad y los test de inteligencia o interés profesional. Dentro del primer grupo se distinguen dos categorías: los test objetivos y los test proyectivos.

Los test objetivos son aquellos en que se evalúa no las respuestas específicas del trabajador sino la confrontación de la totalidad de ellas con un modelo de respuestas consideradas ideales o normales. De esta manera se puede determinar si las respuestas entregadas por el trabajador arrojan algún tipo de desorden psiquiátrico como depresión, paranoia, esquizofrenia, etc.

Estos test al evaluar diferentes aspectos de la personalidad permiten predecir las reacciones del individuo frente a diversas situaciones. Ejemplos de estas pruebas son: *Minnesota Multiphase Personality Inventory* (M.M.P.I.) y el *Inwald Personality Inventory* (I.P.I.), que evalúan cinco rasgos de personalidad básicos, neurotismo, extraversión, franqueza, entendimiento y conciencia.

Estas pruebas se crearon para ser utilizadas en clínicas y centros psiquiátricos y su derivación al sistema laboral se debió en su inicio para evaluar a personas que postulaban a cargos de alta tensión o estrés.

Las pruebas proyectivas, son la otra categoría de test que consisten someter al individuo a estímulos para que éste proyecte sus actitudes, valores, motivaciones, conflictos y otros aspectos de su personalidad. Ejemplo de este tipo de pruebas es el conocido Test de Rorschach, el que consiste en láminas manchadas de tinta en el cual el candidato debe señalar lo que observe en cada una de ellas.

Otras pruebas psicológicas son los test de habilidad, aptitud, inteligencia, interés y preferencia profesional.

La evaluación de los candidatos puede obtenerse a través de diversos medios, entre ellos:

Questionarios: consisten en indagaciones a través de preguntas en formularios normalizados

Entrevistas: mediante ella los empresarios obtienen una apreciación directa de las reacciones naturales e improvisadas del sujeto para completar la información arrojada por otros medios.

Las ventajas de este tipo de pruebas son que, sobretodo las que evalúan la personalidad del trabajador, permiten aumentar la productividad de las empresas al colocar a las personas en el puesto adecuado al grado de estrés que se considera que pueden asumir.

Las desventajas radican en que los empleadores se basen únicamente en los rasgos de personalidad del candidato que en un aspecto difícil de medir y variable en el tiempo, que depende de la edad y madurez del testeado, en desmedro de otros factores de igual importancia como son la capacitación laboral, la experiencia y la motivación del trabajador.

Igualmente, podemos señalar que el problema principal que plantea este tipo de indagaciones en el Derecho es su masificación. Es observable la exigencia de estas pruebas en la postulación a la generalidad de los trabajos y no sólo a aquellos en que es necesario indagar en aspectos de la personalidad del trabajador para un empleo determinado. No olvidemos que nuestra legislación tolera estas intromisiones cuando sean estrictamente necesarias para calificar la capacidad e idoneidad profesional del candidato. En todos los demás casos nos encontraremos ante interferencias ilegales a la vida privada del trabajador. De esta manera la información de los rasgos o características del trabajador que excede al conocimiento a que tiene derecho el empleador en virtud de la ley se constituye en un mecanismo de iniquidad y discriminación laboral.

Test de drogas: Consisten en exámenes clínicos para determinar si una persona es consumidora o no de sustancias psicotrópicas

El Repertorio de Recomendaciones sobre las Drogas y el lugar de Trabajo de la O.I.T. de 1996, plantea la complejidad del problema de la droga en la empresa, por cuanto existiría una relación recíproca entre la droga y la relación laboral al incidir una sobre la otra y viceversa.

Los principales problemas de la droga en la relación laboral son por una parte, desde un punto de vista exclusivamente economicista, los aumentos en los costos sobre el proceso productivo. La drogodependencia produce diversos efectos negativos que inciden en la producción, el Repertorio de la O.I.T. sobre el tema enumera los siguientes “deterioro de la salud y las relaciones interpersonales, incremento del ausentismo, disminución del rendimiento en el trabajo, merma de la productividad, aumento de los accidentes, los problemas disciplinarios, la frecuencia de cambio personal y los costos de formación y contratación, el deterioro de los servicios a los clientes, la pérdida de confianza. Los robos, los errores y el mal uso de las informaciones”. Por otra parte, la drogadicción plantea el problema del respeto a la dignidad del trabajador consumidor, derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos clínicos.

Dentro de este mismo enfoque humanístico es de gran importancia además el

principio de protección del trabajador.

Sobre este tema la Asociación Chilena de Seguridad (ACHS) a través de sus Servicios de Exámenes Preventivos ha emitido un documento que entre otras cosas establece un registro de trabajos que podrían ser considerados contraindicados, dada su naturaleza, para un drogodependiente, y digo “podrían” por que los factores que inciden en el consumo de drogas son muy variados (tipo de droga, frecuencia del consumo, cantidad consumida, resistencia fisiológica, calidad de la droga, etc.) por lo que mal puede, la sola consideración del consumo, determinar la capacidad e idoneidad de un trabajador para desarrollar una actividad determinada. Estos trabajos son:

“- Puestos de trabajo que constituyen un riesgo para el trabajador que consume drogas. Ejemplos: trabajos en altura desnivel, trabajos en torres de alta tensión, trabajos que implican portar armas.

- Puestos de trabajo en que el trabajador que consume drogas constituye un riesgo para terceros. Ejemplos: trabajo de pilotaje de aviones, conducción de maquinaria pesada o locomoción colectiva (trenes, buses) y puestos de seguridad en centrales nucleares, trabajos que implican portar armas, trabajos que exigen movimientos finos y precisión: cirujanos.

Puestos de trabajo con solicitud horaria flexible. Ejemplos: médicos obstetras.”

Dado que el empleador es deudor de la seguridad en la empresa y responsable, por tanto, de los daños que sufran sus trabajadores a causa o en ocasión del trabajo, se hace muy habitual la exigencia de los test de drogas, justificando su exigencia en la necesidad de brindar protección al interior de la empresa.

El problema es como lo decíamos anteriormente que la sola detección del consumo de drogas no establece necesariamente la capacidad del trabajador a un empleo determinado, de manera que autorice al empleador para exigir este test como condición al acceso laboral. En este mismo sentido se ha inclinado la ACHS, salvo los empleos mencionados, al establecer en el mismo documento a que hacíamos referencia anteriormente, que un examen positivo de consumo de drogas “no permite definir aptitud para un determinado trabajo”.

Test de VIH: Consisten en exámenes clínicos tendientes a determinar si una persona es seropositiva o está afectada por el virus del SIDA.

Al igual que en los casos anteriores, este tema plantea en el marco de las relaciones laborales la oposición a lo menos aparente de diversos derechos fundamentales. Por una parte el derecho al trabajo, a la libertad y a la dignidad del trabajador y por otra parte el derecho de la comunidad a la salud.

El derecho por tanto, debe entrar a conciliar estos diversos principios.

En primer lugar debemos considerar que, tal como lo señala el profesor Oscar Ermida Uriarte ⁴⁴, que no hay relación directa entre la “seropositividad” de una persona y el trabajo que habrá de realizar.

⁴⁴ ERMIDA Uriarte, Oscar. Repercusiones del Sida en el Derecho Laboral. En Revista Laboral Chilena. Volumen III (Nº 10). Santiago. 1993.

Siguiendo esta premisa la Ley N° 19.779 que Establece Normas Relativas al Virus de Inmuno Deficiencia Humana y crea Bonificaciones para Enfermedades Catastróficas, más conocida como Ley del SIDA, del año 2001, establece en su Capítulo III De la no-discriminación. En el ámbito laboral se establece expresamente la prohibición de discriminar a personas afectadas con VIH y la exigencia del test que permite su detección, para los siguientes efectos: contratación de trabajadores, permanencia, renovación o promoción en su empleo, al señalar expresamente en su artículo 7 inciso 1° lo siguiente:

“No podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen”.

Test de embarazo:

Este tema es de gran importancia dado que se ha comprobado que la mujer ha visto comprometida seriamente sus posibilidades de acceder al mundo del trabajo en igualdad de condiciones que los hombres, entre otras razones, por sujetarse con frecuencia su contratación a la exigencia de demostrar previamente que no se encuentra embarazada.

Actualmente la exigencia de esta prueba se encuentra prohibida en nuestra legislación. En efecto con la dictación de la **Ley N°19.591**, publicada en el D.O. el 09 de noviembre de 1998, se prohíbe condicionar el acceso, la movilidad, los ascensos y la renovación del empleo de las mujeres a la inexistencia de embarazo

No obstante ello, es observable en la realidad nacional, la exigencia de este tipo de pruebas. Por ello será imprescindible hacer uso de todos los mecanismos que la ley dispone para hacer efectivo el respeto de este derecho. El progreso económico y humano de nuestro país requiere cada vez con mayor urgencia que se acrecienten los mecanismos de acción para hacer efectiva la real incorporación de la mujer al trabajo, lo cual se ve dificultado por barreras como la antes descrita.

3.4.1.1. Límites y legalidad de los test pre-ocupacionales

El derecho a la intimidad funciona como un límite al derecho del empleador de verificar la idoneidad del postulante, por lo tanto, el candidato no debería aceptar indagaciones sobre su vida privada, porque la libertad de contratación no autoriza la vulneración de otros derechos fundamentales.

Por ello, el derecho al acceso de la información del trabajador-postulante por parte del empleador sólo será aceptable cuando constituya un requisito esencial para el normal desarrollo de las tareas directamente relacionadas con la aptitud profesional.

Por tanto, toda intromisión indagatoria por el empresario, a través de cualquier medio destinado a obtener información o datos sobre la vida privada del postulante que excedan de los permitidos en virtud de la determinación de su capacidad o idoneidad laboral, serán inconstitucionales por violar los numerales 4 y 16 inciso 3° de la Constitución.

Sintetizando y, siguiendo en esta materia los criterios expuestos por los profesores Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte Cataldo ⁴⁵, las limitaciones derivadas de las

normas constitucionales a los exámenes pre-ocupacionales por parte del empleador son las siguientes:

El consentimiento del examinado, esto es, la voluntad expresa del postulante de someterse a un examen determinado como medio para medir su capacidad o idoneidad para desarrollar un trabajo determinado. Esto se explica razonablemente porque la toma de muestra para el desarrollo del examen requiere disponer de alguna dimensión física o intelectual del postulante, que en virtud de los derechos a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1°) y la libertad personal (artículo 19 N° 7) sólo corresponde al propio sujeto examinado.

Confidencialidad del resultado del examen. Si bien el consentimiento del examinado sustenta el derecho del empleador de conocer el resultado del examen pre-ocupacional, la información obtenida a través de dichos exámenes debe ser manejada de manera confidencial por el empleador. Este límite se concluye del derecho constitucional a la intimidad del trabajador (artículo 19 N° 4).

El uso no discriminatorio de los exámenes pre-ocupacionales. El examen pre-ocupacional no puede utilizarse como medio o fundamento de discriminación laboral. Ello vulneraría el derecho a no ser discriminado en materia laboral sino sobre la base de la capacidad e idoneidad (artículo 19 N° 16).

No obstante que los límites son claros, no podemos desconocer que el trabajador al acceder a un empleo está sujeto al poder de decisión del empleador y, por tanto, todo lo dicho puede resultar más nominal que real. Por ello será necesario en primer lugar que el trabajador ante este tipo de pruebas constate su incorporación en el Reglamento Interno de la empresa, tal como lo señala el artículo 154 del Código del Trabajo, que en su inciso final dispone:

“Artículo 154.- El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

(Inciso final). La obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general toda medida de control, sólo podrá 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”.

En segundo lugar, el trabajador debe estar en conocimiento de la aplicación de las pruebas en la etapa de selección y exigir la información respecto de los fines para los cuales se le aplicarán, la forma en que se llevarán a cabo y la garantía en la reserva y privacidad de los datos otorgados.

Y, en tercer lugar, el postulante una vez informado deberá determinar si otorga su consentimiento, ya sea expreso o tácito, a la aplicación de las pruebas.

Finalmente, a la luz de nuestra legislación laboral, podemos concluir que los test expresamente prohibidos son el test de embarazo en virtud del artículo 194 inciso final del Código del trabajo, el test de VIH según la Ley N° 19.779.

⁴⁵ Ob. Cit. N° 42. Páginas 257 y ss.

Los test permitidos, en general, son los que cumplen con el respeto a las garantías constitucionales (artículo 19 Nos. 4 y 16) y los test obligatorios, como el contemplado en el artículo 14 del Código del Trabajo, que establece en su inciso 2º que: “Los menores de veintiún años no podrán ser contratados para trabajos subterráneos sin someterse previamente a un examen de aptitud”, y que justifican su exigencia para la protección y seguridad del trabajador y quienes se vean afectados por la actividad a realizar.

3.4.3. Detector de mentiras o polígrafo:

Como lo decíamos anteriormente, el detector de mentiras o polígrafo es un dispositivo que registra ciertos cambios fisiológicos como presión sanguínea, pulso, transpiración, etc., mientras el examinador formula preguntas al examinado, siendo su uso indoloro e inocuo.

Se utiliza normalmente en la prevención de delitos, pero últimamente se ha hecho uso para la selección de personal.

Respecto a este tema reproduciremos parte del Dictamen Ord. N° 0684/050 del 6 de febrero de 1997 de la Dirección del Trabajo ⁴⁶ requerido por la Empresa American Airlines, acerca de la legalidad del empleo y uso del polígrafo en los procesos de selección de los futuros empleados de seguridad de dicha empresa, así como respecto del personal que actualmente se desempeña en dichas tareas, para la prevención de delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes.

El pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, en resumidas cuentas, sobre el uso de este mecanismo fue:

Se pone en juego el derecho a la integridad síquica de la persona, puesto que al ser examinado mediante un polígrafo, objetivamente se estaría colocando a la persona en una situación “estresante”, fuera de lo normal o, en el mejor de los casos, en una situación que potencialmente puede convertirse en desintegradora de la “psique” de la persona.

Se pone en juego el derecho a no ser discriminado mediante el establecimiento de diferencias arbitrarias, toda vez que el uso del polígrafo se le aplicará a ciertas y determinadas personas y, además a, la negativa a someterse a él, puede llegar a constituir un antecedente para los efectos de discriminar laboralmente, en circunstancias que se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, y finalmente,

Se ponen en juego el derecho al respeto y a la protección de la persona y de su familia, porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador no sólo estaría inmiscuyéndose en la esfera más íntima de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse información; sino que además estaría poniendo permanentemente en tela de juicio la honra del trabajador.

Finalmente, La Dirección del Trabajo concluye:

⁴⁶ Citado En Revista Laboral Chilena. Agosto de 1997. Pág. 70-73.

“...el mecanismo de selección de las personas, para asegurar el rango de universalidad, deberá recaer sobre toda las personas de la empresa o una selección de ella, y, además, para garantizar la despersonalización, deberá realizarse a todas y cada uno de los trabajadores o en su defecto, establecer un sistema de sorteo que la empresa explicitaría en el Reglamento respectivo.

Pues bien, a la luz de lo expuesto, cabe concluir que el uso del polígrafo, es contrario a los principios antes presentados, porque, además de tener un carácter prepolicial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, no asegura, en su implementación, la universalidad y la despersonalización.

En consecuencia, y de conformidad a las consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que el uso del polígrafo aplicado a la selección de personal así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en su empresa, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno”.

3.5. Grupos más vulnerables a la discriminación pre-ocupacional

De acuerdo a nuestro criterio consideramos que en la actualidad los grupos más vulnerables a la discriminación pre-ocupacional son los compuestos por mujeres, discapacitados, minorías étnicas o raciales, los jóvenes y envejecientes y los que padecen de VIH.

Esta conclusión es fácil de advertir dada que en todos los ejemplos mencionados con excepción si se quiere de los enfermos de VIH en algunos casos, estos grupos son detectables físicamente sin necesidad de la aplicación de herramientas en la pre-selección de personal. No es necesario llegar a etapas avanzadas en la selección de personal para advertir acerca de la edad de una persona, una discapacidad física evidente, su raza o simplemente su condición de mujer.

Si a estas consideraciones le agregamos que mucho de estos factores de discriminación vienen dadas por razones sociales y culturales muy enraizadas en la sociedad, nos encontramos ante un universo de personas, que ven truncada su posibilidad de acceso laboral con igualdad de oportunidades.

Ello en cierta medida se explica también porque aunque las leyes contemplen directrices acerca de la no-discriminación y la igualdad, ésta sigue existiendo en las políticas, asignación de recursos y la prestación de servicios sociales.

En definitiva, y volviendo al punto inicial, una sociedad más justa e igualitaria no sólo es tarea de los legisladores, sino de todos los actores sociales, especialmente de los empleadores que deben internalizar las normas antidiscriminatorias en sus políticas empresariales y, los trabajadores que deben constituirse en sujetos activos en la protección de sus derechos, exigiendo igualdad y denunciando las discriminaciones de

que son objeto.

A continuación pasaremos a revisar estos grupos que hemos catalogados como los más vulnerables a la discriminación pre-ocupacional:

3.5.1. Discriminación por sexo

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, ratificada por Chile, establece un concepto de discriminación contra la mujer, en su artículo 1º, que señala:

“Se define la discriminación contra la mujer como toda exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independiente 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 o en cualquier otra esfera”.

Su artículo 4 establece que la adopción de medidas especiales de carácter temporal por los Estados partes destinadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considera 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 considerarán discriminatorias.

Las Constituciones de todos los países de la región, acogiendo los principios establecidos en los Tratados Internacionales, proclaman el principio de igualdad, ya sea de manera general, o aludiendo específicamente a la no-discriminación por razones de sexo. De esas fórmulas amplias de igualdad formal se deriva el derecho a la no-discriminación en el terreno laboral. En algunos países, como por ejemplo Paraguay, la Constitución hace alusión directa a la relación laboral y prohíbe toda discriminación entre los trabajadores, enumerando distintos motivos, entre ellos el sexo (Art. 87) y señala que los trabajadores de uno u otro sexo tienen los mismos derechos y obligaciones laborales (Art. 88). En otros países, como Ecuador, Cuba y Guatemala, se establece que corresponde al Estado la promoción de la incorporación de la mujer al trabajo remunerado.

La legislación laboral en los países latinoamericanos ha acogido de distintas formas el principio de igualdad y no-discriminación. En casos como Argentina la ley es taxativa al prohibir cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, por motivos entre los que se considera el sexo. En Brasil, por otra parte, se prohíbe la discriminación en el acceso y mantención del empleo y se establece que las normas que regulan el trabajo masculino son aplicables al femenino, siempre que no se contradigan con las disposiciones de protección especial a la mujer. Un caso diferente es el de México, el cual establece en el mismo capítulo de la Ley Federal del Trabajo los aspectos concernientes al trabajo de la mujer y la protección de la maternidad, centrando su atención en este último aspecto. Aun cuando se especifica que hombres y mujeres tienen las mismas obligaciones y derechos, no se abordan materias específicas relativas a igualdad salarial o de condiciones de trabajo.

De tal modo, el principio de igualdad y no-discriminación ha sido incorporado a nivel

Constitucional y legal en todos los países de la región contemplando normas específicas relativas a la prohibición de la discriminación en el trabajo en razón del sexo. Es por ejemplo el caso de Uruguay, en que se promulgó la Ley N° 16.045 de 1989, que prohíbe la discriminación por sexo en el ámbito laboral; de Costa Rica, a través de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer de 1990 y de Venezuela, que promulgó en 1993 la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer.

Nuestro país, siguiendo la tendencia regional, establece en el artículo 2° inciso segundo del Código del Trabajo 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 trabajadoras a esas circunstancias.

El inciso 3° del mismo artículo, agregado por la ley N° 19.739, 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 la ley N° 19.591, establece que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación del contrato, o la promoción o movilidad de 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.

No obstante, las diversas normas vigentes que condenan la desigualdad, la discriminación femenina se encuentra fuertemente arraigada en el mercado laboral, afectando la plena inserción de la mujer en el mundo del trabajo.

Estudios de la O.I.T., sobre el tema de la discriminación de la mujer en el ámbito laboral ⁴⁷, arrojaron las siguientes conclusiones:

A pesar del continuo incremento de la tasa de participación de la mujer en la fuerza laboral durante los últimos 20 años, ésta sigue encontrando más obstáculos que el hombre a la hora de acceder al empleo, y constituye el grupo más vulnerable al desempleo.

La gran mayoría de las mujeres trabajadoras ocupan puestos de trabajo que suponen un escaso nivel de calificación, salarios más bajos, menor seguridad y peores condiciones laborales.

Al ser objeto de discriminación en el mercado de trabajo, la mujer se ve obligada, con más frecuencia que el hombre, a trabajar en el sector no estructurado urbano y a realizar actividades de subsistencia en las zonas rurales, especialmente en el caso de los países

⁴⁷ Estudio citado En: Apuntes complementarios I curso Derecho del Trabajo y Derechos Fundamentales. Profesora María Cristina Gajardo Harboe. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo.

menos desarrollados.

La discriminación laboral de la mujer se debe en gran parte a factores culturales que asignan funciones sociales distintas al hombre y a la mujer, tanto en la esfera pública como en la privada. Se destina a la mujer al desempeño de labores domésticas y familiares, lo cual disminuye la importancia de su papel económico. Esta es la causa de que se considere a la mujer como una fuerza laboral de segundo orden, cuyos ingresos sólo representan un complemento para la unidad familiar.

La mujer constituye un recurso humano desaprovechado, y su contribución sigue siendo, en gran parte, invisible y poco valorada. En la práctica, sin embargo, la gran mayoría de las mujeres desean y necesitan trabajar, y el hecho de que puedan ganar un salario resulta esencial para su propia supervivencia y la de sus familias. Además la subsistencia económica de cerca de un tercio de los hogares del mundo depende principalmente de la mujer.

La no-discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo se entiende desde el proceso de selección hasta el momento de la contratación. En la mayoría de los países de la región existen disposiciones que determinan la libertad de la mujer para celebrar todo tipo de contrato de trabajo. Entre las últimas modificaciones está la de Perú, cuya Ley N° 26.772 de 1997, prohíbe la discriminación en las ofertas de empleo y en el acceso a los medios de formación educativa.

Persisten, sin embargo, disposiciones como la de Uruguay, que especifica que "...no se considera discriminatorio el hecho de reservar determinados puestos a un sexo cuando ello sea condición esencial para el cumplimiento de la tarea", Art. 3 de la Ley N° 16.045 de 1998.

Paulatinamente, en la mayoría de los países, se ha ido eliminando la prohibición a la mujer para realizar determinadas tareas, consideradas atentatorias a su salud física o moral, de acuerdo al espíritu protector de la ley, aun cuando en algunos casos todavía se prohíbe de manera genérica a la mujer el desempeño de trabajos peligrosos e insalubres, el trabajo subterráneo, y se limita la carga máxima de transporte manual. En la actualidad, sólo Argentina, Costa Rica y Colombia establecen la prohibición para realizar trabajos riesgosos, insalubres, peligrosos o penosos. La mayoría de los países establece prohibiciones solo a la mujer embarazada, para desempeñarse en labores que pongan en riesgo su salud o la del niño.

En el marco de la preocupación por prevenir la discriminación en el acceso al empleo, diversos países, incluido el nuestro, han incorporado medidas para evitar la discriminación resultante del embarazo, prohibiendo por ejemplo, las pruebas de embarazo para condicionar la contratación de mujeres.

La Encuesta: Remuneración y costo de la mano de obra. Analizada por sexo, del Servicio Nacional de la Mujer, Departamento de Estudios y Estadísticas, de noviembre de 2002 ⁴⁸, grafica los principales argumentos que en nuestro país, avalarían políticas discriminatorias de la mujer por parte de los empleadores. Entre ellos, la encuesta reveló los siguientes datos:

⁴⁸ Citado en Ob. Cit. N° 47. Pág. 31-32.

Las licencias por maternidad: son el principal mecanismo que establece distinciones por sexo, debido a que este derecho sólo recae en las mujeres. Los roles sociales y culturales de las personas también generan costos diferenciados por sexo, al afectar la inserción laboral, el desempeño y las condiciones de trabajo de manera diferente para ambos sexos, así como también inciden en el uso desigual que hacen hombres y mujeres de los derechos que la ley les otorga. Por ejemplo, si bien la ley permite las licencias a los hombres para el cuidado de los hijos enfermos, estos escasamente hacen uso de ese derecho porque ideológicamente no corresponde con el rol masculino tradicional como proveedor del hogar.

La capacitación laboral: las representaciones sociales sobre lo masculino y lo femenino producen visiones estereotipadas sobre el lugar que ocuparía el trabajo en la vida de hombres y mujeres, por lo que éstas recibirían menos incentivos para desarrollarse laboralmente, lo que repercute en una menor inversión en capacitación para las mujeres por parte de las empresas.

Las remuneraciones: los resultados a los que llega el estudio muestran la considerable brecha en cuanto a los ingresos entre ambos sexos, la cual, en promedio, supera el 30%, alcanzando las mujeres sólo el 68,9% de las remuneraciones de los hombres. Lo anterior, no sólo refleja la discriminación salarial que sufren las mujeres de nuestro país, sino también una serie condicionantes socio-culturales que dificultan el acceso de estas a empleos de mejor calidad. Esta brecha se ve fuertemente acentuada en ciertos grupos ocupacionales como el personal directivo, los/as empleados/as de comercio y demostración y los/as trabajadores/as de servicios personales y de protección, donde las mujeres reciben sueldos mucho menores que los hombres para las mismas categorías ocupacionales.

En definitiva, el principal argumento, junto con el cultural, que viene a limitar el acceso al trabajo remunerado de la mujer es el costo de la obra de mano femenina respecto a la masculina. En algunos casos se sostiene que las diferencias de remuneración de las mujeres respecto de los hombres resulta de la necesidad de compensar el mayor costo laboral que la empresa debe enfrentar para contratarlas y que se originan en normas protectoras especiales, referidas principalmente a la maternidad y al cuidado infantil (licencia-maternidad, horario especial para la lactancia, protección contra el despido, guarderías infantiles, permiso para el cuidado de los hijos enfermos).

Un estudio de la O.I.T. sobre los costos laborales asociados a la contratación de hombres y mujeres realizado el 2000 en Argentina, Brasil, México y Chile, demostró que los costos monetarios directos para el empleador asociado a la contratación de mujeres según la legislación vigente son reducidos y corresponden en nuestro país al 1,8%. Este bajo costo está relacionado con el hecho de que la incidencia anual de los embarazos entre las trabajadoras asalariadas no es elevada, correspondiendo en Chile al 4,5%. La razón de que los costos para el empleador sean tan reducidos se debe a que las prestaciones monetarias que reciben las trabajadoras durante la licencia-maternidad son financiadas directamente por el Estado, en nuestro país, y por la seguridad social, en el resto de los países de la muestra.

Finalmente, podemos concluir en esta materia, que la educación y la información son

los conceptos claves para desmitificar la creencia del mayor costo laboral en la contratación de mujeres y así lograr la plena integración de este grupo, su inserción en el trabajo en un plano de igualdad y el reconocimiento práctico del principio de no-discriminación.

3.5.2. Discriminación por discapacidad

El derecho de los discapacitados a la incorporación en condiciones de igualdad al mercado de trabajo aparece ya en 1975 en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Impedidos, que en su artículo 7º establece:

“El minusválido tiene derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decente. Tiene derecho, según sus posibilidades, de obtener y conservar un empleo o ejercer una profesión útil, productiva y remunerada y formar parte de las organizaciones sindicales”.

En el plano internacional, la O.I.T ha sido la organización más comprometida a favor de las personas minusválidas. Estas acciones se han expresado en la Recomendación N° 99 sobre la adaptación y readaptación profesional de los inválidos, que ha inspirado a las legislaciones internas en la materia hasta la adopción del Convenio N° 159 y Recomendación N° 168, de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas.

La O.E.A., por su parte, adoptó el 7 de junio de 1999 la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, siendo ratificada por nuestro Congreso Nacional el 20 de noviembre de 2001.

Esta Convención define en su primer articulado la discapacidad de la manera que sigue:

“...significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social”.

En nuestro derecho interno, la Ley N° 19.284 es el primer cuerpo legal que aborda en forma integral el tema de la discapacidad, estableciendo normas para la plena integración social de las personas con discapacidad.

Esta ley define en su artículo 3º la discapacidad señalando:

“Se considera persona con discapacidad, a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiere originado, vea obstaculizada, en a lo menos 1/3, su capacidad educativa, laboral o de integración social”.

De esta definición surgen los siguientes elementos:

La discapacidad es una consecuencia de una o más deficiencias que afectan a la

persona;

Estas deficiencias pueden ser de orden físico, psíquico o sensorial;

La deficiencia puede ser congénita o adquirida;

La deficiencia debe ser previsiblemente de carácter permanente;

Para calificar la deficiencia no interesa la causa que la hubiere originado; y

La deficiencia, para ser considerada como tal, debe obstaculizar en, a lo menos, 1/3 la capacidad educativa, laboral o de integración social de la persona.

Además de la ley en comento, debe tenerse presente en esta materia el D.S. N° 2.505 de 1994 del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento para la Evaluación y calificación de la Discapacidad, que dispone en su artículo 1° que para los efectos de la aplicación del artículo 3° de la Ley N° 19.284, la capacidad debe estar referida a la plena capacidad de satisfacer las exigencias del medio, respecto de un sujeto sin discapacidad de igual edad, sexo, capacitación, condición social, familiar y de igual localidad geográfica que el sujeto a evaluar.

El artículo 2° de este D.S. define lo que debe entenderse por discapacidad laboral, señalando que es la incapacidad para procurarse o realizar un trabajo, de acuerdo a su sexo, edad, formación y capacitación, que permita obtener una remuneración equivalente a aquella que correspondería a un trabajador no discapacitado en situación análoga.

En definitiva, se concluye:

La discapacidad debe traducirse en una incapacidad para procurarse o realizar un trabajo

El trabajo a que se refiere es de acuerdo al sexo, edad, formación y capacitación de la persona, y

El trabajo debe permitir obtener una remuneración equivalente a la que le correspondería a un trabajador no discapacitado en situación análoga.

Esta ley, destina un título completo a la “equiparación de Oportunidades”, estableciendo normas que aseguren a estas personas el acceso a la cultura, a la información, a las comunicaciones y al espacio físico.

Una importante norma que alude al acceso al trabajo es la contemplada en el artículo 18 que señala:

“Los establecimientos educacionales, organismos públicos y privados de capacitación, empleadores y en general toda persona o institución, cualquiera que fuere su naturaleza, que ofrezca cursos, empleos, servicios, llamados a concursos y otros similares, exigiendo en la rendición de exámenes u otros requisitos análogos, deberán adecuar los mecanismos de selección en todo cuanto sea necesario para permitir la participación de las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades”.

Respecto de la discapacidad mental existe la Ley N° 18.600 que Establece Normas Sobre los Discapacitados Mentales publicada en el D.O. el 19 de abril de 1987. En una primera etapa esta ley se refería a estas personas como deficientes mentales pero a partir de la modificación introducida por la Ley N° 19.745 de 2001, se reemplaza la

expresión “deficientes mentales” por la de “personas con discapacidad mental”.

El artículo 2º de esta ley señala lo que debe entenderse por discapacidad mental:

“Persona con discapacidad mental es aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiere originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social”. “Se entiende disminuida en un tercio la capacidad educativa, laboral o de integración social de la persona cuando, considerando en conjunto su rendimiento en las áreas intelectual, emocional, conductual y relacional, se estime que dicha capacidad es igual o inferior al setenta por ciento de lo esperado para una persona de igual edad y condición social y cultural, medido por un instrumento validado por la Organización Mundial de la Salud y administrado individualmente”.

Una importante disposición que incorpora esta ley y que permite en la práctica la aplicación real de estas normas es la establecida en el artículo 16 que señala en materia de remuneración lo siguiente:

“En el contrato de trabajo que celebre la persona con discapacidad mental, podrá estipularse una remuneración libremente convenida entre las partes, no aplicándose a este respecto las normas sobre ingreso mínimo”.

Con ello se permite incentivar a los empleadores a contratar personas con discapacidad mental en labores acorde a su condición con el beneficio de una remuneración convenida y jornada laboral flexible.

3.5.3. Discriminación por raza

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma, ratificación o adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas, por resolución del 21 de diciembre de 1965, se proclama en sus considerandos como uno de los fundamentos de la Convención, su convicción de que “toda doctrina de superioridad basada en la diferencia racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte, la discriminación racial”.

Esta Convención, tiene presente el Convenio N° 111 de 1985, sobre Discriminación (empleo y ocupación) aprobado por la O.I.T. y ratificado por nuestro país, al definir en su artículo 1º lo que debemos entender por discriminación racial, señalando que es una expresión que: “...denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

En la Recomendación General N° 24 efectuada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, se establece que, “... de acuerdo con la definición que figura en el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las

Formas de Discriminación racial, la Convención se refiere a todas las personas de distintas razas, grupos nacionales o étnicos o poblaciones indígenas”.

A continuación el artículo 5º letra e) de dicha Convención contempla expresamente la no-discriminación en materia laboral al disponer:

“En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente el goce de los derechos siguientes:

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

i. El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, al igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria”.

En nuestro país la Ley N° 19.253 de 1993, establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. En el artículo 8º se establece que: “se considerará falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura”, y agrega que: “El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales”.

El tema de la discriminación racial en nuestro país no deja de ser preocupante si consideramos que los pueblos originarios, en conjunto, representan cerca del 10% de la población.

3.5.4. Discriminación por edad

Este tipo de discriminación se entiende como la negativa de emplear a un candidato solamente por su edad, sin tomar en cuenta su capacidad de trabajo. Últimamente ha aumentado la preocupación frente a este nuevo motivo de discriminación, debido al gran número de personas mayores de 45 años que en la actualidad se encuentran desempleadas. Ello motivó a la O.I.T. a adoptar la Recomendación N° 162 sobre los Trabajadores de avanzada edad, que determina en su disposición II 3) lo siguiente:

“En el marco de una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y prácticas relativas a tal política, todo miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y ocupación”.

Pero dentro de este tipo de discriminación laboral también se comprende la de los jóvenes que se produce cuando no se les contrata, o ya laborando no se le tienen consideraciones similares a otras personas o trabajadores que poseen la misma capacidad para ejercer un trabajo igual. La prueba en este tipo de discriminación en lo que respecta al acceso al trabajo será muy difícil dado que el empleador siempre esgrimirá para excluir al joven postulante su falta de experiencia.

En nuestro país rige la Ley N° 19.759 publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2001, que introdujo modificaciones al artículo 2° del Código del Trabajo. En virtud de esta ley, las ofertas de empleo que especifiquen requisitos de edad o estado civil para postular a algún puesto de trabajo son consideradas ilegales.

3.5.5. Discriminación por VIH/SIDA

El problema del SIDA en el ámbito laboral no deja de ser preocupante si consideramos que alrededor del 90% de los infectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) forman parte de la población económicamente activa (PEA) o están en edad de integrarla.

La existencia de prácticas discriminatorias en las relaciones laborales en contra de los portadores del virus del SIDA ha crecido en los últimos años. Es frecuente observar que muchas empresas exigen como requisito de contratación someter a los candidatos a exámenes médicos para detectar la presencia del virus.

Estos exámenes suelen ser la vía, directa o indirecta, de limitación al acceso al empleo. Por eso la tendencia es a proscribir la obligatoriedad de estas pruebas.

La Declaración conjunta de la O.M.S. y de la O.I.T. son claras al expresar que no puede dirigirse la investigación del HIV/SIDA previa a la contratación como parte de las pruebas de aptitud para el trabajo. Definitivamente la realización de estos test, tal como lo señalábamos al analizar el tema de los test pre-ocupacionales en general, trae aparejadas consecuencias discriminatorias, es altamente probable que el candidato no sea admitido en el empleo, no sólo si la prueba da positivo en la detección del virus sino también cuando en ejercicio de su derecho constitucional a la protección de la intimidad se niegue a efectuarse el análisis por que en ese caso será considerado como presunción de la presencia del mal en su cuerpo.

Las justificaciones de los empleadores para este tipo de pruebas se basan principalmente en su obligación de garantizar seguridad al resto de sus trabajadores como a los destinatarios del servicio que la empresa presta a la sociedad civil, pero este punto ha sido totalmente rebatido puesto que la Declaración de la O.M.S. y de la O.I.T. son claras al expresar que: “en la inmensa mayoría de los oficios y de las situaciones laborales, el trabajo no entraña ningún riesgo de contraer o de transmitir el HIV...”. En igual sentido el Programa Mundial de la O.M.S. y la O.I.T. señala: “La infección por el HIV no entraña por sí misma limitación alguna de la aptitud para el trabajo. Si esta se encuentra menoscabada por una enfermedad relacionada con el HIV se deberán tomar medidas para efectuar un cambio razonable de condiciones de trabajo”.

El principio de no-discriminación en esta materia postula otros criterios complementarios como lo señala el profesor Oscar Ermida Uriarte⁴⁹, estos son:

Los trabajadores seropositivos asintomáticos deben ser tratados como cualquier otro trabajador sano;

Los trabajadores afectados de SIDA u otra enfermedad conexas deben ser tratados

⁴⁹ ERMIDA Uriarte, Oscar. Repercusiones del Sida en el Derecho Laboral. En: Revista Laboral Chilena. Vol. III. Santiago 1993.

como cualquier trabajador enfermo; y

La confidencialidad de los resultados de las pruebas clínicas, salvo excepciones.

Para finalizar este capítulo podemos agregar que de lo expuesto se concluye que el establecimiento de legislaciones activas en la protección de la no-discriminación laboral no constituye ninguna garantía del respeto al acceso igualitario al trabajo de los grupos vulnerables.

El principal problema al que se ven enfrentados este tipo de grupos será que, en la mayoría de los casos en que resulten discriminados, el empleador podrá esgrimir otra razón, más o menos creíble, para preferir un candidato diferente, y en segundo término, por que en muchos casos el postulante desplazado se abstendrá de promover cualquier reclamación, en parte por un motivo cultural de no reclamar, por desconocimiento de sus derechos civiles y también, en el caso de los enfermos de SIDA particularmente, para evitar la difusión de su mal.

CAPÍTULO IV. VÍAS DE IMPUGNACIÓN FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA DE LA RELACIÓN LABORAL

4.1. Uso de factores de discriminación prohibido

El principio de no-discriminación prohíbe el trato desigual fundado en alguno de los criterios prohibidos por la Constitución y la ley. Sin embargo, como lo señalamos en su oportunidad, no siempre la utilización de estos criterios será ilícita.

El Convenio 111 de la O.I.T. establece los tres casos en que es lícito la utilización de dichos criterios. En primer y segundo lugar están las excepciones de Seguridad del Estado (artículo 4 Convenio N° 111 de la O.I.T.: “No se considerarán como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica

nacional”) y de las Medidas de mayor protección (artículo 5. 1 Convenio N° 111 de la O.I.T.: “Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias”. Su apartado 2 señala que: “Todo Miembro puede {...} definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”). Estas dos razones son poco propicias para su utilización por parte del empleador y más bien dicen relación con medidas gubernativas estatales.

El tercer caso, aparece establecido en el artículo 1.2 del Convenio N° 111 de la O.I.T. al declarar que: “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Esta justificación será la que normalmente emplee el empresario frente a la alegación de discriminación.

En definitiva, el empresario frente a una acusación de discriminación deberá acreditar:

Que no ha utilizado una de las razones vedadas para tomar su decisión

Que habiendo utilizado el criterio de sexo, edad, etc., en el caso concreto se encontraba justificado por la propia “naturaleza de las cosas” que así lo exigía o contaba con el respaldo de otra norma constitucional.

Determinar si nos encontramos frente a un criterio de discriminación prohibido, en virtud de estas razones, es de una gran complejidad, por ello es que se afirma, sin lugar a dudas, que el respeto del principio de no-discriminación en la fase pre-ocupacional plantea múltiples dificultades.

Uno de los principales problemas será acreditar la existencia de la discriminación. ¿Qué pasa si el empresario afirma que no ha contratado al postulante por no estar calificado para el empleo ofrecido, mientras que el solicitante afirma que no lo ha sido por su raza, por su condición de mujer, de minusválido, etc.? Este es el típico caso en que el empresario oculta la verdadera intención de discriminar bajo el argumento de la falta de capacidad del postulante.

En España, tanto la Jurisprudencia como la doctrina han elaborado fórmulas facilitadoras de la prueba, el autor M. Rodríguez-Piñero⁵⁰ ha señalado al respecto lo siguiente: “si esa discriminación consiste en una diferenciación de trato en una misma situación, por parte de quien la alega debe probarse la existencia de esa diferenciación de trato, así como que en la persona afectada concurre una de las circunstancias previstas de discriminación. La existencia objetiva de un tratamiento desfavorable le basta. Habrá de ser el empresario el que pruebe que el trabajador no ha sido tratado menos desfavorablemente que otros trabajadores en el mismo caso”.

La jurisprudencia constitucional en España ha afirmado que en estos casos el demandante que se considera discriminado, debe aportar al proceso un mínimo de

⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. No Discriminación en las Relaciones Laborales. Madrid. 1983. Pág. 437 y 438.

indicios suficientes o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia.

Todos estos aportes doctrinarios y jurisprudenciales han sido adoptados por la legislación española al establecer que si de las alegaciones del actor se deduce la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Estas consideraciones han llevado al autor Alberto Cámara Bofia⁵¹ a concluir que el sistema español en esta materia no contempla una inversión de la carga de la prueba, tampoco una prueba de presunciones. Aquí la defensa del demandado no gira exclusivamente sobre la negación de los hechos configurados como indicios. De esta manera, ha señalado este autor, en el caso de una mujer solicitante de empleo en una empresa que rechaza su solicitud, el empresario justificará su rechazo en la falta de calificación profesional de la mujer, sin embargo ésta afirmará que ha sido rechazada por su condición de mujer, pues en la empresa no trabaja ninguna mujer. La trabajadora presentará la demanda ante el juez y la fundará en que solicitó un empleo reuniendo los requisitos de calificación profesional necesarios para desempeñarlo, que el puesto de trabajo estaba vacante y que en la empresa no trabajaban mujeres. La defensa del empresario no puede consistir sólo en negar estos hechos, pues aun siendo ciertos, su decisión puede que no fuera discriminatoria. Puede que no contratara a la mujer porque sabe que fue invitada a abandonar otra empresa del sector por comportamiento desleal, aunque se formalizó su salida de aquella empresa por mutuo acuerdo de las partes. Es evidente que en este caso el empresario no podrá negar los indicios, pero su no negación no implicará que exista discriminación.

En definitiva, como señala este autor, no se trata de una prueba de indicios, no se trata tanto de hechos como de una valoración jurídica sobre si los hechos pueden calificarse como discriminatorios o no.

Ilustrativo en esta materia resulta la experiencia antidiscriminatoria en los Estados Unidos que se advierte en el siguiente caso, citado por este mismo autor⁵² y, que a continuación reproducimos.

En el caso *McDonnell Douglas Corp. V. Geen* [411 U.S. 792 (1973)] una trabajador negro, activista en la lucha por los derechos civiles, es despedido por razones económicas. Después del despido, alegando prácticas racistas de la empresa participa en diversos altercados contra la empresa (bloqueos y encierros). Un año después de este despido, la empresa ofrece empleos correspondientes a la cualificación profesional del trabajador. El trabajador solicita un empleo y es rechazado por la empresa en virtud de su comportamiento anterior contra la misma. Ante esta conducta empresarial el trabajador reclama, alegando que su no contratación está causada por su participación en la lucha por los derechos civiles, mientras que el empresario afirma que su no contratación se

⁵¹ CÁMARA Botía, Alberto. Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 33, España. Pág. 91-92 (disponible [En: www.mtas.es](http://www.mtas.es)).

⁵² Ob. Cit. Nº 51. Pág. 92-93.

debe a la conducta del trabajador contra la empresa. Ante esta situación el Tribunal se preocupa de fijar las reglas de prueba, estableciendo los siguientes momentos:

1) En estos litigios el demandante tiene la carga de acreditar *prima facie* que está ante un caso de discriminación racial, lo que puede hacer a través de los siguientes cuatro elementos:

Que el demandante pertenece a una minoría racial;

que solicitó y estaba cualificado para el empleo ofrecido por el empresario;

Que a pesar de su cualificación profesional no fue contratado;

Que después de ser rechazado, el empresario continuó buscando trabajadores de la misma cualificación que el no contratado. Con estos cuatro elementos queda acreditado *prima facie* el caso discriminación.

Corresponde luego al empresario articular alguna razón legítima no discriminatoria para no contratar al trabajador, en el caso los antecedentes violentos del trabajador contra la empresa.

Peso a ello el trabajador debe tener la oportunidad de mostrar que la razón alegada por el empresario es un mero pretexto encubridor de la decisión discriminatoria. En el caso que nos ocupa, el trabajador podría acreditar que la razón empresarial es un mero pretexto probando que los blancos con igual conducta a la suya fueron contratados, el tratamiento recibido del empresario durante la anterior relación laboral, la respuesta del empresario al activismo político del trabajador o la política empresarial respecto de las minorías (patrón de discriminación). De este modo el trabajador tendrá la oportunidad de demostrar que las razones empresariales, aparentemente válidas, eran una mera máscara que ocultaba la auténtica decisión discriminatoria y racista. Debe notarse que no se exige al empresario que acredite que su decisión de no contratar se basa en la falta de requisitos de aptitud profesional, basta que acredite que su decisión no crea barreras artificiales, arbitrarias e innecesarias para el empleo.

Posteriormente en *Teamsters v. United States* {431 U.S. 324, 358 n. 44 (1977)} el Tribunal declaró que con la fórmula de Green no se requiere prueba directa de la discriminación, pero exige que el demandante, al menos, acredite que su no contratación no se debe a dos de las razones legítimas por las que más frecuentemente un empresario rechaza a un trabajador: su falta absoluta o relativa de cualificación profesional y la ausencia de un puesto de trabajo vacante en la empresa. A falta de otra explicación la eliminación de estas razones es suficiente para deducir que la decisión fue discriminatoria.

También en *Texas Department of Community Affairs v. Burdine* {450 U.S. 48 (1981)} el Tribunal volvería a sistematizar las reglas del caso Green. Primero, el actor tiene la carga de probar *prima facie* que está ante un caso de discriminación. Segundo, si el actor tiene éxito en acreditar *prima facie* la discriminación, el demandado tiene la carga de articular alguna razón legítima y no discriminatoria para rechazar al trabajador. Tercero, si el demandado así lo hace, el actor debe tener la oportunidad de probar con evidencia predominante que las razones legítimas alegadas por el empresario no eran sus verdaderas razones, sino un mero pretexto encubridor de la discriminación.

Igualmente en *Patterson v. McLean Credit Union* {491U.S. 164 (1989)} en que una trabajadora negra fue, primero, postergada y, luego, despedida, el Tribunal declaró que la actora sólo tenía que probar para acreditar *prima facie* el caso de discriminación los cuatro elementos que fueron fijados en *Green*.

En definitiva, en estos casos se observa que el debate gira más sobre razones que sobre hechos.

4.2. La responsabilidad frente a la discriminación pre-ocupacional en derecho comparado

4.2.1. Derecho del Trabajo Alemán

El Derecho del Trabajo alemán, ha establecido una solución para los casos de discriminación por razón de sexo particularmente en la etapa de acceso al empleo, facilitando el ejercicio de los derechos de las mujeres o de los hombres, en su caso, afectadas por un acto de discriminación a ser resarcidas, garantizando, al mismo tiempo, la vigencia del principio de igualdad de trato en el trabajo.

La normativa alemana prescribe que se prohíbe al empleador, en términos generales, todo acuerdo o medida que conlleve una diferenciación fundada en el sexo, especialmente al momento de constituir la relación laboral. Sin embargo, se sostiene, que una diferenciación fundada en el sexo de un trabajador puede ser admisible, cuando un acuerdo o medida tenga por objeto la actividad que realiza el trabajador y el sexo de éste sea la condición indispensable para la realización de dicha actividad. Siguiendo esta misma idea, se establece además, que el empleador no puede realizar ofertas de empleo, públicas o circunscritas a la empresa, que vayan dirigidas únicamente a hombres o mujeres, salvo que se esté en el caso de excepción señalado precedentemente.

La discriminación del empleador fundado en el sexo en la pre-contratación laboral, faculta al postulante afectado a reclamar el pago de una “compensación razonable” en dinero, pero no puede exigir ser contratado en ese empleo.

Esta noción de “compensación razonable”, delimita la extensión de la indemnización en dinero a los daños materiales (gastos asociados a la postulación: confección de currículum, gastos de envío, traslados a entrevistas, etc.), como a los eventuales daños inmateriales (vulneración de los derechos de la personalidad). Con esto se establece un carácter compensatorio de la indemnización y no sancionatorio, que pudiera resultar desproporcionado. En todo caso, la fijación del monto de la indemnización no queda entregada a la discrecionalidad del juez, el propio legislador ha establecido un parámetro preciso para su determinación, tomando en consideración sentencias del Tribunal Federal del Trabajo y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. El postulante afectado tiene derecho de percibir del empleador el pago de una compensación por un monto máximo de tres “salarios mensuales”. Para estos efectos se entiende por salario mensual,

la contraprestación en dinero y en especie que al postulante le habría correspondido percibir en el período de un mes, con una jornada regular de trabajo, en caso de haberse podido constituir la relación laboral.

El legislador alemán ha establecido reglas claras que conllevan a una inversión del peso de la prueba en estos casos, a objeto de lograr que la protección legal al principio de no-discriminación sea real y no se entrase por la dificultad de establecerse en juicio, en efecto, la ley establece que en los casos en que el trabajador logra establecer hechos que permiten presumir la existencia de un trato no igualitario en razón del sexo, le corresponderá al empleador asumir la carga de probar que la diferenciación realizada en el proceso de selección del trabajador no es arbitrario, sino que se encuentra justificada por razones objetivas, independiente de toda consideración de género, o que la actividad laboral para la cual se está contratando al trabajador, exige por su propia naturaleza como requisito imprescindible que el trabajador pertenezca a un género determinado.

4.2.2. Derecho laboral norteamericano

El derecho de los Estados Unidos establece una eficaz protección del trabajador discriminado, muy diferente a la contemplada por la legislación alemana.

La Civil Rights Act autoriza al Tribunal a ordenar la readmisión o contratación del trabajador discriminado con o sin derecho a los salarios dejados de percibir, así como cualquier otro remedio equitativo que el Tribunal estime conveniente. Si el Tribunal no puede determinar la aptitud del discriminado para el empleo, puede ordenar al empresario que reconsidere la solicitud del trabajador. Por el contrario, si el Tribunal puede determinar la aptitud del trabajador, puede ordenar al empresario que lo contrate cuando se produzca la primera vacante en la empresa, teniendo el trabajador derecho al salario mientras se produce su efectiva colocación.

4.2.3. Derecho laboral español

Los actos discriminatorios en el derecho español tienen contempladas sanciones administrativas y penales. El artículo 16.2 LISS tipifica esta conducta como infracción muy grave, sancionable con multa de hasta quince millones de pesetas, y el artículo 314 del Código Penal español la incluye dentro del título de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Desde el punto de vista contractual, estas decisiones discriminatorias del empresario, en conformidad a la ley, son “nulas y sin efectos” y la sentencia que declara la existencia de discriminación; previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, ordenará el cese inmediato del comportamiento discriminatorio y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera.

Aún cuando parece claro el sentido de la norma que prescribe el cese de la conducta discriminatoria del empresario, no existe acuerdo en la doctrina española respecto de cómo deba producirse la reposición a la situación anterior a la discriminación, así como la

determinación de la indemnización correspondiente.

Una parte de la doctrina, estima que existiría la imposición de contratar a cargo del discriminador. Otra parte, señala que la reacción general del ordenamiento frente a actos discriminatorios consiste en la declaración de ineficacia que se traduce en una indemnización de los daños y perjuicios causados por la no celebración del contrato.

4.3. Sistema de responsabilidad por actos discriminatorios pre-ocupacionales en el Derecho Chileno.

Las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759 contemplaban en el proyecto original enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional, la incorporación de un inciso 4 al artículo 2 del Código del Trabajo, el cual establecía lo siguiente:

“El afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los tribunales del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones de derecho común, incluso el daño moral”.

Esta disposición consagraba expresamente una acción indemnizatoria e incluso comprensiva del daño moral, válida para cualquier etapa del iter contractual, al no establecer diferencia alguna, pero que en definitiva fue rechazada y no formó parte de las modificaciones introducidas por esta ley.

Las principales críticas formuladas a esta disposición⁵³ se centraban en que ella introducía un factor de incertidumbre debido a la amplitud de su redacción, pudiendo ser cuestionada toda resolución del empleador relativa a la administración de su personal. Además, se señaló que la posibilidad de indemnizar el daño moral aumentaba el riesgo de incertidumbre, atendida la dificultad de conceptualizar y cuantificar este daño.

La no aprobación de esta propuesta en el proyecto original de reforma laboral, dificulta enormemente, a los afectados de un acto discriminatorio, la posibilidad de obtener una indemnización equivalente al daño causado.

Dado que no se contempla en el Código del ramo una acción de resarcimiento directa entregada a la jurisdicción laboral, la inclusión de todas aquellas normas antidiscriminatorias armónicas a los principios del Derecho Internacional, no pasan de ser normas programáticas que no pueden ser exigidas en la realidad. Con esto lo único que se logra es aumentar la impunidad y el descontento social, al tener que aceptar con resignación los casos de desigualdad y discriminación.

Por ello, en atención a las deficiencias evidentes que presenta la legislación laboral, el mayor aporte en este sentido será establecer la procedencia de la interposición de

⁵³ Las principales críticas al proyecto original de reforma fueron formuladas por la Confederación de la Producción y del Comercio. Para mayor detalle ver: Revista Laboral Chilena. Febrero-marzo. 2001. Pág. 56 y ss.

acciones contempladas en el derecho común.

4.3.1. Acciones constitucionales

Nuestra Constitución salvaguarda los derechos y garantías fundamentales en el artículo 19, estableciendo mecanismo de protección directa para la vulneración de alguno de ellos. Pero no se establece una disposición que reconozca el efecto directo e inmediato de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución peruana que establece en el artículo 23, inciso tercero, lo siguiente: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales”, o el Estatuto de los Trabajadores de España que prescribe en su artículo 2º, que: “la regulación de las relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución”.

Esto nos lleva a plantearnos el tema del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

Como lo señalan los autores Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte Cataldo⁵⁴, la doctrina laboral, especialmente la española, ha reconocido la importancia de la *drittwirkung* (reconocimiento de la fuerza directa u horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares) en el derecho laboral, a través de expresiones como “la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, especialmente en la empresa, es uno de los temas claves del derecho del trabajo”, cuestión que ha sido ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que ha señalado, en sentencia 98/85 (29, VII) que: “la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”.

Agregan estos autores, que nuestra doctrina laboral, por su parte, guarda absoluto silencio sobre esta materia, y se remite, a lo sumo, a describir los derechos constitucionales de naturaleza propiamente laboral. Aclaran que el uso de la expresión derechos fundamentales, a efectos de la *drittwirkung* o eficacia de dichos derechos frente a terceros, que en rigor cubre todos aquellos que la Constitución reconoce como tales, pone acento en aquellos derechos que por no tener una naturaleza jurídica específica, tales como la libertad de expresión, intimidad u honra, han sido operativa y dogmáticamente relegados en las diversas ramas del derecho privado.

Señalan textualmente⁵⁵, que: “en materia laboral, si bien existe una larga tradición de aplicación jurisprudencial y doctrinaria de los derechos constitucionales de naturaleza específica laboral, tales como la libertad sindical o el derecho de negociación colectiva, el verdadero cambio de paradigma en el análisis de esta materia que la *Drittwirkung* importa, está, obviamente, referido a aquellos derechos fundamentales de naturaleza inespecífica y su importancia en las relaciones entre privados”.

⁵⁴ Ob. Cit. N° 42. Pág. 170-171.

⁵⁵ Ver cita anterior.

La Dirección del Trabajo, a partir de ciertas deficiencias legislativas, sobre todo lo que concierne a la revisión y control de los trabajadores dentro de la empresa, evoluciona a una verdadera doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales. No obstante ello, la sorprendente evolución de esta materia a estado ligada más que nada a la protección de estos derechos en el desarrollo de la relación laboral. En efecto, se ha recurrido a los derechos constitucionales de los trabajadores para solucionar diversas situaciones problemáticas de la relación laboral, por ejemplo, el derecho a la intimidad para los límites del control de las personas o sus efectos personales (dictamen N° 287/14, del 11 de enero de 1996), y el control de consumo de alcohol y drogas al interior de la empresa (dictamen N° 8.005/323, del 11 de diciembre de 1995); el derecho a la honra para rechazar la implementación de la medición de peso de los trabajadores al ingreso y salida en una empresa de fabricación de alimentos (dictamen N° 3.347/132, del 13 de junio de 1996); el derecho a la no-discriminación para cuestionar la legalidad de las cláusulas de despido sin indemnización de la trabajadora en caso de embarazo (dictamen N° 6.884/223, del 10 de octubre de 1987), etc.

En lo que respecta a las acciones constitucionales propiamente tal, el artículo 20 de la Constitución, establece la acción de protección.

Esta acción en concepto del profesor Cristian Maturana Miquel ⁵⁶, es “la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarle que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Esta acción cautelar constitucional es la que nuestro ordenamiento jurídico contempla para resguardar y restablecer el imperio del derecho privado, amenazado o perturbado, otorgando la debida protección al afectado.

Esta acción es un importante mecanismo de defensa con que cuentan los trabajadores en resguardo de sus derechos fundamentales, pero específicamente en lo que respecta a actos atentatorios a estos derechos en la etapa ocupacional, sobre todo a los que se derivan del ejercicio de la potestad de mando o direccional del empleador.

No obstante ello, el ejercicio de esta acción es de baja ocurrencia debido, en un primer término, al costo económico de su interposición y, en un segundo término, al riesgo que el ejercicio de esta acción importa en la estabilidad y permanencia en el empleo. El trabajador pondera el costo de la vulneración de sus derechos y el riesgo de defenderlos y ser privado, finalmente, de su fuente laboral por represalias del empleador, optando finalmente por esta última opción por considerarla menos lesiva.

Pero retomando la materia que nos interesa, cabría preguntarse ¿es procedente la protección de los derechos fundamentales conculcados en la etapa pre-ocupacional a través de este mecanismo?. Al respecto, el autor Eduardo Caamaño Rojo ⁵⁷, señala lo

⁵⁶ MATURANA Miquel, Cristian. Los Recursos. 206 P.

siguiente: “En cuanto a las otras posibles acciones que podría iniciar la persona discriminada, habría que descartar el recurso de protección, toda vez que el artículo 20 de la Constitución Política de la República señala que esta acción es procedente respecto de la garantía del Art. 19 N° 16 sólo en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y a lo establecido en el inciso cuarto. Además la jurisprudencia ha interpretado restrictivamente el texto del artículo 20 de la Constitución, pero no hace referencia al inciso 3 del Art. 19 N° 16, que contiene la prohibición de discriminación”.

Una opinión contraria es la que sostiene la autora María Teresa Valenzuela⁵⁸, al señalar que: “En efecto los derechos fundamentales, entre los que se ha de contar el derecho a la no-discriminación en el empleo, son amparables por el recurso de protección pudiendo dirigirse no tan sólo en contra de poderes públicos, sino también en contra de particulares”.

A nuestro entender, dado que esta acción sólo sirve para la protección de los derechos y garantías que la Constitución específicamente señala, esto es, en materia laboral, sólo el derecho a la libertad de trabajo, a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 16, no se puede pretender obtener reconocimiento por esta vía al derecho de no ser discriminado.

No obstante, muchas de las situaciones que analizamos en el capítulo anterior, respecto a los procesos de preselección de trabajadores, atentan también contra otros derechos especialmente amparados por esta acción, en efecto, cuando hablamos de los instrumentos de la discriminación pre-ocupacional, constatamos que en la mayoría de los casos, a través de estos mecanismos se atentaba contra el derecho a la intimidad del trabajador, su vida privada, su honor, su imagen, su libertad de expresión, todos derechos que la doctrina ha denominado “derechos de ciudadanía al interior de la empresa”.

Pero en la práctica, la acción de protección ha sido sub-utilizado para la defensa de los derechos laborales, sólo los empresarios han hecho uso de este medio para amparar su derecho de propiedad en contra de la Dirección del Trabajo, argumentando que este organismo administrativo estaría excediendo su órbita de competencia, en sus tareas de fiscalización de las leyes laborales y su facultad de fijar el sentido y alcance de las mismas, lo cual ha sido favorablemente acogido por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.

En Sentencia de la Corte Suprema 5/121/9912 Soc. Comercial e Inmobiliaria Unimarc contra Inspección Comunal del Trabajo, Santiago Sur, la Corte señaló que las facultades de la Dirección del Trabajo solo le permiten: “observar o reparar infracciones objetivas y evidentes a la legislación laboral previsional, debiendo limitarse a efectuar la denuncia pertinente porque la calificación jurídica de los hechos es una materia eminentemente jurisdiccional que cae en la esfera de los Tribunales de Justicia”.

⁵⁷ Ob. Cit. N° 31. 74 P.

⁵⁸ Ob. Cit N° 21. 76 P.

4.3.2. Acciones administrativas

Las personas afectadas por un acto de discriminación en la etapa pre-ocupacional o preparatoria de la relación laboral, en conformidad a la actual normativa laboral pueden recurrir ante la Dirección del Trabajo y, en particular, ante la Inspección competente. En el Título Final del Código del Trabajo De la Fiscalización, De las Sanciones y De La Prescripción, se contemplan los mecanismos para hacer cumplir la legislación laboral.

El artículo 476 del CdT prescribe:

“La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que lo rigen.

Los funcionarios públicos deberán informar a la Inspección del Trabajo respectiva, las infracciones a la legislación laboral de que tomen conocimiento en el ejercicio de su cargo”.

Y el artículo 477, inciso 2º del CdT señala:

“Las infracciones a este Código y a sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales, según la gravedad de la infracción”.

En virtud de estas disposiciones se podría solicitar la fiscalización de la empresa que ha vulnerado las normas antidiscriminatorias establecidas por la Constitución y la Ley, y la aplicación de las sanciones pertinentes, en este caso la imposición de multas.

Sin embargo, este tipo de acción, como lo señala el profesor Eduardo Caamaño Rojo⁵⁹, no proporciona un real resarcimiento al perjuicio sufrido, toda vez que, aún cuando el organismo fiscalizador compruebe efectivamente que hubo una infracción al principio de no-discriminación y aplique una multa, la sanción no resarciría los daños efectivamente causados en la moral del trabajador discriminado. En segundo lugar, la falta de reglas especiales que faciliten la prueba de un acto discriminatorio por parte del organismo fiscalizador, atendidos los elementos subjetivos asociados a un acto de esta naturaleza y el amplio margen de decisiones que, confiere la libertad de contratación del empresario, el establecimiento de un acto de discriminación.

4.3.3. Acciones civiles de resarcimiento

Ya lo señalábamos anteriormente que el modificado artículo 2º del Código del Trabajo, finalmente no estableció ninguna acción indemnizatoria directa en contra del empleador a la persona afectada por un acto de discriminación.

Por tanto, las alternativas van encaminadas a encontrar en nuestro ordenamiento jurídico común el ejercicio de acciones tendientes a obtener el resarcimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sufridos. Para estos efectos estudiaremos las normas

⁵⁹ Ob. Cit. Nº 31. 74 P.

pertinentes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

4.3.3.1. Responsabilidad Civil Contractual

Al parecer, la doctrina ha señalado que no hay inconveniente para aplicar los principios de la responsabilidad pre-contractual del derecho civil a los casos en que, en virtud de la actitud de una de las partes que configura un claro abuso del derecho, se produce un daño con motivo de la frustración de la negociación del contrato de trabajo.

Si bien en este caso no hay incumplimiento de una obligación nacida de un contrato anterior, dado que estamos en la primera etapa del iter contractual o de las negociaciones preliminares, se da una situación que, aunque pueda calificarse de marginal, al provocar un daño a la otra parte en virtud de su conducta, implica la correspondiente responsabilidad de reparar el daño producido.

Teniendo en consideración que un acto discriminatorio puede dar lugar a una conducta dolosa, contraria a los deberes que impone la buena fe, en su concepción objetiva, estaríamos en condiciones de señalar que ante tales actos dolosos o a lo menos culpables serían procedentes las acciones indemnizatorias civiles.

La buena fe objetiva es un principio fundamental de la contratación, que impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato.

Durante la fase pre-contractual que a veces antecede al instante de la conclusión de los contratos, señala el profesor Jorge López Santa María ⁶⁰, lo siguiente: “la buena fe exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra. Durante la fase de las “tratativas”, cada negociador procura representarse de manera exacta al sujeto con quien se va a vincular y a las prestaciones que el contrato proyectado haría nacer. Los actos e informaciones encaminados a ilustrar al interlocutor deben enmarcarse en una línea de corrección y lealtad.

La información de buena fe exige, por ejemplo, respecto a los sujetos, que no se incurra en inexactitudes sobre la solvencia de los negociadores, sobre su salud mental, sobre sus aptitudes laborales o destrezas técnicas o artísticas según los casos”.

Agrega este autor, que la violación de alguno de estos deberes puede configurar dolo en la conclusión del contrato, siendo entonces aplicable el artículo 1458 del Código Civil, ya sea en cuanto permite la anulabilidad o rescisión del contrato o en cuanto autoriza una acción indemnizatoria. Pero la riqueza normativa de la buena fe en los tratos preliminares radica en la necesidad de concluir que, aun sin dolo, toda vez que se violan negligentemente los deberes de información, ha de remediarse lo hecho a través de una indemnización por *culpa in contrahendo*.

⁶⁰ LÓPEZ Santa María, Jorge. Los Contratos (Parte General). Editorial Jurídica de Chile. 1986. Pág. 295-296.

La expresión de *culpa in contrahendo* se la debemos a Ihering, quien sostuvo que si en el curso de una negociación que ha alcanzado un cierto grado de desarrollo, de manera que la otra parte ha podido concebir una razonable expectativa de que llegaría ella a buen término, la interrumpe sin motivo que lo justifique, tiene que responder por los daños que su actitud ha ocasionado a la otra parte en virtud de una conducta por lo menos culpable, le corresponde la responsabilidad de reparar el daño producido.

Parte de la doctrina considera ⁶¹ que en la situación descrita anteriormente se da lo que han denominado “abuso de la libertad de no contratar”, que constituye un género dentro del concepto de abuso del derecho ⁶². Aun cuando las partes no han concertado el negocio que motiva las tratativas, durante ellas tienen que actuar con lealtad y buena fe. Esto no implica que estén obligadas a convenir un acuerdo, pero este hecho irrefutable no las exime de actuar de manera que causen daño a la otra parte.

En conformidad a lo señalado por el autor argentino Antonio Vásquez Vialard ⁶³, en la doctrina se expresan diversas corrientes respecto de la naturaleza jurídica de esta clase de responsabilidad, ellas son:

Contractual;

Sui generis;

Extracontractual (aquiliana).

Esta última posición es la que goza de mayor aceptación en la doctrina, concordando con el sistema legal positivo argentino. En virtud de ella, la persona afectada por la actitud ilícita, tiene que ser reestablecida al *statu quo* patrimonial anterior, incluido el daño moral. Por tanto debe resarcírsele los gastos que incurrió en virtud de la posibilidad de celebrar el contrato frustrado por la otra parte, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.

Aun cuando el desarrollo de la responsabilidad pre-contractual en materia laboral ha estado ligada a aquellas situaciones referidas únicamente a la conclusión del negocio jurídico, como por ejemplo la responsabilidad en que incurre una parte al retractarse arbitrariamente de la oferta formulada o cuando se interrumpen las tratativas o negociaciones dando motivo a la otra parte de representarse expectativas razonables de la conclusión del mismo, consideramos que las actuaciones discriminatorias en que incurre una de las partes atentan, a su vez, con el deber de lealtad y buena fe que se deben los negociadores mutuamente.

Esta afirmación no es fácil de advertir, pero para ello ilustrativo resulta remitirse a las herramientas que en materia laboral son de habitual uso en esta etapa del *iter*

⁶¹ LLAMBIAS, J. Tratado de derecho civil. Obligaciones. 3ª ed. Tomo I, Buenos Aires. Perrot. 1978. Pág. 224 y siguientes. BUSTAMANTE Alsina. Teoría General. Pág. 60 y siguientes.

⁶² Ihering sostiene en su obra *De la culpa in contrahendo ou des dommages*, que en este caso estaríamos frente a una infracción a un pacto tácito de actuar correctamente y aún con diligencia concertado por los negociadores. Se basa en la inclusión de dicha cláusula en un contrato proyectado y cumplido exteriormente o en apariencia; por lo tanto, se trataría de una culpa contractual.

⁶³ VÁSQUEZ Vialard, Antonio. La responsabilidad en el Derecho del Trabajo. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1998. Pág. 156 y siguientes.

. En efecto, cuando la concertación del contrato se sujeta a una prueba o examen (test psicológico, uso del polígrafo), el juicio que debe hacerse del postulante-trabajador no puede ser caprichoso sino debe responder a pautas razonables, de lo contrario el que actúe de esta forma deberá responder del daño ocasionado. Lo mismo ocurre cuando la propia ley admite un período de prueba (trabajadoras de casa particular) en que si bien el contrato no queda concertado en cuanto a su continuidad en el tiempo, no pueden las partes, sino con cierta razonabilidad determinar si el contrato se perfecciona o no.

Retomando el tema de la conducta dolosa del empleador que discrimina, para el postulante afectado se presenta la gran dificultad de probar, por ello, en la mayoría de las situaciones se ve obstaculizada su posibilidad de ver satisfecha su pretensión de resarcimiento. Además, debemos señalar, que no siempre las conductas discriminatorias son consecuencia de una actuación dolosa del empleador sino que también pueden provenir de actuaciones arbitrarias, negligentes y desproporcionadas. Por tanto, y en concordancia con lo que postula el profesor Eduardo Caamaño Rojo⁶⁴, en estos casos resulta más eficaz la interposición de acciones civiles tendientes a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del empresario (artículo 2314 y siguientes del Código Civil).

4.3.3.2. Responsabilidad Civil Extracontractual

El objeto de la responsabilidad civil extracontractual⁶⁵ es la reparación en dinero de ciertos daños, y el objeto preciso de la acción de responsabilidad es hacer que el costo de los daños los soporte un tercero.

La acción de responsabilidad, en este sentido, no es una acción de aquellas que buscan la reparación en naturaleza sino por equivalencia. Esto no excluye, en todo caso, que la acción pueda ir acompañada de otras destinadas a hacer cesar el daño que se está causando.

La acción de responsabilidad es de naturaleza indemnizatoria. Las acciones para hacer cesar el daño se encuentran limitadas en su alcance por la lentitud del procedimiento ordinario al que está sometida su tramitación (con excepción de las acciones posesorias). Por ello, en la actualidad la acción constitucional de protección tiende a reemplazar a las acciones civiles para la cesación del daño.

El daño es un elemento condicionante de la responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre en derecho penal, en que, salvo los delitos de resultado, no se exige la ocurrencia del daño para dar por establecida la responsabilidad, castigando incluso la mera tentativa y el delito frustrado.

No obstante que la responsabilidad civil contractual y extracontractual comparte el elemento daño (no hay responsabilidad civil sin daño), es posible advertir ciertas

⁶⁴ Ob. Cit. N° 31. 75 P.

⁶⁵ En esta materia nos guiaremos por los apuntes preparados con fines docentes, por los ayudantes Patricio Tapia Pezo y Eduardo Ugarte Díaz, sobre la base de los apuntes de clase del profesor Enrique Barrios. Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

diferencias. En la responsabilidad civil extracontractual no existe un vínculo obligatorio previo, y la responsabilidad surge de encuentros espontáneos propios del tráfico jurídico, y de la vida en sociedad, de manera tal que el vínculo obligatorio tiene un carácter originario pues surge del daño.

Por cierto que el riesgo de generar daños puede ser objeto de acuerdos previos por intermedio del contrato, ejemplo de ello sería el caso del dueño de una industria potencialmente contaminante, que celebra acuerdos sobre los eventuales daños que provocará su funcionamiento. En este caso, el contrato substituye a las reglas de responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, lo usual será que los riesgos sean de tal manera difusos que la idea de contratar con las potenciales víctimas sea prácticamente imposible. Con todo, es posible señalar, que el contrato puede substituir a las reglas de la responsabilidad extracontractual siempre y cuando se respete el conjunto de normas de orden público, de manera tal, que no serán lícitos aquellos pactos que importen condonación anticipada del dolo por ejemplo.

Tres son los modelos que tradicionalmente han coexistido para atribuir jurídicamente los daños a un tercero distinto de quien los sufre, estos son:

Responsabilidad por negligencia

Responsabilidad objetiva o estricta

Los seguros

La responsabilidad por negligencia es el modelo de responsabilidad más generalizado en el derecho moderno.

En nuestro derecho, la responsabilidad por negligencia constituye la regla general en materia de responsabilidad civil extracontractual y, en consecuencia, se aplica a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa.

El fundamento de la responsabilidad es que el daño ha sido causado por una acción ejecutada con infracción a un deber de cuidado, en otros términos, el daño ha sido el resultado de una acción antijurídica.

Este deber de cuidado puede ser establecido por el legislador, y su infracción dar lugar a lo que se conoce como “culpa infraccional” o puede resultar de una regla no legislada, que es definida por los jueces a la luz de los casos concretos.

A diferencia del modelo anterior, la responsabilidad estricta u objetiva tiene como antecedente el riesgo creado y no la negligencia. Es indiferente el cómo se ha comportado el autor del daño, pues no se califica su acción, el costo de indemnizar se le atribuye por el solo hecho de haber causado un daño. En definitiva, para dar por establecida la responsabilidad estricta sólo se requiere que la acción se desarrolle dentro del ámbito de la responsabilidad, y que exista una relación de causalidad entre ese hecho y el daño, prescindiendo del juicio de negligencia o culpabilidad, propio del sistema de responsabilidad por culpa.

El sistema de seguros más que operar como un sistema de atribución de responsabilidad civil que pueda substituir a la responsabilidad por culpa o a la responsabilidad estricta, opera como una garantía de que el riesgo de determinada

actividad será asumido por un tercero, el asegurador, cualquiera sea su causa.

Un ejemplo de este sistema en materia laboral, lo constituye el Seguro por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, establecido por la Ley N° 16.744. Este seguro opera con prescindencia de la investigación de culpabilidad, la víctima tiene derecho a cobrar la indemnización, sin que sea necesario determinar previamente la responsabilidad del autor del daño. En definitiva, en este caso el vínculo de imputabilidad (culpa o dolo) desaparece para exigir solamente un nexo de causalidad que incluye el mero lazo de ocasionalidad y figuras remotamente vinculadas con el trabajo, como son los accidentes de trayecto.

Retomando el tema del daño en la responsabilidad civil, debemos señalar que es un elemento condicionante de ésta, de modo que ésta sólo nace cuando el daño se manifiesta.

El daño no sólo se refiere a perjuicios sufridos en la conculcación de un derecho, sino también en la lesión de un interés cierto y legítimo.

La calificación del daño debe ser significativa y, en consecuencia, debe exceder de aquellas incomodidades que recíprocamente debemos soportar para vivir en común. De esta manera, el daño puede ser expresado como la diferencia que existe entre la situación en que se encuentra la víctima después del hecho por el cual se responde, y la situación en que hipotéticamente se encontraría si tal hecho no hubiere ocurrido.

Los daños pueden clasificarse en daños patrimoniales y daños morales.

El daño material es aquel que tiene consecuencias patrimoniales. Se manifiesta de dos formas:

Daño emergente: disminución patrimonial actual y efectiva que sufre la víctima a causa del accidente; y

Lucro cesante: la pérdida del incremento que habría tenido el patrimonio de la víctima, de no haber ocurrido el daño.

El daño moral es una institución cuyo desarrollo corresponde sólo al derecho civil del último siglo.

Según Alessandri, siguiendo en esta materia a Mazeaud, el daño moral puede ser definido como “el dolor, pesar, molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, o en sus sentimientos, creencias o afectos”.

En el último tiempo, el alcance del daño moral ha tendido a expandirse para cubrir cualquier interés serio de la víctima, ejemplo de ello es:

Los derechos de la personalidad⁶⁶ : honor, honra, intimidad, opinión, etc.

Las consecuencias que se siguen de los daños a la integridad física y de la muerte; y

Los referidos a la calidad de vida en general: molestias que se producen en razón de la vecindad, tales como ruidos molestos, humos, malos olores; también los daños ecológicos, etc.

⁶⁶ Para mayor información consultar: Ducci Claro, Carlos. Derecho Civil. Parte General. Editorial Jurídica. Tercera Edición 1988.

La doctrina ha elaborado determinados requisitos mínimos para procedencia de la indemnización por daño moral⁶⁷. Se ha señalado que el primer requisito básico es la “certeza del daño”, lo cual incluye el daño moral actual y futuro, la pérdida de oportunidad o chance y la subsistencia del daño. El segundo requisito es que el daño debe ser “personal”, porque afecta la subjetividad de la víctima. El tercer y último requisito es que el daño moral debe ser “consecuencia de la lesión a un interés lícito no patrimonial”.

Existen dos doctrinas sobre la reparación del daño moral, la primera que la niega completamente y se divide en una tesis clásica⁶⁸, que señala que sólo es admisible la reparación del daño patrimonial. La segunda teoría denominada moderna, acepta la indemnización del daño moral, dividiéndose según el fundamento que emplee en:

Tesis de la pena o sanción ejemplar;

Tesis del resarcimiento, y

Tesis funcional o del doble carácter resarcitorio y sancionatorio.

La determinación de la cuantía del daño moral es también un tema que ha sido objeto de gran debate en la doctrina. Se han planteado diversos criterios de valoración del daño moral, entre los principales podemos señalar los que dicen relación con el daño patrimonial, los que se basan en criterios puramente subjetivos del juzgador, los que lo determinan en función a la gravedad de la falta cometida y los que lo vinculan a la gravedad objetiva del menoscabo causado.

A nuestro entender, la mejor manera de determinar su cuantía, es a través de la fijación del juez, tomando en cuenta las calidades, circunstancias y consideraciones personales del trabajador discriminado.

En definitiva, el daño moral puede generarse en la etapa pre-contractual en el proceso de selección del trabajador, cuando se violente su derecho a la intimidad si, por ejemplo, se le solicitan datos personales que van más allá de las indagaciones necesarias o razonables para determinar su capacidad, idoneidad o experiencia laboral.

Ello porque si bien la dignidad, el honor, la intimidad, son conceptos abstractos que no tienen establecido una conceptualización legal, forman parte del patrimonio de cada persona. De esta manera cuando en los procesos de selección de personal se vulneran estos derechos, ya sea o no bajo la forma de discriminación, la manera más eficaz para resarcir el daño ocasionado, será a través de la reparación civil extracontractual del daño moral, por lo menos mientras no exista una acción contemplada en la propia legislación laboral contra este tipo de actuaciones.

En lo que respecta al establecimiento de indemnizaciones que comprendan el daño moral por parte de nuestros Tribunales, debemos señalar que en materia civil, la tendencia ha evolucionado al reconocimiento del daño moral más que nada en la responsabilidad contractual.

En materia propiamente laboral, también existe la tendencia de acoger este tipo de

⁶⁷ ZANNONI, Eduardo. El Daño en la Responsabilidad Civil y PIZARRO, Ramón. Daño moral.

⁶⁸ Tesis defendida por los civilistas Savigny y Baudry Lacantinerie.

daño, pero sólo por el momento las mayores construcciones jurisprudenciales se han dado en los casos de relaciones laborales vigentes por accidentes o muerte del trabajador y por invocación maliciosa de causal de caducidad del contrato de trabajo⁶⁹.

4.4. Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759

La reforma laboral contenida en la ley 19.759 publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2001, modifica el Código del Trabajo promoviendo el fortalecimiento de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, principalmente en materia sindicalización, negociación colectiva y jornada laboral.

En general, las materias abordadas por la reforma son las relativas a:

La no discriminación en la contratación y en el trabajo propiamente tal. (Sanción: Nulidad de los actos discriminatorios);

Respeto y protección de la esfera de intimidad del Trabajador. (Hoy el Código del Trabajo incluye dentro de sus normas “el derecho a la intimidad del trabajador”, lo que antes ya existía como Garantía Constitucional para todas las personas;

Cláusulas del contrato de trabajo (funciones pactadas en el contrato);

Capacidad para contratar (edad del trabajador; se aumenta la edad mínima para la contratación).

Jornada de trabajo (limitación de la jornada de trabajo, jornada de los chóferes de la locomoción colectiva e interurbana, personal de hoteles, restaurantes y otros establecimientos; límite y regulación de horas extraordinarias; normas referidas a los trabajos por turnos; regulación de las jornadas parciales). La reforma limitó la jornada ordinaria de trabajo a 45 horas semanales, modificación que empieza a regir a partir del año 2005,

Normas vinculadas a los contratos especiales (ciertos aspectos de los trabajos agrícolas y marítimos);

Reglamento interno de las empresas;

Terminación del contrato de trabajo (pormenoriza y elimina causales, regula los despidos por invalidez del trabajador, aumenta el monto de las sanciones por despido ilegal o injustificado y en caso de despido indirecto);

Capacitación ocupacional;

Organizaciones sindicales;

Negociación colectiva;

Incremento del monto de las sanciones administrativas por infracciones a las normas

⁶⁹ Ver Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 48. Sección I. Página 252, Tomo LXXXI. N° 2. 1984. Sección III. Pág. 60-61 y Gaceta Jurídica. N° 94. 1988. 86 P.

contenidas en el Código del Trabajo.

En lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales del trabajador, entendido el derecho a la no-discriminación en materia laboral, esta ley incorpora varias modificaciones importantes a los artículos 2 y 5 del Código del Trabajo.

Estas modificaciones implican un relevante aporte a la prohibición de la discriminación en todas las etapas de la relación laboral. A pesar de ello, el profesor William Thayer Arteaga, señala que: “ El derecho laboral de comienzos del siglo XXI es consciente de procurar una sabia y equilibrada relación de amparo al trabajador ya empleado, en relación al trabajador que busca empleo o lo ha perdido. La ley 19.759 no aquilata bien esta circunstancia”⁷⁰.

Esto se explica en parte, por que no obstante la intención de procurar la igualdad y no-discriminación entre los trabajadores, no se contemplan mecanismos eficaces para la protección de estos derechos. Recordemos que el procedimiento laboral establecido por el Código del Trabajo para actuar ante los Tribunales de justicia, no se vio modificado por esta reforma, salvo en cuanto al conocimiento de las prácticas antisindicales, donde se estableció un procedimiento reglado para el conocimiento de estas materias.

Actualmente se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados desde el 1º de octubre de 2003, el proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Título V del Código del Trabajo.

Este nuevo proyecto de ley contempla en el párrafo 6º, artículos 502 a 513, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad al artículo 5º del Código del Trabajo.

Se pretende que este procedimiento goce de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramitan ante el mismo Tribunal. Además establece que si la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, éste no producirá efecto alguno.

Esta iniciativa, efectivamente permitirá que los derechos fundamentales de los trabajadores, establecidos en la Constitución Política de la República, en el Código del Trabajo y en los Instrumentos Internacionales ratificados por nuestro país, tengan una protección legal adecuada mediante un procedimiento rápido que garantice el restablecimiento de los derechos conculcados.

⁷⁰ THAYER Arteaga, Williams. Análisis crítico global de la Ley 19.759 sobre Reformas Laborales. Disponible En: www.internet-laboral.cl/publicaciones/ed34/williamthayer.htm

CONCLUSIONES

A lo largo de desarrollo de este trabajo ha quedado de manifiesto que nuestro derecho en resguardo del principio de no-discriminación, en particular, en el estadio anterior a la celebración del contrato de trabajo, debe asegurar a todas las personas, en concordancia con las normas internacionales, constitucionales y legales, un mercado de trabajo justo y equitativo.

Para ello, nuestro derecho debe enfrentar diversos desafíos de los cuales aun es deudora. En primer término, solucionar con justicia la sobreposición de derechos entre empleadores y trabajadores, de manera tal, que el principio de libre contratación de los empresarios se encuentre adecuadamente limitado por el respeto de los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

En segundo lugar, es esencial regular y establecer canales eficientes para denunciar instrumentos de selección de personal que atentan contra la dignidad de los trabajadores y su posibilidad de acceder con igualdad de oportunidades a un trabajo determinado.

Y finalmente, es indispensable que la legislación laboral se haga cargo de establecer y perfeccionar los mecanismos legales, judiciales y administrativos que garanticen con efectividad el restablecimiento y reparación de los derechos vulnerados a través de procedimientos que permitan poner término a las consecuencias perjudiciales y reparar los daños que pueden resultar del acto discriminatorio para los afectados.

El establecimiento de acciones eficaces y al alcance de todos asegura una real vigencia de estos principios, pero será necesario además crear conciencia de la

existencia del derecho y de la posibilidad de exigir que sea respetado. Sólo de esta manera se podrá construir una sociedad más justa, que sienta las bases de sus relaciones laborales sobre los principios de justicia y solidaridad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

AGUADO, MARTÍN ANGEL. Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial, autoridad y democracia en la empresa. Madrid. España. Editorial Trotta. 1992.

ALEXY, ROBERT. Teoría General de los Derechos Fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

DUCCI CLARO, CARLOS. Derecho Civil. Parte General. Editorial Jurídica. Tercera Edición 1988.

EVANS, ENRIQUE. Los Derechos Constitucionales. Chile. Editorial Jurídica. 1999. Tomo II.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR. Derecho del Trabajo y de la seguridad Social. En Línea: www.microjuris.cl .

LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 1994.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. Los Contratos (Parte General). Editorial Jurídica de Chile. 1986.

THAYER ARTEAGA, WILLIAM Y NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Tercera edición. 1998.

VÁSQUEZ VIALARD, ANTONIO. 1988. La responsabilidad en el derecho del trabajo. Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires.

APUNTES:

BULNES ALDUNATE. Igualdad ante la ley. Apuntes del Departamento de Derecho Público. Santiago, Chile. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 1991.

GAJARDO HARBOE, MARÍA CRISTINA. Apuntes complementarios I curso Derecho del Trabajo y Derechos Fundamentales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo. 2003.

GUTIÉRREZ, XIMENA Y MENGOD, ROSA. El Contenido ético jurídico del contrato de trabajo. Apuntes de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Santiago, Chile. Facultad de Derecho. Universidad de Chile 2000.

MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. Los Recursos. Separata del departamento de Derecho Procesal. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Agosto 2002.

VARAS A., PAULINO. El Principio de igualdad. Apuntes del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 1999.

VERDUGO, MARIO y NOGUEIRA, HUMBERTO. Derecho Constitucional. Editorial Jurídica. Chile. 1991.

REVISTAS:

CÁMARA BOTÍA, ALBERTO. "Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo". Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 33. España. Pág. 75. disponible en www.mtas.es.

CAAMAÑO ROJO, EDUARDO. "La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el período anterior al nacimiento de la relación laboral". Parte I y II. Revista Laboral Chilena. Mayo y agosto de 2003, respectivamente.

CAAMAÑO ROJO, EDUARDO. "La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral". Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol. XIV. Julio 2003.

ERMIDA, OSCAR. 1995. "Drogadicción y Derecho Laboral". Revista Laboral Chilena. Volumen V (Nº 8), Santiago.

-
- ERMIDA, OSCAR. 1993. "Repercusiones del Sida en el Derecho Laboral". Revista Laboral Chilena. Volumen III, Santiago.
- GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. "El daño moral por término del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Exma. Corte Suprema". Revista Laboral Chilena. Nº 101. Noviembre 2001.
- GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. "La lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad". Revista Laboral Chilena. Nº 99. Agosto 2001.
- KOCH, CARLOS. "Los derechos civiles en la relación laboral y vigencia de estos derechos en la pre-contratación y contratación de los trabajadores". Revista Laboral Chilena. Enero 2000. Pág. 87.
- LIZAMA PORTAL, LUIS. Discriminación en las ofertas de empleo. En Revista La Semana Jurídica. Octubre 2001.
- SUAZO, CAROLINA. "Discriminación laboral por razón de sexo". Revista Laboral Chilena. Agosto 2001. Pág 76.
- UGARTE, JOSÉ LUIS. 1999. "La intimidad y el trabajo: en búsqueda de un delicado equilibrio". Revista Laboral Chilena. Diciembre 1999, año 9, Nº 12, Santiago.
- VALENZUELA, MARÍA TERESA. "La exigibilidad del principio de no discriminación en el empleo". Revista Laboral Chilena. Agosto 2002, Nº 8.

TESIS:

- AÑEZ REA, WALTER. Procedencia de la Indemnización del Daño Moral por Despido Abusivo en el Derecho Chileno. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago. 1998.
- HERRERA RUBIO, XIMENA. 2002. Legalidad de los test pre-ocupacionales en el derecho laboral chileno. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.
- PALAVECINO, ADRIANA Y SALGADO, GABRIELA. 1999. La indemnización por daño moral por despido injustificado. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.
- UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. 1997. Igualdad Jurídica y la Discriminación Laboral, revisión de algunas situaciones problemáticas. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

TRATADOS Y CONVENIOS:

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y
CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS
FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN
JOSÉ DE COSTA RICA)

CONVENIOS DE LA OIT:

Nº 98 (que establece normas de organización y negociación colectiva)

Nº100 (relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la
mano de obra femenina por un trabajo de igual valor)

Nº 111 (relativo a la discriminación en el empleo y en el ejercicio de la profesión)

Nº 156 (sobre igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras)

Nº 159 (sobre rehabilitación profesional y el empleo de personas discapacitadas)

CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN
CONTRA LA MUJER

CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN
RACIAL

LEY 19.779 (VIRUS DEL SIDA)