

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

“EL PROCESO DE SELECCIÓN LABORAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

Autor:

Darío Patricio Sanhueza De la Cruz.

Profesor Guía: Víctor Ricardo Juri Sabaj

Santiago, Mayo de 2007.

Texto completo no publicado por no contar con la autorización del autor

ÍNDICE .	1
Introducción .	5
Texto con restricción . .	9

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: BREVE EXPOSICIÓN HISTÓRICA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO; SU EFICACIA FRENTE A TERCEROS, POSTURAS DOCTRINARIAS, REALIDAD EN CHILE Y NORMATIVA DE LA OIT AL RESPECTO

A) Concepto de derechos fundamentales y breve reseña sobre su evolución histórica

B) Los derechos fundamentales y su eficacia frente a terceros

i) Negación de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados

ii) Eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados, o “Mittelbare Drittwirkung”

ii.a) Mediación del legislador

ii.b) Mediación del juez

iii) Eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*, o “Unmittelbare Drittwirkung”

C) El reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* en el Derecho Comparado y en Chile

C.A) Derecho Comparado

C.B) Chile

D) Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO DE SELECCIÓN LABORAL. CRITERIOS DE SELECCIÓN. DISCRIMINACIONES LEGÍTIMAS E ILEGÍTIMAS

A) Antecedentes generales. Particular referencia al derecho a la intimidad

B) El proceso de selección. Conceptos generales

C) Calidad jurídica del aspirante al empleo

D) Los criterios de selección. Convenios N° 181 y 111 de la OIT

D.1) Convenio N° 181 de la OIT, de 1997, sobre Agencias de Empleo Privadas

D.2) Convenio N° 111 de la OIT, de 1958, sobre Discriminación en materia de Empleo, y su Recomendación

D.3) Los Criterios de Selección: Ilícitos (discriminatorios) y Lícitos (no discriminatorios)

I) Criterios Ilícitos (discriminatorios)

a) Criterios mencionados explícitamente en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio N° 111

a.1) Raza y color

a.2) Sexo

a.3) Religión

a.4) Ascendencia nacional

a.5) Origen social

a.6) Opinión política.

b) Otros criterios de discriminación

b.1) Trabajadores con responsabilidades familiares

b.2) Personas inválidas

b.3) Estado de salud. Particular referencia al SIDA

b.4) Edad

b.5) Inclinationes sexuales

II) Criterios Lícitos (no discriminatorios)

a) Calificaciones exigidas para un empleo determinado

b) Medidas adoptadas contra personas sobre las que recaen sospechas de que se dedican a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado

c) Medidas especiales de protección y asistencia

- c.1) Medidas previstas en las normas internacionales del trabajo
- c.2) Medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de determinadas personas
 - c.2.i) Medidas adoptadas con respecto al sexo
 - c.2.ii) Medidas adoptadas con respecto a las personas de edad
 - c.2.iii) Medidas adoptadas con respecto a las personas inválidas
 - c.2.iv) Medidas adoptadas con respecto a las minorías étnicas y otros grupos sociales

CAPÍTULO III: REGULACIÓN EN CHILE

- A) Ámbito Constitucional
- B) Ámbito Legal
 - B.1) Código del Trabajo
 - B.2) Otros textos legales
- C) Criterios Permitidos y Prohibidos
 - C.1) Indagaciones prohibidas
 - a) Estado civil
 - b) Creencias políticas o religiosas
 - c) Vida privada
 - i) Aspectos relacionados con la salud (estado físico o de salud, enfermedades padecidas o hereditarias)
 - ii) Antecedentes penales y comerciales
 - iii) Adicción a drogas y alcohol
 - iv) Vida sentimental, sexual y relaciones familiares
 - C.2) Indagaciones Permitidas
- D) Protección Jurídica
 - D.1) Recurso de Protección
 - D.2) Responsabilidad Extracontractual
 - D.3) Protección de la Ley N° 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal
 - D.4) Dictámenes de la Dirección del Trabajo
 - Respecto a la afiliación obligatoria a una Administradora de Fondos de Pensiones determinada
 - Respecto a la procedencia de exigibilidad de un certificado de antecedentes penales
 - Respecto a la exigencia de cursos previos
 - Respecto a la exigencia de certificaciones de DICOM
 - Respecto a la edad

Respecto al uso de polígrafo

Respecto a la nacionalidad

Respecto a la oferta de trabajo, en términos generales

Respecto al principio de no discriminación, en términos generales

Otras materias

CONSIDERACIONES FINALES

BIBLIOGRAFÍA

Introducción

Desde los inicios de la historia, el hombre ha debido trabajar para sobrevivir. Primigeniamente, recolectando frutos o cazando animales a fin de poder alimentarse, lo cual evolucionó a que, lógicamente, y por muchos factores, hubiese seres humanos que obtenían más frutos o réditos que otros. Así, la vida del hombre en sociedad se desarrolló de tal manera que fue generando paulatinamente distintos medios y fuentes de producción, para los cuales debían existir, por un lado, empleadores que fuesen dueños del capital y la industria, y por otra parte una masa de personas que laboraban, a veces –las menos, en un principio– a cambio de una retribución económica, y otras –la mayoría– a cambio de no sufrir torturas o tormentos. Esta evolución, unido a las ideas del liberalismo económico y su *laissez faire, laissez passer*, trajo como consecuencia lógica que los empleadores asumieran una posición contractual abiertamente más privilegiada que la clase trabajadora.

Hasta que llegó un momento en que la autonomía del empleador llegó a ser tan manifiesta y, en muchos sentidos, perniciosa, que comenzó a nacer la inquietud de legislar sobre esta materia en particular. En tiempos en que el liberalismo extremo –en sus albores, por cierto– planteaba más que como un principio, sino como un dogma a raja tabla, la igualdad en materia contractual, estas inquietudes no fueron bien vistas por toda la comunidad, principalmente por los grupos económicamente más poderosos. Sin embargo, la presión social comenzó a revestir tal entidad que comenzó, lenta y paulatinamente, a legislarse sobre la materia, naciendo el Derecho del Trabajo. En este sentido, el abogado Andrés Valenzuela Donoso señala, con cierta mordacidad: “¿Qué falló? Pues algo tan sencillo y obvio que resulta tragicómico: Que para desgracia de estos

nuevos aires liberales, los hombres no han sido, ni son ni probablemente serán nunca iguales. Tal vez en el ideal plano de los libros de texto y las teorizaciones pueda concebirse, en sede más bien política, que todo individuo de la especie humana goza de los mismos derechos y garantías que sus semejantes. Que es un ciudadano con derecho a votar y con eso resolver como por arte de magia todos los problemas de su sociedad, que tiene derecho a hacer crecer su patrimonio, que se le garantiza la libertad de escoger dónde comprar sus televisores de plasma, que nadie puede coartarle su derecho a reunirse libremente sin armas de por medio y un largo etcétera de garantías más bien abstractas que si bien son importantes, sobretodo en su concepción de derechos fundamentales aplicados horizontalmente, esto es, no contra el Estado sino contra otros particulares y su particular injerencia en el derecho del trabajo contemporáneo, aquella mera declaración por secretaría de que los hombres son iguales definitivamente no los hace iguales”¹.

Los alcances históricos del nacimiento de esta disciplina y su evolución ciertamente exceden con mucho los límites inherentes a esta memoria, mas nos resulta necesario hacer presente que recién en el siglo XX esta área del Derecho ha ido alcanzando el estatus que socialmente le corresponde. Así, el 11 de abril de 1919 se funda la Organización Internacional del Trabajo, OIT, organismo de cooperación internacional de carácter autónomo, que inicialmente se adhirió a la Sociedad de Naciones y a partir de 1946 se la estableció como organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, y cuyos objetivos son las mejoras de las condiciones de trabajo en los países miembros, mediante promulgación de normativas internacionales y convenios relativos a diversas cuestiones (salarios, edad mínima de trabajo, libertad de asociación sindical, etc.). Además, se contemplan directrices en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos y en la mayoría de los tratados internacionales que atañen a tópicos sociales, además de la creciente normativa laboral en cada uno de los países del orbe.

Pero hay un aspecto fundamental dentro del Derecho del Trabajo al cual, en nuestro concepto, recién en los últimos años se le ha comenzado a dar la importancia que realmente posee: la discriminación en el empleo y, fundamentalmente, en el proceso de selección laboral.

La discriminación es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como "*(Del lat. discriminatio, -ōnis) Acción y efecto de discriminar*", concepto que a su vez se define como "*1. tr. Seleccionar excluyendo; 2. tr. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*". El Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958 –al cual nos referiremos con mayor profundidad posteriormente–, la define como "*a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación*

¹ Valenzuela Donoso, Andrés, *Breve reseña explicativa acerca del paralelo entre relaciones laborales y contractuales civiles*, Apuntes para la Cátedra de Derecho del Trabajo I, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 4.

*que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados"*².

En nuestro país, la Constitución de 1980 establece, en su artículo 19 N° 16, –e incluso en el N° 17 en lo que atañe a empleos y/o cargos públicos– un interesante contrapunto a este respecto. Por una parte, consagra expresamente derecho a la libre contratación, es decir, la libertad que tienen los empleadores para contratar a las personas que le parecen adecuadas para un empleo determinado; y por otra, el principio de la no discriminación en materia laboral, al prohibir "*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*", debiendo entenderse en un principio –posteriormente ahondaremos en el tema– que no se viola esta disposición si se piden requisitos como la nacionalidad chilena o límites de edad³. Además, el inciso tercero de la señalada disposición constitucional señala que "*ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas*", norma que tiene bastante relación con lo que hemos señalado.

Uno de los tópicos donde de más gráfica manera se aprecia la discriminación en el mundo contemporáneo es en el proceso de selección laboral. No en pocas ocasiones apreciamos que dentro de los requisitos para postular a un determinado empleo, existen algunas exigencias del todo legítimas, pero también existen no pocas que derechamente afectan ciertos derechos fundamentales.

El objetivo de esta memoria es analizar hasta qué punto la facultad de elección que, por cierto, posee el eventual empleador, puede llegar a afectar garantías constitucionales e incluso derechos humanos. Haremos una breve exposición histórica sobre lo que se ha entendido por "derechos fundamentales" y su evolución en el tiempo, veremos sucintamente las opiniones de la doctrina acerca de su eficacia frente a terceros, haremos particular referencia al derecho fundamental "insignia" para estos efectos, cual es el derecho a la intimidad, para posteriormente analizar el proceso de selección laboral, y los criterios en función de estos derechos, fundamentalmente puntualizando en los criterios más "controversiales". Finalmente, haremos un repaso de la realidad chilena a este respecto, a nivel legislativo y constitucional, y repasaremos brevemente algunos de los más importantes dictámenes de la Dirección del Trabajo relacionados con esta materia.

² Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958, <http://www.ministrabajo.go.cr/Base%20de%20Datos/Tratados%20NIT/CONVENIO%20No%20111.htm>

³ Este inciso se relaciona con el art. 2° inc. 2° , con el art. 13° y siguientes (en cuanto a la edad), con los arts. 19 y 20 del C. del Trabajo (en cuanto a la nacionalidad).

Texto con restricción

Texto completo no publicado por no contar con la autorización del autor