



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

DISCRIMINACIÓN LABORAL POR ORIGEN RACIAL Y NACIONALIDAD.

Memoria para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

**Memoristas: Olga Alarcón Lastra.
Fabiola Albornoz Rivas.**

Profesor Guía: Víctor Ricardo Juri Sabag

Santiago, junio 2008

Primero agradezco a Dios por permitirme llegar hasta aquí, por cuidarme en todo momento y por rodearme de gente tan maravillosa, quienes me ayudaron a superar esta etapa de mi vida. En especial a mis padres Juan y Viviana por amarme incondicionalmente, apoyarme siempre y ayudarme a cumplir mis sueños.

A mis queridos amigos y a mi gran compañero de vida, Ariel, por darme las fuerzas para seguir adelante, por apoyarme y tenerme paciencia y a todas las personas que han estado a mi lado o que estuvieron en algún momento de mi vida, les dedico esta memoria con mucho cariño e infinitas gracias.

Olga Alarcón Lastra.

Agradezco, a mis padres y a mi familia, por todo el apoyo que me han brindado, asimismo, le dedico este trabajo a mi hijo Nicolás, luz de mi vida y a Pablo, que me ha dado todo el amor del mundo.

Fabiola Albornoz Rivas.

INTRODUCCIÓN

La discriminación es un fenómeno social que es parte, aparentemente, inamovible de la cultura humana. Su existencia parece estar ligada a factores que son propios de la naturaleza humana, así como de los condicionamientos que surgen de la vida colectiva.

En todas las sociedades, existen fuertes cargas de discriminación que actúan con diferente fuerza, según los casos y circunstancias de su manifestación, cualquiera sea su fundamento en el cual se sustenta: racial, nacionalidad, ideológico, político, de género, religioso, etc.

En Latinoamérica, una parte importante de la población es de origen indígena o afrodescendiente. A pesar de los esfuerzos de los organismos multilaterales de cooperación, el fenómeno de la discriminación laboral sigue estando presente en los países de la región, el América del norte y el la Unión Europea; las brechas salariales se han mantenido constantes desde hace una década y el ser indígena o migrante determina en gran parte el futuro económico de una persona. Si bien no existe absoluto consenso teórico de como medir discriminación laboral y tampoco hay evidencia suficiente en Chile, se hace necesario recabar más y mejor información para conocer en detalle el fenómeno.

Asimismo, en la actualidad existe una tendencia eliminar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta, y poner fin a aquellas situaciones, en que las personas son tratadas de forma menos favorable por razones de origen racial, religioso u otras. En la práctica, se trata de dilucidar, cualquier desventaja que pueden generar una disposición legal, una cláusula, un pacto, una decisión o un acto discriminatorio.

La ausencia de discriminación permite aprovechar al máximo el capital social y humano, los conocimientos, experiencias y habilidades de todas las personas, por ello, se ve como necesarios llevar a cabo iniciativas para prevenir y afrontar las situaciones de discriminación. Debido a lo anterior, a nivel doctrinario, se han propuesto medidas laborales tendientes a romper con los estereotipos y prejuicios para seleccionar a los trabajadores, para evaluar los criterios objetivos que valoren sus aptitudes, competencias, capacitación o experiencia. Se insta a establecer un número mínimo de empleados extranjeros por empresa, a diseñar itinerarios de incorporación y revisar periódicamente si las políticas y prácticas que se desarrollan en la empresa tienen impacto negativo sobre grupos concretos de trabajadores.

Pese a estos esfuerzos, el tema de la discriminación laboral por origen racial y nacionalidad, no ha sido un tema recurrente en las aulas y trabajos de la distintas

escuelas de derechos de nuestro país, sólo ha sido tratado a nivel periodístico. Por ello, pretendemos con esta memoria, llevar el tema de la discriminación laboral por origen racial y nacionalidad al ámbito jurídico y determinar la normativa aplicable al caso, y de esta forma establecer los medios jurídicos válidos en caso de estar frente a este tipo de discriminación.

Consideramos, que el tema es de enorme importancia, ya que, es en el contexto del empleo, donde se refleja con mayor frecuencia situaciones de rechazo y abuso, producidas por discriminación racial o nacional; si a esto le sumamos, que esta discriminación, se pueda dar, tanto en el contexto de la relación laboral, como antes o después de terminada dicha relación, nos daremos cuenta, de que esta situación se contrapone a los principios establecidos en nuestra Constitución, como son el derecho a la igualdad y el principio de no-discriminación.

Nuestro trabajo se dividirá en 4 capítulos; en el primero señalaremos los derechos fundamentales en el trabajo, a fin de establecer su eficacia, a nivel normativo y de aplicabilidad; en el capítulo segundo presentaremos el principio de igualdad y el derecho fundamental de la no discriminación, analizaremos su concepto y ámbito de protección, tanto a nivel nacional como internacional; en el capítulo tercero, analizaremos extensamente la discriminación por origen racial y nacionalidad, estableciendo un concepto propiamente tal, compararemos distintas realidades, en América Latina, Unión Europea, Estados Unidos y en Chile, para terminar con su reconocimiento legal, tanto a nivel propio como supranacional; y por último, en el capítulo cuarto, analizaremos el nuevo procedimiento de Tutela, introducido por la Ley 20.087, con sus posteriores modificaciones (Ley 20.260), a fin de establecer la real protección judicial del derecho a la no discriminación en nuestro país.

Para nuestro análisis, usaremos la metodología de investigación jurídica descriptiva teórica y explicativa, investigación que será de tipo transversal y aplicada,

puesto que el fin de nuestro trabajo, es determinar como es, en la actualidad el derecho aplicable, al principio de la no discriminación laboral por el origen racial y nacionalidad y como se ha plasmado esto, en el ámbito legal.

CAPÍTULO PRIMERO.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO.

1.1. Ideas preliminares.

Al hablar de derechos fundamentales de los trabajadores no nos estamos refiriendo a los derechos laborales clásicos que aluden al derecho del trabajo, a la seguridad social y a la higiene y seguridad en el trabajo, y genéricamente a toda protección de las condiciones de trabajo, libertad sindical, derecho a huelga, acceso a formación profesional y tutela laboral especial para la maternidad, los menores y los discapacitados, “sino que aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que, en cierta forma, quedaban amagados en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por defecto de la exacerbación de la

potestad de mando del empleador”¹ y que acertadamente fueran llamados por la doctrina comparada como los derechos laborales inespecíficos (derecho a la intimidad, libertad de expresión, derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, libertad religiosa, etc.), naciendo de esta forma la expresión de ciudadanía en la empresa o laboral.

Este término, surge de la necesidad de conceptualizar a la persona del trabajador como un sujeto dotado de una serie de derechos fundamentales, que abarcara todos los ámbitos o esferas de su vida.

A partir de esta concepción, se establece una nueva forma de ver las relaciones laborales, surgiendo así la concepción de la ciudadanía de la empresa, que amplía el respeto, protección y ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana, por sobre la jerarquía que posee el empleador sobre el trabajador subordinado.

Como señala, el profesor Eduardo Caamaño, la ciudadanía en la empresa “ surge a partir del reconocimiento legal, jurisprudencial y doctrinal de que la empresa no es un espacio entregado única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en que también tiene cabida y pleno reconocimiento la ciudadanía de los sujetos que interactúan en este especial ámbito de la vida social, esto es, la aceptación de la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales emanados de su condición de persona”².

¹ Caamaño Rojo Eduardo. El derecho a la no discriminación en el empleo, Editorial Lexis Nexos, primera edición, Santiago –Chile 2005, Pág. 20.

² Ibid.

Este término supone un “posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, que hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador.”³

1.2. La evolución de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En un contrato de trabajo el trabajador pone a disposición de un empleador su energía, creatividad y conocimientos personales para que los utilice y saque provecho de ello, a cambio de una remuneración, por lo tanto tenemos involucrada la propia humanidad del trabajador en una relación jurídica de significado económico.

“Precisamente reconociendo este involucramiento personal del trabajador en el trabajo que realiza, se vislumbra un primer reflejo jurídico del trabajo, la tradición romanista, que consistió en concebirlo como una emanación del trabajador que por ella recibía un pago, pero en todo caso, indivisible de la propia persona de quien efectuaba trabajo”⁴.

Sólo con el proceso de positivación (plasmación jurídico-normativa) de los derechos fundamentales, que se desarrolla a partir del siglo XVII en Inglaterra, con la creación de una serie de documentos como la Petition of Rights (1628), el Habeas Corpus (1679), el Bill of Rights (1689) y del siglo XVIII en EE.UU. (la Declaración de Independencia (1776) y el Bill of Rights del Buen Pueblo de Virginia (1776)), y en Francia (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y la primera Constitución francesa de 1791), “el trabajo dejó de ser reflejo de la persona del trabajador para devenir en un bien patrimonial, negociable, distinto de la persona del

³ Dirección Del Trabajo-Chile, Dictamen N°:2856/0162, Fecha:30.08.2002.

⁴ López, Diego. Los derechos fundamentales en el trabajo: Garantía de libetas y dignidad para las personas que trabajan. Disponible en: www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-86657_recurso_1.pdf, Pág. 3.

trabajador. El trabajo bajo esta perspectiva, fue visto como un objeto de derecho, mercadería a la cual se le adjudica un precio, emanación patrimonial del trabajador que por ella recibe un salario”⁵.

“La visión jurídica liberal del trabajo otorga legitimidad al acuerdo económico de prestación de servicio, a cambio de una remuneración y que permitió el funcionamiento del mercado de trabajo; pero cabe preguntarse si se compra el trabajo de una persona y por tanto, su dedicación y obediencia ¿se adquiere también su libertad?. Es revelador observar el esfuerzo teórico de larga data, que implicó diferenciar la esclavitud del trabajo libremente pactado, pero con una subordinación o servidumbre personal de parte del trabajador. La esclavitud pactada se excluyó precisamente en la medida en que se reconoció la inalienabilidad de la persona del trabajador. Se hizo pues evidente para el derecho la necesidad de impedir que la subordinación del trabajador contratado supusiera el despojo de su libertad y dignidad. En consecuencia, el sometimiento remunerado a la autoridad de un empleador para ganarse la vida no impide, limita, ni atenúa los derechos fundamentales del trabajador.”⁶

La incorporación de esta concepción, de los derechos fundamentales inherentes al trabajador, a las legislaciones del trabajo fue tardía, se llevo a cabo a partir de la década de los setentas.

La explicación histórica de la desvinculación entre los derechos fundamentales y el mundo industrial de trabajo se debe; por una parte a “la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, tan importante para la ciencia jurídica de comienzo de siglo veinte, y la ubicación del contrato de trabajo en esta última área, lo que provoca un alejamiento del horizonte conceptual de la regulación de las relaciones laborales,

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

entendidas como un vínculo entre privados, sujetas a principios propios de un negocio contractual, pertenecientes al derecho privado, figuras alejadas de la normativa pública constitucional, incluida una de sus más potentes construcciones: las garantías constitucionales o derechos subjetivos públicos”⁷, y por otra parte, “la radical distancia entre el prototipo ideológico”⁸ (sobre el que se construirán la regularización jurídica del contrato de trabajo, con relación a la aplicación de los derechos fundamentales de los trabajadores) y el obrero industrial, que se encontraba desprotegido frente burgués liberal.

Las garantías constitucionales, versión jurídica positiva de los derechos fundamentales, son, antes que todo, las prerrogativas que en el estado liberal se acuerda para proteger al comerciante de la invasión estatal, se trata en ese sentido de derechos individuales, contra los abusos que pueden cometer los entes públicos. Poco o nada tiene que ver, con esta matriz ideológica de los derechos fundamentales, el prototipo social base del Derecho Laboral: primero, el obrero del inicio del industrialismo, después el sujeto que labora ordenes de otro para sobrevivir”⁹.

De hecho, “el mundo de las relaciones y su regulación jurídica, con el mundo de los derechos fundamentales y su armadura constitucional, se acercarán precisamente, cuando comienzan a desarrollarse procesos que vayan mitigando o desconstruyendo los obstáculos recién descritos: por una parte, la disolución de la *summa divisio* entre derecho privado y público a manos de la constitucionalización del derecho, y por otra parte, el acercamiento del prototipo del ciudadano político (ex burgués) con el del ciudadano laboral (ex obrero) mediante la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales y su progresiva aplicación a las relaciones laborales”¹⁰.

⁷ Ugarte Cataldo José. El nuevo derecho del trabajo, primera edición, Editorial Universitaria, Santiago-Chile, Agosto 2004, Pág. 117.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

Todos los derechos fundamentales constituyen un elemento condicionante a los poderes empresariales respecto al desarrollo de la actividad laboral de los trabajadores, no pierden su vigencia en la relación de trabajo, mas bien, garantizan que los trabajadores no se vean reducidos sólo a una función productiva y económica.

1.3. La teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales (Die Drittwirkung der Grundrechte).

1.3.1. Orígenes.

La teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales fue desarrollada en Alemania por Hans Carl Nipperdey en 1954, siendo aceptada por la jurisprudencia por el Tribunal Federal del Trabajo, en 1958, al anular una cláusula de un contrato de trabajo por vulneración de derechos fundamentales, y posteriormente, por el Tribunal Constitucional de ese país. En los años siguientes producto de presiones sindicales, los Estados comenzaron a dictar normas que garantizaban la eficacia concreta de los derechos fundamentales en el mundo del trabajo, incorporando una nueva materia de estudio al derecho laboral.

“La nueva tendencia cristalizará en Italia con la dictación del conocido Statuto dei Lavoratori, de 1970, y también, paralelamente, en países de tradición anglosajona, como Estados Unidos, con la dictación de diversas normas antidiscriminatorias, especialmente el Título VII, de la ley sobre derechos civiles, de 1964, que prohíbe la discriminación laboral por diversas razones. Desde ese momento vendrán diversos desarrollos normativos que darán como resultado la protección del trabajador como

ciudadano y sus derechos fundamentales en la empresa y pasan a ser un componente estructural de las relaciones laborales”¹¹.

1.3.2. Planteamiento. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

“La Drittwirkung plantea el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas, es decir, en sus relaciones con los terceros. Esto supone, entonces, que estos derechos rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles, por tanto, no solo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollándose así una eficacia horizontal”¹².

“En la concepción tradicional del constitucionalismo liberal se concibe los derechos fundamentales como medio de defensa frente al poder del Estado en contraposición a un Estado absoluto; esto es, se entienden los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos cuya eficacia directa queda constreñida al ámbito de los poderes público (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Dicho de otra forma, la acción del Estado ha quedado necesariamente limitada por los derechos esenciales de las personas, emanados de su naturaleza humana y consagrada por el Derecho Natural, superior al Derecho Positivo. Sin embargo la teoría en comento cambia radicalmente el postulado anterior, en virtud de la comprobación fáctica de la existencia cada vez más extendida de entes sociales privados que ejercen cuotas significativas de poder, de tal manera que ya no es sólo el Estado quien puede ejercer un poder capaz de amenazar los derechos fundamentales de las personas, sino que son también los mismos sujetos

¹¹ Ibid. Pág. 118.

¹² Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 14-15.

o las organizaciones creadas al amparo del Derecho Privado los que pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades”¹³.

De esta forma, “conforme al planteamiento desarrollado por la Teoría de la Drittwirkung, en el ámbito de acción de los derechos fundamentales encuentra no sólo en la esfera de lo público su natural desarrollo, sino que se va trasladando al ámbito privado, donde naturalmente se ubica la empresa, en cuanto constituye el espacio en el cual se desenvuelven las relaciones jurídicas entre trabajadores y empleador, con un elemento propio característico que no se da en otro tipo de relaciones jurídicas entre particulares y que coloca a la persona del trabajador bajo los poderes empresariales. Desde esta perspectiva, en la conformación social que conocemos, los poderes del empresario o la empresa en cuanto poder privado constituyen una real amenaza para los derechos de la persona del trabajador, y ello se debe no por considerar tales poderes como intrínseca u antológicamente insidiosos o perversos, sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial (sus principios económicos y sus valores normativos) actúa naturalmente como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo”¹⁴

Es pertinente señalar que los partidarios de la teoría de la Drittwirkung se dividen en lo que respecta a la forma en que se materializa la eficacia entre privados de los derechos fundamentales, de tal manera que es posible identificar dos líneas distintas de pensamiento:

1.3.2.1.1. Teoría de la eficacia mediata o indirecta: esta teoría sostiene que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos privados se lleva a cabo de una manera indirecta, filtrándose a través de las normas del Derecho Privado, al ser los derechos fundamentales normas objetivas de

¹³Ibid. Pag. 15

¹⁴ Ibid. Pág. 14-15.

principio y como tal deben influir en la interpretación en el ordenamiento jurídico en su conjunto y vincular a todos los poderes del Estado, a través de cláusulas generales, al estilo de la buena fe o el orden público o bien a través de la labor interpretativa de los jueces de las normas de Derecho Privado.

1.3.2.1.2. Teoría de la eficacia inmediata o directa: esta teoría reconoce directamente una vinculación de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos amparados con garantías constitucionales, a las relaciones de particulares, es decir, son oponibles frente a sujetos privados con independencia de que una ley haya procedido o no a delimitar el contenido constitucionalmente protegido por el derecho.

1.3.3. Funciones de los derechos fundamentales en el derecho laboral.

Principalmente los derechos fundamentales dentro de la empresa cumplen dos grandes funciones:

1.3.3.1. Limitadora de los poderes empresariales: “Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes -procesos de selección de personal-, en su desarrollo y en su conclusión; tanto en el ámbito estrictamente laboral -límite interno, en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial- como fuera de él -límite externo, en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales”¹⁵. “La conformación del poder empresarial ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto a las garantías

¹⁵ Dirección del Trabajo, dictamen 2856/162, de fecha 30 de agosto de 2002. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-76653.html>

fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo ciudadano y por ende al trabajador. En efecto, como se ha apuntado, los poderes empresariales no puede suponer a priori una relativización o matización del derecho fundamental, más bien, éste es el que actúa como un freno insalvable al ejercicio de tales poderes. Por lo tanto, el problema no tiene sólo una connotación contractual —modalización de la vida dentro de la empresa según las directrices o la organización empresarial—, tiene también un componente que escapa al limitado y circunscrito ámbito del contrato de trabajo para trasladarse a la órbita constitucional, esto es, al ejercicio por parte del trabajador de derechos que trascienden su categorización como trabajador para amoldarse a un plano omnicompreensivo de su personalidad toda. En consecuencia, dicho poder —expresión de las necesidades organizativas o productivas del empresario, pero delimitado jurídicamente en virtud del contrato de trabajo y de la ley— necesariamente ha de verse afectado en alguna medida en aras del respeto pleno de los derechos fundamentales del trabajador”¹⁶.

1.3.3.2. Integradora y unificadora: “Se reconoce que los derechos fundamentales poseen una verdadera fuerza expansiva en cuanto irradian su valor a la interpretación del conjunto del ordenamiento laboral. Se crea pues así un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos”¹⁷.

¹⁶ Dirección del Trabajo, dictamen 3276/173, de fecha 07 de octubre de 2002. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-63481.html>.

¹⁷ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 24.

1.4. La eficacia horizontal derechos fundamentales en el orden jurídico Chileno.

En nuestro orden jurídico constitucional no hay un reconocimiento expreso, de carácter declarativo, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sin embargo, una parte de la doctrina nacional sostiene que dicha doctrina se encuentra recepcionada y es posible desprenderla por diversas disposiciones de la Constitución Política de la Republica (en adelante CPR).

El caso chileno correspondería “a un caso de eficacia directa y horizontal de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares, con vigencia inmediata, donde el lesionado podría recurrir a la jurisdicción constitucional en busca de amparo de sus derechos fundamentales contra un acto de terceros”¹⁸

En este sentido, corresponde primeramente hacer una mención al artículo 6 inciso 2º de CPR, que señala en forma textual “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, de la cual se infiere, que los derechos constitucionales son exigible directamente no sólo respecto de los órganos públicos y estatales, sino también respecto de terceros (particulares), es decir, “la normativa de los derechos fundamentales se debe aplicar sin necesidad de desarrollos legislativos ulteriores (autosuficiencia de la norma fundamental)”¹⁹.

La idea de que nuestro ordenamiento jurídico recepciona la doctrina de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales se ve reforzada por la consagración en el artículo 20 de la CPR²⁰ del denominado Recurso de Protección, que según el

¹⁸ Ugarte Cataldo José. Op. Cit. Pág. 117

¹⁹ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 26.

²⁰ Artículo 20 de la CPR: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad

profesor Eduardo Soto Kloss es un "remedio pronto y eficaz para prestar inmediato amparo al afectado cada vez que una garantía de libertad o un derecho fundamental esté o puede estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o de particulares"²¹.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, ocupa un papel preponderante en este sentido el artículo 19 N° 26 de CPR, conforme al cual se asegura a todas las personas "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones tributadas o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Finalmente, hay que tener en cuenta los principios vitales en los cuales descansan nuestra institucionalidad, como son, el "Principio de Supremacía Constitucional", el cual establece que todas las normas de un ordenamiento jurídico deben encontrarse en conformidad con la Constitución y el de la "Vinculación Directa", que establece que las normas constitucionales son obligatorias tanto para los gobernantes como gobernados. Por ello teniendo presentes los principios anteriormente expuestos y las normas constitucionales citadas podemos concluir que en nuestro ordenamiento jurídico la eficacia horizontal directa e inmediata de los derechos fundamentales es ampliamente

de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

²¹ Rosenblut Alvaro. Apuntes de estudio para la Cátedra del profesor Davor Harasic, los recursos y la cosa juzgada, Universidad de Chile, Santiago-marzo 2001. Pág. 56.

aceptada y que dichos derechos son componentes estructurales básicos del conjunto del ordenamiento objetivo como de cada una de la rama que lo integran.

Sin embargo, si bien nuestro ordenamiento jurídico contempla una vía procesal especial y cualificada para la protección de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, y que corresponde al Recurso de Protección, cabe señalar que dicha acción se ha mostrado absolutamente inútil para la protección de dichos derechos en la relación laboral.

El profesor José Luís Urgarte Cataldo, en su libro “El nuevo derecho del trabajo, da tres razones, entre otras, para sostener la inutilidad del recurso de protección en relación a los derechos fundamentales en la esfera laboral:

1. La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección, y de la forma de tramitación del autocordado complementario, alejado de los principios propio del derecho del trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil, produce una evidente insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales.
2. El remedio judicial de carácter extraordinario que la acción de protección importa (casi como solución de equidad), lo hace inoperante para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, que entre otras cosas requiere, para su eficacia real, de la declaración de nulidad de los actos lesivos de dichos derechos o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que exige de un proceso de fondo ante un juez de grado.
3. Las restricciones inherentes a la acción de protección, en especial su tutela selectiva de ciertos derechos constitucionales del artículo 19 de la Constitución, quedando excluido, uno de los derechos fundamentales más relevantes en el

ámbito laboral: la no discriminación laboral, contenida en el Artículo 19 N° 16, inciso 3 de la CPR.

El Recurso de Protección, por lo tanto, es ineficaz para la protección de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, evidenciando la falta de cauces judiciales efectivos en sede laboral para ejercer dichos derechos, que se mantenían nada más que como derechos sobre el papel. La reforma procesal laboral, de enero de 2006, vino a subsanar la falta de protección efectiva de los derechos fundamentales al incorporar un procedimiento especial de tutela de dichos derechos, tema que trataremos en el capítulo final de éste trabajo.

1.4.1. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el Derecho del Trabajo.

Desde la modificación al artículo 5 del Código del Trabajo (en adelante CT), implementada a través de la ley N° 19.759, vigente desde 1 de Diciembre de 2001, se señala que “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos” , no cabe duda, que desde entonces, se consagra de manera expresa la eficiencia de los derechos fundamentales en el plano laboral, es decir, los derechos laborales inespecíficos no pierden vigencia al interior de la empresa, mas bien cumplen una función limitadora al señalar “ que la función que tienen estos derechos como limite al ejercicio de los poderes empresariales”²².

El dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162, de 30 de Agosto de 2002, fijó el sentido y alcance de la norma citada precedentemente, en ella se ha

²² Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 29.

materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones al interior de la empresa.

“El artículo 5 inciso 1 del CT debe entenderse directamente relacionada con las reformas introducidas en materia de Reglamento Interno de la Empresa, con las cuales la Ley 19.759 hace suyos los planeamientos y criterios establecidos por la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo acerca de las medidas de control fijadas por el empleador en dicho Reglamento”²³, con relación a la función limitadora de los derechos fundamentales del trabajador. En este sentido, el actual artículo 154 inciso final del CT prescribe: “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

Cabe además señalar que el nuevo artículo 154 bis del CT, incorporado por la misma ley, refuerza el respeto a la intimidad del trabajador al establecer “El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”.

Con la publicación de Ley 20.005, el 18 de Marzo de 2005, que tipifica y sanciona los casos de acoso sexual en el trabajo, se refuerza aún más, a nivel normativo, la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos y su rol limitativo de los poderes empresariales. En este sentido, cabe citar el artículo 2 inciso 2, del CT, que señala “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con

²³ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 31

la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras, conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

En concordancia con esta norma, el artículo 153 inciso 2 del CT, establece en el Reglamento Interno que “Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”.

De las disposiciones anteriormente señaladas podemos concluir que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales inespecíficos en el derecho del trabajo chilenos tiene plena aplicabilidad y eficacia.

CAPITULO SEGUNDO

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.

2.1. Ideas generales.

“Los trabajadores, como ciudadanos, son titulares de derechos fundamentales, cuya vigencia se proyecta a todos los aspectos de su vida y, en este sentido, establecimos que el ámbito laboral es uno de los más importantes”. “Ahora bien, entre aquel conjunto de derechos fundamentales reconocidos universalmente como inherente

al ser humano por emanar de su dignidad y de su esencia como persona, se encuentra el derecho a lo no discriminación”²⁴.

Como señala el profesor Eduardo Caamaño Rojo, “El principio de no discriminación es uno de los principios tutelares de carácter fundamental del trabajo, que asegura la plena vigencia del principio de igualdad de trato prohibiendo toda exclusión o menoscabo en el trabajo, fundado en criterios de distinción de la capacidad e idoneidad del trabajador para la ejecución de una labor o prestación de un servicio determinado.”²⁵

2.2. Discriminación en el empleo.

Para poder determinar el ámbito que abarca el principio de la no discriminación, no podemos dejar de abordar la discriminación en el empleo, su concepto y las formas en que se manifiesta en el ámbito laboral.

2.2.1. Concepto de Discriminación.

“La idea de discriminación, de distinción no es contraria a lo justo ni al derecho. Sin embargo la discriminación arbitraria, carente de justificaciones y basada en prejuicios y en hechos que en definitiva suprimen la igualdad de oportunidades entre las personas sí constituye un atentado a la dignidad del ser humano”²⁶.

²⁴ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 47.

²⁵ Caamaño Rojo Eduardo. La Defensa del Principio de No Discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral. Revista Laboral Chilena N° 117, Mayo del año 2003, pagina 70

²⁶ Gamonal Contreras Sergio: “Lineamientos de derecho del trabajo, primera edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago –Chile, mayo de 2006.

Doctrinariamente, podemos señalar, un sin número de definiciones, como la realizada por el profesor Eduardo Caamaño, que indica que discriminación es “todas aquellas diferenciaciones, exclusiones o preferencias carentes de justificación o razonabilidad por basarse en criterios reprochables, como son, entre otros, la nacionalidad, el sexo o la religión de las personas, son repudiadas y prohibidas por diferentes instrumentos internacionales y nacionales sobre derechos humanos”²⁷.

Para el profesor Luís Lizama y José Luís Ugarte, discriminación es “toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicalización, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”²⁸.

Asimismo, el Código del Trabajo define como actos de discriminación “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 tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

En el ámbito de protección internacional, el convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), sobre la discriminación en el empleo y ocupación, define como discriminación en el trabajo “cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades de trato en el empleo la ocupación”.

²⁷ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 47.

²⁸ Lizama, Luís y Ugarte, José Luís “Interpretación y Derechos Fundamentales de la Empresas” Editorial Jurídica Cono Sur, 1998. Pág. 219

De acuerdo a esta definición la discriminación en el empleo presenta dos elementos:

- a) Un elemento de hecho, que es la existencia de una distinción, exclusión o preferencia, o sea un motivo que determina una diferencia en el trato, como características de sexo, nacionalidad, o religión.

- b) Un elemento objetivo, que es el resultado de la diferenciación, como lo es la alteración de la igualdad de trato o de oportunidades, muchas veces se reflejada en la remuneración o la estabilidad laboral. En este aspecto, cabe señalar, de acuerdo al Convenio antes mencionado, la sola intención de discriminar, no es concluyente para que exista discriminación.

2.2.2. Clases de discriminación

De esta forma, la discriminación puede ejercerse de dos maneras, por lo tanto, se pueden distinguir dos formas de discriminación: directa o indirecta.

2.2.2.1. Discriminación Directa, supone normas, reglamentos que excluyen, diferencian o manifiestan de manera explícita, preferencias de trato con relación a determinados grupos sociales, por ejemplo, avisos en que se solicite personas de un solo sexo o hasta cierta edad. Este tipo de discriminación es fácilmente detectable. “La discriminación directa es entonces la diferenciación o distinción sobre una persona o grupo que lo desfavorezca por una razón negada en el ordenamiento legal”²⁹. De esta manera, cualquier acción que suponga una exclusión por motivos que la ley

²⁹ La igualdad y sus efectos: el derecho a no ser discriminado. Disponible en: <http://200.62.227.8/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/edob/agora/pdf/oportunidad2.pdf>.
Fecha 22 de marzo de 2008.

niega, es considerado un acto de discriminación directa. Puede ser por ejemplo por raza, por religión, por ideas políticas o por sexo. Todos estos criterios son expresamente negados como elementos de discriminación por la legislación de todos los países. En la actualidad, como podemos entender, no es común encontrar acciones que expresan de manera abierta este tipo de discriminación, lo que por supuesto no significa que se haya superado la situación de exclusión por estos motivos. Lo que ocurre es que no se hacen públicos y se recurre a otras formas más sutiles de discriminación. De esta manera, entramos al otro tipo de discriminación: la discriminación indirecta.

2.2.2.2. En cambio, existe otro tipo que, resulta más difícil de localizar y se denomina discriminación indirecta, que la podemos definir como cualquier práctica o disposición, que afecta a un gran número de trabajadores o trato diferenciado a ciertas categorías de trabajadores, como por ejemplo, la normativa de trabajadora de casa particular acá en Chile, al establecer mayores jornadas de trabajo, sueldos por debajo del mínimo, etc. Según el profesor Javier Neves Mújica, la discriminación indirecta “Se trata de decisiones que se aplican por igual a todos, pero como entre ellos hay grupos que en los hechos tienen ventajas sobre otros, ocasionan efectos diversos. No interesa si hay o no en el agente intención lesiva. Para no resultar discriminatorias esas medidas tienen que encontrar justificación en una necesidad de la empresa y no existir otras alternativas”³⁰. De lo expuesto, podemos concluir que: “La discriminación indirecta es aquélla en la cual la distinción o diferenciación se encuentra de manera disimulada o es menos patente, existiendo una apariencia de neutralidad en el criterio diferenciador”. A diferencia de la discriminación directa, que recae sobre un grupo o persona, el desfavorecido en este caso es un colectivo usualmente marginado (las mujeres, los negros,

³⁰ Ibid.

los indígenas, etc.). “En la discriminación indirecta reaparece el elemento colectivo de la discriminación, en cuanto que lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, sexo, etc., sino que en su aplicación ese criterio incida perjudicialmente en los individuos de esas características, y, por ello, en el grupo al que pertenezca ese individuo, habiéndose de considerar entonces a uno y otro como discriminados”³¹. Cuando analizamos la situación de discriminación que existe en el mundo del trabajo, generalmente nos encontramos con situaciones de discriminación indirecta. Nos vemos a diario muchas situaciones en las que de manera sutil o en algunos casos no intencionadas, se fomenta la discriminación hacia distintos colectivos de personas excluidas de derechos. En el acceso al mercado de trabajo por ejemplo, en muchos países es común encontrar requisitos como: “buena presencia”, “joven”, “emprendedor”, etc.

Actualmente la doctrina, a desarrollado un nuevo concepto al referirse a la discriminación indirecta, se habla del concepto: **el impacto adverso**, que es definido por José Balta Varillas como: “la utilización de criterios de selección legalmente válidos que, no obstante aplicarse por igual a todas las personas involucradas, afectan adversamente a un grupo protegido mucho más que a otro y no se encuentran justificados por las necesidades del negocio”.³²

Podemos señalar entonces, que el impacto adverso, es el efecto que provoca sobre el colectivo generalizado, las conductas o acto enmarcados en una discriminación indirecta, por lo que tiende a incrementar la exclusión a los grupos más vulnerables

³¹ Ibid.

³² Balta Varillas, José. “El Impacto Adverso”. Revista de Derecho Themis. Lima, Perú, N° 34. 1996, p. 119.

como son las mujeres, minorías indígenas, entre otros. Por lo cual es papel de los estados el desarrollar políticas que reduzcan o eliminen toda clase de discriminación.

2.2.3. Etapas de discriminación en el empleo

Otro aspecto que es necesario considerar se enfoca desde la perspectiva, de que la discriminación en el empleo puede ser ejercida en diferentes etapas del empleo, en primer lugar, se puede configurar en una etapa preocupacional, posteriormente dentro de la relación laboral propiamente tal, como fuera de ella y por último una vez extinguida la relación laboral.

Al respecto, el propio Código del Trabajo en el artículo 2, prohíbe al empleador condicionar a la contratación a ciertos motivos, así se expresa en el inciso sexto que señala: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación 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 de banco de datos personales, ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno.” En una etapa preocupacional, la discriminación, va estrictamente vinculada a los requisitos y al acceso al empleo.

Pero la discriminación, no solamente se da en una etapa preocupacional, sino que puede estar presente durante la relación laboral propiamente tal, en el sentido del ejercicio de los poderes del empleador, que deriva muchas veces en conductas discriminatorias.

A este respecto el propio Convenio N° 111 de la OIT, señala en su artículo primero inciso 3, que “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.”

Relacionado con este punto, la Recomendación N° 111, emanada de la OIT, plantea en la letra b) de su párrafo segundo 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 con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona;
- Seguridad en el empleo;
- Remuneración por un trabajo de igual valor;
- 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;”³³

Por ultimo, puede existir discriminación en una etapa post ocupacional, o sea extinguida la relación laboral, lo que conlleva a una preocupación por las condiciones de despido injustificado discriminatorio.

2.3. La Igualdad Jurídica Y La No Discriminación

2.3.1. Aspectos Preliminares

33

<http://www.ministrabajo.go.cr/Base%20de%20Datos/Recomendaciones%20NIT/Recomendacion111.htm>

Tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el ámbito internacional, se consagra de manera específica el principio de la igualdad ante la ley, fijándose un modelo antidiscriminatorio general, que consagra el principio de no discriminación, lo que se traduce en la elaboración de normas (nacionales e internacionales) que tienen combatir los actos de discriminación.

2.3.2. El principio de igualdad ante la Ley y El principio de la no discriminación laboral.

El principio de la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.

Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “adoptado por Chile en febrero de 1972”³⁴, establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En virtud del artículo 26, del mismo Pacto, todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³⁴ Disponible en: <http://www.unhcr.ch/pdf/reportsp.pdf>. Fecha 27 de mayo de 2008.

En efecto, la no discriminación constituye un principio tan básico que en el artículo 3, de la referida Convención, se establece la obligación de cada Estado Parte de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos enunciados en el Pacto.

Si bien el párrafo 1 del artículo 4, faculta a los Estados Partes para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinadas obligaciones contraídas en virtud del Pacto, ese mismo artículo exige, entre otras cosas, que dichas disposiciones no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Además, el párrafo 2 del artículo 20 impone a los Estados Partes la obligación de prohibir por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación.

En cuanto a legislación chilena, se establece la igualdad ante la Ley, que esta ligado con el principio de no discriminación, así lo establece el artículo 19 N° 2 CPR., al establecer que:

“La constitución asegura a todas las personas: la igualdad ante la ley. En Chile no hay personal ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre.

Ni la ley no autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

El principio de igualdad establecido por la Constitución asegura una igualdad sustantivamente justa, es decir, no admite diferenciación alguna, a menos que se halle un motivo sustentablemente justo, para establecer diferenciación.

En cuanto al principio de no discriminación en el empleo, es la propia CPR en su artículo 16 N° 16, que asegura a todas las personas:“La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración.

Sé prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”

De este precepto podemos plantear, en primer lugar que se consagra la libertad de trabajo, o sea el derecho de toda persona a no ser forzado a realizar ninguna labor y en segundo lugar, el derecho a la libre elección del trabajo, que se traduce en la “facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otros, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que se contratara sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos por la Ley.”³⁵

La doctrina nacional ha unido estos conceptos, entendiéndola que el respeto por la libertad de contratación y de elección del empleo, se ve limitada por la discriminación, por lo tanto, se señala que la discriminación “es una flagrante infracción a la libertad de trabajo.”³⁶

Pero esta concepción, no es aislada, internacionalmente el principio de no discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley, a

³⁵ Lizama Portal, Luís y Ugarte José Luís. “Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa” Editorial Conosur año 1998.Pág. 229.

³⁶ Ibid.

veces se establecen expresamente relacionados con determinadas categorías de derechos humanos.

Así, el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de Justicia y el párrafo 3 del mismo artículo dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas enunciadas en los incisos a) a g) de este último párrafo.

Similarmente, el artículo 25, del mismo instrumento, prevé la igualdad de participación de todos los ciudadanos en la vida pública, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2.

Se determina expresamente la obligación de los Estados partes, decidir cuáles son las medidas apropiadas para la aplicación de las disposiciones pertinentes a los principios de igualdad y no-discriminación, el Pacto les exige expresamente que tomen medidas que garanticen la igualdad de derechos de las personas de que se trate.

En el Pacto no se define el término “discriminación”, ni se indica qué es lo que constituye discriminación. Sin embargo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, define, en su artículo 1 la expresión de discriminación racial, al señalar “que denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas 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 cualquier otra esfera de la vida pública”.

El derecho a la no discriminación asevera la plena vigencia del derecho a la igualdad de trato, prohibiendo toda exclusión o menoscabo en el trabajo, fundado en criterios distintos de la capacidad o idoneidad del trabajador para la ejecución de una labor o la prestación de un servicio determinado. Por lo tanto, todas aquellas diferenciaciones, exclusiones o preferencias carentes de justificación o razonabilidad, como son, en términos generales, las que se basan en aspectos tales como la nacionalidad, el idioma, el sexo o la religión de las personas son repudiadas y prohibidas por diferentes instrumentos internacionales y nacionales sobre derechos humanos.

Es por eso, que el ordenamiento jurídico existente, conduce al reconocimiento de los derechos fundamentales, como un imperativo ético y de justicia, que permite lograr el pleno reconocimiento de la igualdad de oportunidades y su concreción en la práctica, que no solamente este reconocimiento, quede plasmado en los instrumentos legales o sea una mera declaración del legislador, sino que existan medido y mecanismos legales, administrativo y judiciales eficaces en el sistema jurídico, que garanticen plenamente los principios establecidos por nuestra legislación a aquellas personas que puedan verse afectadas por algún acto o medida discriminatoria.

2.3.4 Reconocimiento en el ordenamiento Jurídico internacional del principio a la no discriminación.

Como ya señalamos, la importancia del derecho a la no discriminación escapa al ámbito propio del Derecho del Trabajo, constituyendo este derecho una garantía fundamental, inherente a todo ser humano. Por este motivo, el derecho a no ser discriminado adquiere un reconocimiento de carácter supranacional, siendo consagrado ampliamente en diversos instrumentos internacionales.

En este punto trataremos distintos instrumentos internacionales, que reconocen el derecho a no ser discriminado.

Empezaremos por citar el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que “Cada hombre goza de los derechos y libertades establecidas 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”.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, si bien como ya dijimos, no establece un concepto de discriminación, en su artículo 26 pregonaba una prohibición amplia de no-discriminación, al señalar que “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Del mismo modo, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966 instituye en su artículo 2.2. que “Los Estados que son parte de él se obligan a garantizar el ejercicio de los derechos sin distinción de razas, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra naturaleza, nacionalidad y origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo”. Si bien esta norma no

contiene una prohibición explícita de no discriminación, contiene un imperativo de prohibir cualquier diferencia basada en los motivos que se mencionan. Sin embargo, este método también expresa un concepto de discriminación y pone énfasis en lo inadmisibles que resulta hacer diferencias arbitrarias e injustificadas en el trato de los ciudadanos, incluso en el ámbito laboral.

Asimismo, el artículo 26, del mismo instrumento, señala que todos tienen derecho, sin diferencia alguna, a igual protección ante la ley y, “cualquier clase de discriminación en este sentido estará prohibida por la ley y la ley garantizará que todos gocen de igual y eficiente protección contra la discriminación fundada en diferencias de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo”.

En cuanto a los mecanismos de protección, frente a la histórica desigualdad de género, podemos marcar, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, que como señala el profesor Eduardo Caamaño “es sin duda el trascendental instrumento a través del cual la comunidad internacional ha pretendido introducir un mejoramiento efectivo de la condición de la mujer en el mundo.”³⁷

Cabe destacar, que en su declaración señala que: “la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece

³⁷ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 53

el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”³⁸.

Igualmente, es adecuado señalar que la mencionada Convención ordena a los Estados partes establecer medidas tendientes a evitar la discriminación contra las mujeres, concretamente en su artículo 2.

En cuanto a la discriminación en el empleo, queremos señalar la importancia de la labor de la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto a la protección del derecho de la no discriminación en el empleo, que se ha traducido en numerosos convenios y recomendaciones emanadas de ese organismo.

Precisamente se puede expresar que la OIT desde sus inicios, ha manifestado una profunda preocupación por la discriminación, así en la Declaración de Filadelfia del año 1944, disponía que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derechos a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica en igualdad de oportunidades”

Desde su creación en el año 1919, son numerosos los convenios y recomendaciones, que difunden el tratamiento de la no discriminación en el empleo, lo que se basa en los criterios y derechos fundamentales como lo son la igualdad y no discriminación.

El primer convenio que se refiere al tema es el Convenio N° 100 de la OIT del año 1951, sobre la Igualdad de Remuneración, ratificado por Chile el 20 de Septiembre del

³⁸ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw_sp.htm. Fecha 24 de mayo del año 2008.

año 1971, cuyo fin es “promover la igualdad de los hombre y mujeres respecto de la remuneración, tanto en el sector público como el privado”³⁹

Es precisamente, el Convenio N° 111 de la OIT, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de fecha 25 de junio de 1958, ratificado por Chile el 20 de septiembre del año 1971, que tiene una importancia fundamental al especificar este principio.

En primer lugar, este convenio, desarrolla en su artículo 1, que debemos entender por discriminación en el empleo, es así como indica que “él termino discriminación comprende:

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

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

Esta definición es trascendental, ya que, se sostiene este instrumento que para estar incluida 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 evitar las dificultades que pudieran afectar a los trabajadores para obtener un empleo mejor a ascender a otro de jerarquía superior. Se

³⁹ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 53

adopta, por lo tanto, como criterio las consecuencias objetivas de las medidas discriminatorias, situación que permite afirmar que las discriminaciones indirectas y fenómenos tales como la segregación profesional están dentro del ámbito de aplicación del Convenio.”⁴⁰

En segundo lugar, todo Estado que lo ratifique ha de tener por objetivo fundamental, formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato con objeto de eliminar todas las formas de discriminación tanto el empleo como en la ocupación, para este fin, cada Estado Miembro que lo haya ratificado se obliga a derogar las disposiciones legislativas y a modificar aquellas disposiciones o prácticas administrativas que sean incompatibles con la política de no discriminación, a promulgar leyes y a promover programas educativos que favorezcan la aceptación y el cumplimiento de esa política en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Además, se compromete a aplicar dicha política en los empleos y servicios sometidos al control directo de una autoridad nacional, así como en la orientación y formación profesionales, y los servicios de colocación dependientes de dicha autoridad.

Por lo tanto, el Convenio N° 111 tiene por propósito que los estados miembros enuncien y elaboren políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades en materia de empleo y ocupación, tanto a nivel de acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo y medios para la formación profesional. Lo significativo del Convenio, también es el que define, qué se debe entender por discriminación y esta definición, es lo adecuadamente amplia como para poder incluir a todas aquellas acciones que lesionen el Principio de Igualdad de Oportunidades.

40

http://www.sernam.cl/opencms/export/sites/default/igualdad/pdf/Proyecto_Erradicacion_de_Brecha_Salarial.doc. Fecha 30 de marzo de 2008.

Por último, en el año 1998 la OIT, realiza un Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la importancia de esta declaración es que se compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías de derechos fundamentales⁴¹, hayan o no ratificado los convenios pertinentes.

Añade la declaración “que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas”⁴². De modo tal “que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, y dentro de estos derechos se encuentra la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”⁴³

La Declaración establece claramente que estos derechos son universales y que se aplican a todas las personas en todos los países - independientemente del nivel de desarrollo económico.

También establece un procedimiento de seguimiento, que respalda este compromiso. Los Estados Miembros que no han ratificado uno o varios de los

⁴¹ Estas categorías son: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

⁴² Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Disponible en: http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/declaracion_oit.pdt. Fecha 2 de abril de 2008.

⁴³ Ibid.

convenios fundamentales deben presentar cada año una memoria sobre la situación de los principios y derechos considerados señalando los obstáculos que impiden la ratificación y los ámbitos en los que necesitarían asistencia. Las memorias son examinadas por un grupo de expertos consejeros independientes, los Expertos Consejeros en la Declaración, cuyas observaciones son consideradas por el Consejo de Administración, para con posterioridad emitir un informe final.

Por lo tanto, como señala el profesor Eduardo Caamaño “se le otorga al derechos a la no discriminación la categoría de ser uno de los pilares básicos a partir de los cuales debe construirse un orden laboral internacional que esté en armonía con los valores y principios que inspiran a la OIT, partiendo del sinceros convencimiento de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente.”⁴⁴

2.4. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional del principio a la no discriminación.

El principio de no-discriminación, actualmente en nuestra legislación se encuentra reconocido y garantizado con una serie de normas y mecanismo que atestiguan, que el cumplimiento de dichos derechos se encuentra en armonía con las normativas y doctrinas supranacionales.

2.4.1. En la Constitución política de la Republica.

En cuanto al reconocimiento del principio de no discriminación, en la normativa constitucional, como hemos señalado con anterioridad se establece un marco jurídico

⁴⁴ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 53

a partir del cual se organiza el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en Chile.

En un primer orden, en las bases de la Institucionalidad, se reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de igualdad.

Así el artículo 1º de la CPR, en su inciso primero dispone: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos";

Del mismo modo, el artículo 19 N° 2 agrega que: "La constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley".

Sobre la base de estas normas, podemos señalar, que el principio de no discriminación, es un principio fundamental de nuestra constitución, principio en por el cual se a construido todo un régimen normativo, tendiente a proteger la igualdad.

El articulo 19 N° 16, en su inciso tercero, ya señalado con anterioridad, reconoce el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental y como tal, en una expresión jurídica real y concreta de la dignidad de la persona humana.

Finalmente, en la doctrina de destaca que el constituyente ha entendido ampliamente el derecho a la no discriminación, lo que se manifiesta en la circunstancia de no haber introducido una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, cualquier motivo o criterio que no se base en la capacidad o idoneidad personal, esto es, prohíbe cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable, sin perjuicio que la ley pueda exigir, en determinados casos, la nacionalidad chilena o ciertos límites de edad. Por esos se agrega, que nuestra Constitución, va mas allá de la forma como se enfoca los instrumentos internacionales, como por ejemplo, el ya mencionado Convenio N° 111, que enuncia criterios o motivos que producen discriminación. De esta forma, el

constituyente ha dado un paso adelante frente a la técnica seguida por el Convenio N° 111 de la OIT y por otros instrumentos internacionales.

De esta manera, nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe ineludible cumplimiento, en particular a lo prevenido en el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998, instrumento éste que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental.

2.4.2. En el Código del trabajo.

Cabe señalar que artículo 2 del Código del Trabajo reconoce la prohibición de discriminación en el trabajo consagrada en la Constitución Política y declara, en su inciso 2, que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

En el inciso 2, parte primera, de dicho artículo, establece que “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Por su parte el inciso 3 establece que “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación” y el inciso 4 define que debe entenderse por actos discriminatorios en el ámbito laboral, así expresa que “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”.

En dichos incisos queda por establecido que nuestro legislador reconoció la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en materia laboral y que los actos discriminatorios basados en la raza, color y nacionalidad constituyen un atentado a dichos derechos, es decir, nuestro legislador laboral prohíbe la discriminación por origen racial y nacionalidad.

El inciso 5 del mencionado artículo, confirma que la idea de discriminación, de distinción no es contraria a lo justo ni al derecho, al establecer expresamente que “con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación. Sin embargo en el inciso 6 señala que “sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto, es decir, que “la discriminación arbitraria, carente de justificaciones y basada en prejuicios y en hechos que en definitiva suprimen la igualdad de oportunidades entre las personas sí constituye un atentado a la dignidad del ser humano”⁴⁵.

Del inciso 8 del mencionado artículo 2, se infiere que la prohibición de discriminación laboral y de las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren.

El inciso final del artículo en análisis impone la obligación al empleador de 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, es decir, en cuanto a la discriminación laboral se prohíbe en todas sus manifestaciones, dentro de la relación laboral propiamente tal.

⁴⁵ Gamonal Contreras Sergio. Op.cit. Pág 24.

En cuanto a este punto, nos referiremos al tratar el la discriminación laboral por origen racial y nacional, pero queremos puntualizar para finalizar este capítulo, en que el derecho a lo no discriminación como derecho fundamental, constituye tanto un mecanismo de protección, como un límite al poder empresarial, por lo tanto, es posible afirmar que en conformidad a las normas constitucionales y en particular de acuerdo al inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, los derechos fundamentales actúan, en nuestro sistema jurídico-laboral, como verdaderos ejes modeladores y conformadores de la idea de la ciudadanía en la empresa.

CAPITULO TERCERO.
LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR ORIGEN RACIAL Y NACIONALIDAD.

3.1. Ideas generales.

Aunque se distinga poco, es en el contexto del empleo, en que la situación de marginación, discriminación o comportamientos xenófobos, a personas procedentes de culturas minoritarias, se reflejan en mayor número, y con mayor frecuencia vemos situaciones de rechazo y abuso.

La gravedad y perversidad de este hecho se enfatiza cuando sabemos que esos procesos de discriminación tienen lugar, tanto en el espacio de desempeño laboral propiamente dicho, como en los momentos previos de acceso al mismo o en la terminación de la relación laboral.

“La discriminación étnica y racial también está, en la base de los sentimientos xenofóbicos en los países de la región. El desprecio por el otro-racial se transfiere más tarde al otro-extranjero, sobre todo si no es blanco y migra desde países caracterizados por una mayor densidad de población indígena, afrolatina o afrocaribeña. Al igual que en Europa, estos sentimientos xenofóbicos pueden exacerbarse o revitalizarse si aumenta la masa de desplazados entre fronteras, sea por razones económicas o expulsados por conflictos bélicos; y sobre todo cuando las migraciones internacionales, que presionan sobre mercados laborales, ya restringidos en los países receptores. Tal es el caso en la percepción que los chilenos tenemos de los peruanos, los argentinos de los bolivianos, los venezolanos, de los colombianos, los dominicanos, de los haitianos, los mexicanos de los guatemaltecos y, en general, los norteamericanos respecto de los centroamericanos, caribeños y colombianos”⁴⁶.

“La discriminación por motivos de raza o etnia implica una operación simultánea de separación y jerarquización: el otro racial o étnico es juzgado como diferente, y a la vez como inferior en jerarquía, cualidades, posibilidades y derechos”⁴⁷.

⁴⁶ Hopenhayn Martín y Bello Álvaro: “Tendencias generales, prioridades y obstáculos en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. América latina y el caribe”. Seminario regional de expertos para América latina y el caribe sobre medidas económicas, sociales y jurídicas para luchar contra el racismo, con referencia especial a los grupos vulnerables, octubre-2000. Disponible en <http://www.eclac.cl/prensa/noticias/comunicados/0/5550/xeno.pdf>. Pág. 2. Fecha 10 de abril de 2008.

⁴⁷ Ibid.

3.2. Hacia un concepto de discriminación laboral por origen racial y nacionalidad.

“Las prácticas discriminatorias y segregacionistas están inspiradas en la idea de separar y distinguir una cosa de otra. Sin embargo, ambas prácticas incorporaron, no sólo la diferenciación, sino también la idea de hacer inferiores a determinadas personas o colectividades por motivos que pueden ser raciales, religiosos, políticos, etc. Cuando estas prácticas son de naturaleza racista, se observan estos conceptos: por una parte, la segregación, que mantiene a cierto grupo racial a distancia de otros, reservándole espacios propios, que sólo pueden abandonar en determinadas condiciones; por otra, la discriminación que impone un trato diferenciado en diversos ámbitos de la vida social, llegando hasta la humillación”⁴⁸.

Antes que señalemos un concepto propiamente de discriminación laboral por origen racial y nacionalidad es necesario referirse brevemente a los términos de racismo y xenofobia.

“Él termino Raza, se utiliza en la cultura occidental desde el momento del primer encuentro con pueblos de características externas diferentes. Desde entonces, hasta la segunda mitad de siglo XX se establece una jerarquía entre las " razas" basándose en diferencias observables: el color de la piel, la forma del cráneo, del cabello, la estructura física. A partir de ahí comienza el postulado de la existencia de diferentes razas; clasificando de esta manera los grupos humanos, por sus características biológicas en superiores e inferiores”⁴⁹.

⁴⁸ Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe: Desigualdades entrecruzadas: Pobreza, género, etnia y raza en América Latina, Santiago – 2004. Pág. 37.

⁴⁹<http://www.sodepaz.org/construyendolapaz/Construyendo%20la%20paz/Racismo%20y%20Xenofobia.html>. Fecha 07 de mayo de 2008.

“Del concepto raza surge el término racismo que defiende la diferencia racial y supremacía de unos pueblos sobre otros. Este calificativo, hoy se refiere a cualquier actitud o manifestación que reconoce o afirma tanto la inferioridad de algunos colectivos étnicos, como la superioridad del colectivo propio. También se considera como racismo, la justificación de la diferencia racial. Pues en la actualidad, el uso del concepto "Raza" carece ya de sentido, como lo confirman los científicos de la biología molecular y los genéticos del proyecto Genoma humano, no existen diferencias genéticas”⁵⁰. Lo que conlleva, al desuso del concepto de raza.

“La xenofobia es uno de los prejuicios con recelo, odio, fobia y rechazo contra los grupos étnicos diferentes, cuya fisonomía social y cultural se desconoce. En la última década de siglo XX se manifiesta muy agresivamente, en todas las sociedades y en lugares donde cohabitan diferentes grupos étnicos, que no están ni mezclados, ni integrados en las comunidades autóctonas. Al igual que el racismo, la xenofobia es una ideología del rechazo y exclusión de toda identidad cultural ajena a la propia. Se diferencia del racismo por proclamar la segregación cultural y acepta a los extranjeros e inmigrantes solo mediante su asimilación sociocultural”⁵¹.

“La xenofobia se basa en los prejuicios históricos, lingüísticos, religiosos, culturales, e incluso nacionales, para justificar la separación total y obligatoria entre diferentes grupos étnicos, con el fin de no perder la identidad propia. Combinando estos prejuicios con el poder económico, social y político la xenofobia de la mayoría, rechaza y excluye los extranjeros, inmigrantes a la medida que ve en ellos un competidor por los recursos existenciales. La crisis socioeconómica, en la mayoría de los países europeos, en los últimos años, ha multiplicado los actos xenófobos que van desde las pintadas, pancartas, folletos, discursos y campañas, hasta los actos de violencia como, las agresiones individuales y colectivas, incendios provocados, linchamientos, matanzas

⁵⁰Ibid.

⁵¹Ibid.

y limpieza étnica. A menudo los medios de comunicación insisten en las diferencias culturales, presentando las costumbres y los actos culturales ajenos como cosas raras y sorprendentes. De esa manera también fomentan hostilidad, se impulsa la xenofobia contra los extranjeros, (africanos, asiáticos o latinoamericanos), y se potencia la exclusión y rechazo”⁵².

En las Naciones Unidas, no existe ninguna definición del término racismo propiamente tal. En el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, se limita a definir solamente la “discriminación racial”, estableciendo que, dicha expresión, “denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivo de raza, color, linaje u origen nacional o étnica 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 la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. “

“Esta visión muy amplia conduce, en el terreno práctico, a hacer del racismo una especie de cajón de sastre, donde se encuentra todo lo que tiene por objeto o por efecto destruir o comprometer el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en los ámbitos político, económico, social y cultural, o en cualquier otro ámbito de la vida pública”⁵³.

Por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente y la definición de discriminación laboral que da la OIT en el Convenio N° 111, señalada en el capítulo

⁵²<http://www.sodepaz.org/construyendolapaz/Construyendo%20la%20paz/Racismo%20y%20Xenofobia.html>. Fecha 07 de mayo de 2008

⁵³ Labelle Micheline: Un léxico del racismo: estudio sobre las definiciones operativas relativas al racismo y a los fenómenos conectados. Disponible en: http://www.foromadrid.org/docs/comisionestrabajo/LCRX/docs/docs_10_09_CLCRX_LexicoRacismo_castellano.pdf. Pág.1. Fecha: 15 de abril de 2008.

anterior, podemos indicar, que **cuando dos individuos igualmente productivos son tratados de forma diferente debido a su raza o nacionalidad, cuando la raza o nacionalidad no tienen en sí misma un efecto sobre la productividad, estamos presente ante una discriminación laboral por origen racial o nacionalidad.**

3.3. La discriminación laboral por origen racial.

3.3.1. En América Latina y el Caribe.

“Los pueblos indígenas representan el 10% de la población de la región y sus niveles de ingreso, al igual que sus indicadores de desarrollo humano como la educación y las condiciones de salud, han quedado sistemáticamente a la zaga, en relación, al resto de la población. En toda América Latina, los indígenas ganan menos que las personas no indígenas y la proporción de la inequidad en materia de ingresos entre personas indígenas y no indígenas, atribuible a la discriminación en el mercado laboral, es alta. Los ingresos provenientes del trabajo, representan alrededor del 80% del ingreso total de los hogares en América Latina y el Caribe, o sea, gran parte de los ingresos familiares, depende del mercado laboral y de sus principales factores determinantes, que son el capital educacional y la cantidad de miembros ocupados en el hogar. Sin embargo, los Indígenas y afrodescendientes enfrentan dificultades para acumular capital humano y por consiguiente, sufren consecuencias negativas en su inserción laboral y en sus ingresos”⁵⁴.

3.3.1.1. En cuanto a la ocupación: Gran parte de los Indígenas de América Latina se encuentra empleado en ocupaciones vulnerables y precarias. En Bolivia el

⁵⁴ Pichunman Cortés Marco: Discriminación laboral por condición Étnica: una revisión de la literatura, diciembre de 2007. Disponible en <http://www.trabajoyequidad.cl/documentos/temp/discriminacionetnica.pdf>. Pág. 1. Pág. 4. Fecha 15 de marzo de 2008.

67% de los empleos precarios y el 28% de los empleos semicalificados los ocupan indígenas. En Brasil los jóvenes negros de 16 a 24 años en situación de empleo precario, superaron el 70% y la situación de precariedad de los trabajadores negros, fue mayor a los trabajadores blancos en todos los años comprendidos entre 1992 y 2001”⁵⁵.

3.3.1.2. En cuanto al salario: “En el caso de Bolivia, la media de ingresos laborales para personas no indígenas es un 30% superior que los indígenas, esta diferencia aumenta a 38% en el área rural. En países con poblaciones indígenas o afro descendientes, las diferencias salariales, son considerables, los ingresos de estos grupos equivalen a la mitad de sus contrapartes “blancos” en Bolivia, Brasil y Guatemala. En las zonas rurales de México, los varones indígenas, tienen probabilidades menores de ser asalariados que los no indígenas. La disparidad salarial entre ambos grupos se sitúa en torno al 15% en los empleos asalariados en el sector de la agricultura y al 35% en el empleo por cuenta propia. En ambos casos, las personas que no son indígenas, se encuentran en una situación más favorable que los indígenas. En Ecuador, casi la mitad de la disparidad de ingresos entre trabajadores indígenas y no indígenas, así como entre mujeres y varones, obedece al nivel de educación y la mitad, a la discriminación”⁵⁶.

3.3.1.3. En cuanto al Desempleo: “Existen brechas sistemáticas en los índices por raza y escolaridad. En Brasil el desempleo osciló entre 6% y 9% de la población económicamente activa entre 1992 y 2001, siendo estos porcentajes para mujeres y negros sistemáticamente mas altos que para hombres y blancos En Perú, los ingresos totales del mercado laboral de las mujeres y hombres indígenas representan un tercio de los ingresos de los

⁵⁵ Ibid. Pág. 6

⁵⁶ Ibid.

trabajadores no indígenas empleados en la agricultura. Por ejemplo en Bolivia, las trabajadoras barrenderas de los municipios mayoritariamente indígenas ganan la mitad de los hombres en el mismo trabajo porque se supone que cuentan con los ingresos del esposo”⁵⁷.

3.3.1.4. Informalidad: “La salarización formal como característica propia del proceso modernizador, queda fuera del alcance de los grupos indígenas que recién se instalan en la ciudad, esto debido a su menor escolaridad relativa y la escasa o nula preparación para enfrentar las demandas de la estructura productiva. En Guatemala el año 1989 el 83% de los indígenas trabajaba en el sector informal mientras que sólo el 54% de los no indígenas lo hacía en el mismo sector”⁵⁸.

3.3.1.5. En cuanto al Perfil Ocupacional: “El perfil ocupacional de los indígenas es difícil de determinar, dada la escasez de información sobre el tema. No obstante cabe suponer que ellos ocupan nichos similares a los inmigrantes no indígenas. En México, Guatemala, Perú y Chile, por ejemplo, hay una cierta segregación de los Indígenas en empleos y ramas específicas, como en el comercio (muchas veces informal), el trabajo por cuenta propia y el servicio doméstico en el caso de las mujeres. En el caso de los hombres indígenas el principal nicho ocupacional se encuentra en el trabajo asalariado, preferentemente en la agricultura (para los hombres indígenas rurales) y en actividades asociadas a la industria, comercio y construcción para los indígenas urbanos. En Perú, aunque el porcentaje de afro descendientes que no forman parte de la población económicamente activa es mayor que la cifra correspondiente al país en su conjunto, el porcentaje de afro peruanos que trabajan en el sector formal es mayor que el correspondiente al resto de la

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid. Pág. 6 y 7

población. Sin embargo, hay un alto grado de segregación ocupacional, ya que 40% de los afro descendientes tiene empleos poco especializados (servicios de baja calificación)⁵⁹.

3.3.2. En estados Unidos:

A 150 años del fin de la esclavitud, aún existen diferencias sustanciales entre personas blancas y negras en desempleo, salario, salud, mortalidad y encarcelación (OIT, 2003). A pesar de la promulgación de leyes de derechos civiles y de las conferencias y convenciones mundiales que se ocupan de los derechos humanos y de la eliminación del racismo, la discriminación racial sigue ocurriendo en muchas áreas de la vida pública, como en la publicidad, el empleo, la venta y alquiler de propiedades, el suministro de bienes y servicios y el acceso a los lugares públicos. Comúnmente, la discriminación racial en las prácticas empresariales, en las escuelas y en otros lugares públicos tiende a ser sutil y, en cierta medida, a permanecer oculta dentro del funcionamiento de las fuerzas establecidas y respetadas de la sociedad.

La discriminación racial es un problema social profundamente arraigado en Estados Unidos. La población negra y otras minorías étnicas se encuentran en el nivel inferior de la escala social estadounidense. De acuerdo con las estadísticas publicadas por la Oficina de Censos de Estados Unidos en agosto de 2007, los ingresos medios anuales de las familias negras se situaron en los 31.969 dólares en 2006, cifra que representaba el 61% de los de las familias blancas. Por su parte, los ingresos medios

⁵⁹Ibid. Pág. 7

anuales de las familias hispanas alcanzaron los 37.781 dólares en el mismo período, cifra que suponía el 72% de los de las familias blancas.⁶⁰

La proporción de los afroamericanos e hispanos que viven en pobreza y carecen de seguro médico es mucho más elevada que la de los blancos. En 2006, la tasa de pobreza entre los ciudadanos de color era del 24,3%, tres veces la registrada del 8,2% entre la población blanca, mientras que la entre los hispanos era del 20,6%, más de dos veces la entre los blancos. En 2006, el porcentaje de los negros que carecían de seguro médico ascendió del 19% del año anterior al 20, 5%.

En Estados Unidos, las minorías étnicas han sido objeto de discriminación al tratar de conseguir un empleo y en sus puestos de trabajo. De acuerdo con las estadísticas dadas a conocer por el Departamento de Trabajo en noviembre de 2007, la tasa de desempleo entre los hispanos fue del 5,7%, mientras la de los afroamericanos se situó en el 8,4%, cifra que duplica la registrada del 4,2% entre la población blanca.⁶¹

Una encuesta del Centro de Investigación Pew, realizada en 2007 muestra que un 67% de los encuestados negros consideraban que esta minoría todavía se enfrentaba a problemas de discriminación a la hora de solicitar un empleo.⁶² Según estadísticas dadas a conocer por la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el

⁶⁰ Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2006, Oficina de Censos. Disponible en : <http://josejavierleon.blog.com.es/2008/03/23/sobre-la-discriminacion-racial-3926013>. Fecha 6 de mayo de 2008.

⁶¹ The Employment Situation: noviembre de 2007, publicado por el Departamento de Trabajo de Estados Unidos el 7 de diciembre de 2007. Disponible en: <http://www.bls.gov> . Fecha 6 de mayo de 2008.

⁶² As Black Middle Class Rises, Underclass Falls Still Further, The Baltimore Sun, 3 de diciembre de 2007. Disponible en: <http://josejavierleon.blog.com.es/2008/03/23/sobre-la-discriminacion-racial-3926013>. Fecha 6 de mayo de 2008.

Empleo de Estados Unidos, de las 75.768 denuncias que recibió el año 2006, un total de 27.328, o el 35,9%, estaban relacionadas con casos de discriminación racial.⁶³

En 2007, la empresa estadounidense de ropa deportiva Nike alcanzó un acuerdo tras recibir una demanda colectiva, en la que cuatro ex trabajadores negros de la tienda Niketown de Chicago, en nombre de los 400 empleados negros, acusaron al gerente de la tienda de utilizar insultos con connotaciones raciales para referirse a los trabajadores y clientes de color, además de destinar a los empleados negros a los trabajos peor remunerados y realizar acusaciones infundadas de supuestos robos contra estos trabajadores, así como exigir al personal de seguridad de la tienda que vigilara a los empleados y clientes negros.⁶⁴

En marzo del mismo año, se presentó otra querrela colectiva contra “Walgreen”, la mayor cadena de farmacias de Estados Unidos, en la cual se sostenía que la compañía practicaba una discriminación racial generalizada contra miles de trabajadores negros. Asimismo, se acusó a la empresa de realizar decisiones sobre la asignación de responsabilidades y los ascensos sobre la base de consideraciones raciales.⁶⁵

Por lo tanto, el problema de la discriminación por origen racial en Estados Unidos, constituye actualmente una pretensión, dentro del sistema legal, ya que, pese a todas las luchas que se han llevado a cabo, tanto por organizaciones nacionales como por los organismos internacionales, continúa existiendo la discriminación en todos los ámbitos sociales.

⁶³ Charges Statistics FY 1997 Through FY 2006. Disponible en: http://www.eeoc.gov/stats_charges.html. Fecha 6 de mayo de 2008.

⁶⁴ ABC News, 31 de julio de 2007. Disponible en: <http://josejavierleon.blog.com.es/2008/03/23/sobre-la-discriminacion-racial-3926013>

⁶⁵ CBS, <http://cbs2chicago.com>

3.3.3. En la Unión Europea:

En año 2005, se publicó el informe del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia⁶⁶, que por primera vez abarcó los 25 países miembros de la Unión Europea, este informe logró determinar que el racismo y la discriminación, en dichos países, no es situación menor, ya que, pese a todos los mecanismos que se han creado para terminar con la discriminación a nivel comunitario, el racismo y la xenofobia presentan lamentablemente un aumento.

Según este informe, en materia laboral, los trabajadores inmigrantes de África, Oriente Próximo, Asia y América Central y del Sur experimentan una gran discriminación, como sucede también con el pueblo gitano y con los inmigrantes llegados de Rusia y Ucrania y los musulmanes.

“Por ejemplo en Suiza, los extranjeros llegan a ganar hasta 40% menos que los suizos. El Servicio de Lucha contra el Racismo, dependiente del Ministerio del Interior, juzga que la situación es intolerable y pretende que tanto los empleadores como los políticos y los propios trabajadores encuentren los medios para oponerse al racismo en la empresa.”⁶⁷

Una cuarta parte de los trabajadores en Suiza son extranjeros y aumenta el número de jóvenes nacidos en Suiza, con ascendencia extranjera. Estas personas pueden sufrir discriminaciones, si se comparan los salarios, por ejemplo, puedo ver que los ciudadanos de Europa Central y Oriental perciben 20% menos de salario que los suizos, y los originarios de África 42% menos. Esta diferencia, se debe en parte a la discriminación y además, a la nula prohibición, de discriminar dentro de la empresa, aún

⁶⁶ <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10411.htm>

⁶⁷ <http://www.swissinfo.ch/spa/Swissinfo.html?siteSect=105&sid=1828218>

a pesar de la existente enmienda constitucional que proscribe el racismo en los ámbitos públicos tales como los libros, los diarios, o las aulas escolares.

En España, la situación no es muy distinta, en el ámbito laboral, se advierte que el desempleo de la población extranjera, es provocada por la discriminación racial, además, una vez que un extranjero logra obtener un empleo, estos empleos son en condiciones precarias. Por ejemplo, el 45% de los gitanos dice haber sido discriminados en el trabajo o en el ambiente de estudio.

En otros ámbitos sociales, existen diferencias a la hora de buscar un alojamiento, lo que provoca un “círculo vicioso de segregación y exclusión social”. Existen “anuncios xenófobos” en la prensa donde “se niega el alquiler o la venta de pisos a gente porque son extranjeros”. Según estudios recientes, el 72% de los africanos, el 40% de los latinoamericanos y el 25% de los europeos del este dicen que han sufrido “reacciones prejuiciosas” en la búsqueda de alojamiento.

En algunos Estados miembros de la Unión Europea, los musulmanes soportar con frecuencia unas elevadas tasas de desempleo. Por ejemplo, en el Reino Unido las tasas de desempleo entre los musulmanes son mayores que entre las personas de cualquier otra religión, ya sean hombres o mujeres.

“En Irlanda, el censo de 2002 reveló que el 11 % de los musulmanes estaban desempleados, frente a una media nacional del 4 %. Los análisis de la discriminación indican que los musulmanes sufren discriminación y tienen menores oportunidades de empleo. Por ejemplo, en el Reino Unido, un programa de radio producido por la BBC en 2004 realizó un ejercicio consistente en enviar a 50 empresas solicitudes de seis candidatos ficticios con nombres que sugerían claramente un origen británico, africano o musulmán. Los candidatos blancos tuvieron una probabilidad mayor (25 %) que los candidatos negros (13 %) de ser invitados a una entrevista, mientras que los

musulmanes fueron los que menos éxito tuvieron (9 %). En Francia, en 2004, la Universidad de París envió varios modelos de curriculum vitae atribuible a distintos grupos étnicos en respuesta a 258 anuncios de puestos de trabajo para vendedores. Observaron que una persona procedente de África del Norte tenía una probabilidad cinco veces menor de recibir una respuesta positiva.”⁶⁸

3.3.4. A nivel nacional.

“Desde la formación del Estado chileno, un conjunto de leyes ha caracterizado la política estatal hacia las culturas originarias. En general, ha imperado una concepción asimilacionista, es decir, la que busca integrar e incluir al indígena en los patrones culturales de la modernización de sello europeo-occidental. La modernización impulsada por el Estado que se expresa en políticas hacia las culturas originarias, en general ha sido de la lógica de la integración a la nación chilena, sin contemplar sus creencias, lengua y formas organizativas. Desde esta perspectiva, para los pueblos originarios, la modernización ha sido, generalmente un proceso de integración a una cultura distinta, con códigos, símbolos, creencias y religiosidad diferente. En la práctica, ha sido ingresar a los códigos de la etnodiscriminación”⁶⁹.

“Los indígenas urbanos de la Región Metropolitana constituyen aproximadamente el 50% de la población indígena chilena. La gran mayoría se encuentra en la capital, buscando mejores condiciones de empleo y de vida para ellos y sus familias. Para los indígenas urbanos, la discriminación que sufren es aún más fuerte que la sufrida por otros indígenas en regiones. Esto se debe al fuerte arraigo

⁶⁸ <http://www.funci.org/es/2007/02/17/crece-el-rechazo-a-los-musulmanes/>

⁶⁹ Fundación Ideas: Manual Tolerancia y no discriminación, primera edición, LOM Ediciones, febrero de 2003. Pág. 10.

cultural prejuicioso, que existe en la sociedad dominante de la capital, con respecto a las personas descendientes de pueblos originarios”⁷⁰.

Según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2006 (en adelante CASEN), “la población que se auto identifica como perteneciente a pueblos indígenas alcanza a 1.060.786 personas, lo que equivale a 6,6% de la población del país. La mayor parte de la población indígena vive en las ciudades (69,4%) evidenciando un aumento respecto al año 1996 (51,7%); su principal lugar de residencia es la Región Metropolitana (27,1%) seguido de la Araucanía (23,9%) y la Región de los Lagos (14,7%)”⁷¹.

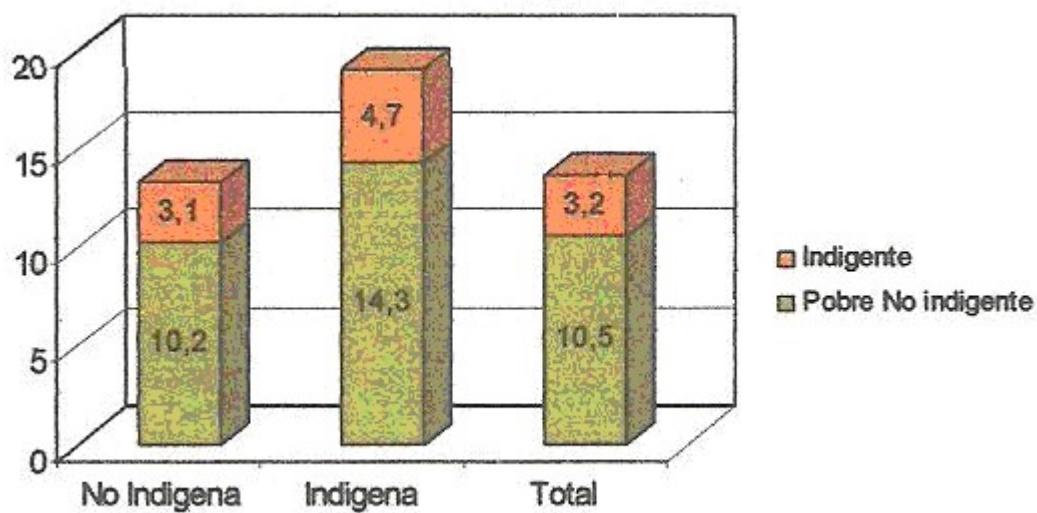
“La pobreza es mayor para la población indígena (19%) que para la no indígena (13,3%) pero ésta ha disminuido más rápidamente para los indígenas, existiendo una brecha de 5,7 puntos porcentuales el año 2006”⁷².

Figura 1. Pobreza entre la población indígena y no indígena 2006 (%).

⁷⁰ Ibid. Pág. 33-34.

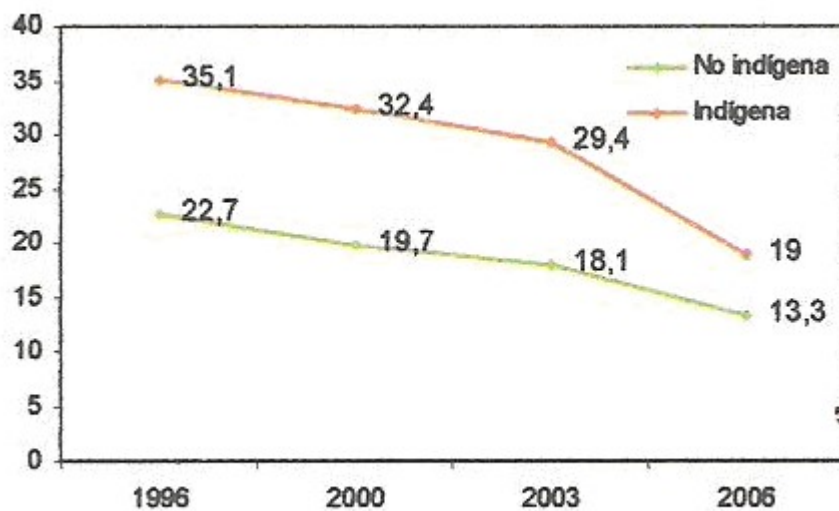
⁷¹ Pichunman Cortés Marco. Op Cit. Pág. 9

⁷² Ibid.



FUENTE: MIDEPLAN, 2007.

Figura 2. Evolución de la pobreza indígena y no indígena 1996-2006 (%)



FUENTE: MIDEPLAN, 2007.

“El analfabetismo aún es alto entre la población indígena del país (6,8%) llegando a 13,4% en zonas rurales, esto es comparable con países como Ecuador (7%),

México (7,4%) y Perú (8,4%).¹ Hay un menor promedio de años de escolaridad pero la brecha se reduce respecto al resto de la población. La proporción de población indígena con educación superior completa (5,0%) es la mitad de la no indígena (12,4%)⁷³.

“Desde 1996 al 2006, prácticamente han desaparecido las brechas de cobertura para la educación pre-escolar, básica y media entre la población indígena y no indígena. Sin embargo se mantiene una brecha considerable en Educación superior (11,6%)⁷⁴.

3.3.4.1. En cuanto a la participación laboral: “La tasa de participación laboral de la población indígena (56,8%) y no indígena (57,3%) crece desde 1996 y no se advierte diferencia entre ambas. La cantidad de ocupados indígenas con contrato es de 76,9% y de no indígenas 79,9%; indígenas ocupados que se encuentran cotizando 73,5% en relación a 81,1% de los no indígenas. Se observa una tendencia a aumentar la formalización de los ocupados indígenas y no indígenas⁷⁵.

3.3.4.2. En cuanto al salario: Según la encuesta CASEM de 2006 “El salario promedio de la población indígena el año 2006 es un 27,8% menor que la población no indígena. Siendo mayor esta brecha en zonas urbanas. Estas brechas son menores a las de año 2003 (29,4%) y las del 2000 (38,5%)⁷⁶.

Cuadro 1. Brechas de salario y crecimiento del ingreso entre población indígena y no indígena 2003-2006 (%).

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

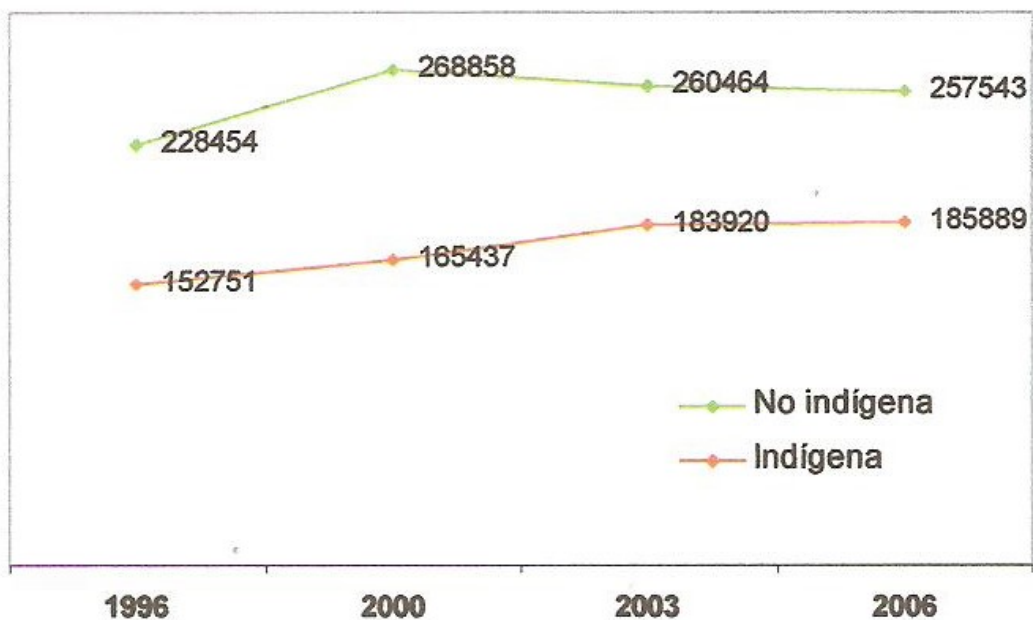
⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

	Brecha de salario		Crecimiento del Ingreso	
	2003	2006	Indígena	No Indígena
Urbana	26,4	26,2	6,8	6,5
Rural	19,2	18,1	22,2	20,5
Total	29,4	27,8	9,6	7,2

FUENTE: MIDEPLAN, 2007.

Figura 3. Salarios promedio de la población indígena y no indígena 1996-2006. (Pesos de noviembre de 2006).



FUENTE: MIDEPLAN, 2007.

“Las mayores diferencias salariales se producen en el sector financiero (CASEN, 2000). Ahí los ingresos promedio de los ocupados indígenas representan un 40% del promedio de ingreso que perciben los no indígenas”⁷⁷.

Cuadro 2. Ingreso promedio de la población indígena y no indígena, según sexo y rama de actividad económica

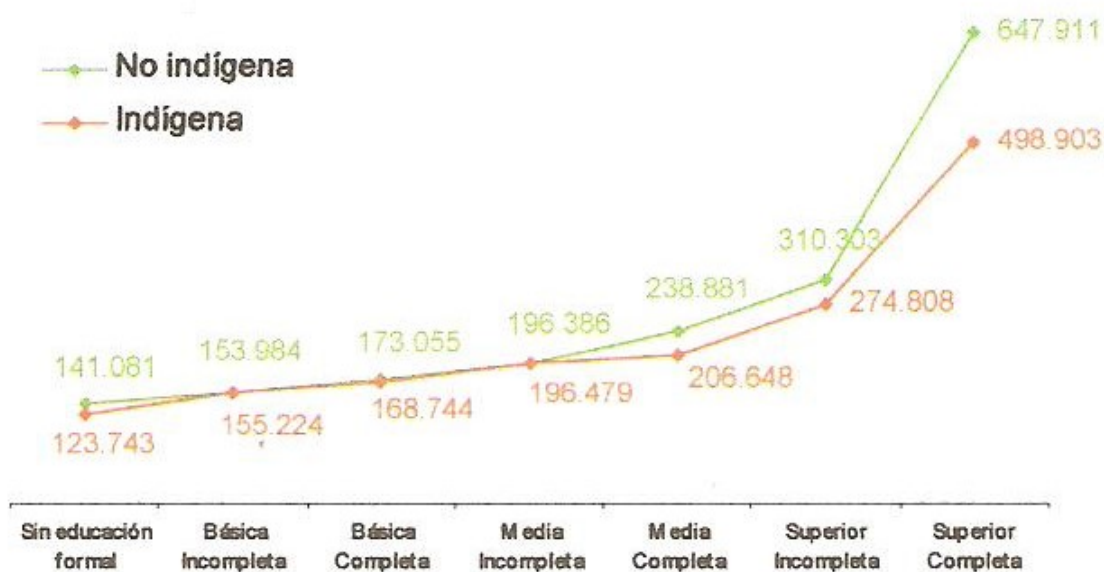
Rama de actividad		Población Indígena	Población no indígena	Total
Hombre	Agricultura, caza, silvicultura y pesca	122.912	246.690	236.739
	Explotación de minas y canteras	406.955	501.587	500.361
	Industria manufacturera	234.754	355.684	350.627
	Electricidad, gas y agua	251.620	357.879	356.140
	Construcción	185.800	254.910	251.825
	Comercio por mayor y menor	184.968	331.132	325.747
	Transporte, almacenamiento y comunicaciones	305.995	312.860	312.641
	Establecimientos financieros, seguros, bienes inmuebles	250.198	764.254	754.660
	Servicios comunales, sociales y personal	247.373	355.103	352.063
Total	192.410	349.645	342.932	
Mujer	Agricultura, caza, silvicultura y pesca	88.776	140.748	137.520
	Explotación de minas y canteras	158.753	573.918	571.049
	Industria manufacturera	122.710	207.439	204.006
	Electricidad, gas y agua	87.717	200.741	199.809
	Construcción	69.348	301.298	295.915
	Comercio por mayor y menor	166.144	210.351	208.714
	Transporte, almacenamiento y comunicaciones	163.514	328.261	320.603
	Establecimientos financieros, seguros, bienes inmuebles	215.375	303.595	302.523
	Servicios comunales, sociales y personal	130.865	209.195	206.517
Total	137.782	218.840	215.983	

Fuente: MIDEPLAN a partir de Casen 2000.

⁷⁷ Ibid. Pág. 11

“A partir de la educación media completa se aprecia una brecha significativa entre los ingresos que obtienen la población indígena respecto a la no indígena, siendo esta mayor para la educación superior completa”⁷⁸.

Figura 4. Salarios promedio de la población indígena y no indígena según nivel de educación alcanzado.



FUENTE: MIDEPLAN, 2007.

⁷⁸ Ibid. Pág. 12

3.4. Reconocimiento normativo del principio a la no discriminación en el empleo por origen racial.

Los siguientes instrumentos han sido seleccionados en razón de que representan esfuerzos para evitar la discriminación laboral hacia los pueblos indígenas. Dividiremos dichos documentos en su aplicabilidad a nivel nacional e internacional

3. 4.1. A nivel nacional.

- 3.4.1.1. Artículo 1, 19 N° 2 y 19 N° 16 de la CPR: Dichas normas constitucionales fueron tratadas en el capítulo anterior.
- 3.4.1.2. Artículo 2 del Código del Trabajo: Al igual que las normas constitucionales anteriormente señaladas, el artículo 2 de CT fue analizado extensamente en el capítulo anterior.
- 3.4.1.3. “Ley Indígena N° 19.253”⁷⁹: La Ley Indígena recogió parcialmente los planteamientos hechos por las comunidades y organizaciones indígenas en más de 2.000 encuentros sectoriales, comunales y regionales que culminaron con el Congreso Nacional de los Pueblos Indígenas de Chile, realizado en Temuco entre el 16 y 18 de enero de 1991. Ley Indígena fue publicada en el diario Oficial el 5 de Octubre de 1993.

“La ley, tiene como característica principal, el hecho de que en la legislación se introduce por primera vez el principio del Estado al servicio de las etnias, algo absolutamente extraño a las políticas estatales indígenas anteriores, conservando su diversidad. En la ley se consagra que la costumbre constituye derecho, tratándose de juicios entre

⁷⁹ LEY-19253. Disponible en: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/30620.pdf>. Fecha 22 de mayo de 2008.

indígenas, y se establece la legalidad de un idioma distinto al castellano para los procedimientos judiciales, debiendo el juez asesorarse con un interprete en esta materia. La ley también creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), con la finalidad de proteger las culturas y pueblos indígenas de acciones y conductas discriminatorias, despreciativas y desvalorizadoras, deberá velar por erradicar cualquier signo de discriminación existente en el Estado y la sociedad chilena”⁸⁰.

En el artículo 8, señala que “se considerará falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura. El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales”. Sin embargo, “los pocos casos que se han llevado a los Juzgados de Policía Local, al menos en la Región Metropolitana no solo no han tenido sanciones, sino que los jueces, se han declarado incompetente para tratar tales asuntos. Pero el tema de la discriminación por origen racial, es un tema que no sólo afecta a los indígenas urbanos, sino a todos los indígenas del país. Al respecto, el proyecto de Ley original, proponía establecer, el delito de Ofensa Cultura, que tiene por objeto proteger a las culturas y pueblos indígenas de la mirada discriminatoria, despreciativa y desvalorizadora de la sociedad global”.⁸¹

La discriminación racial debe ser uno de los problemas más importantes de la población indígena urbana, ello no significa que los indígenas rurales no la sufran.

⁸⁰ Fundación Ideas. Op. Cit Pág. 37.

⁸¹

http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_i/pueblos/v3_t1_informe_indigenas_urbanos-5_.html

Perfeccionar la Ley Indígena en todos aquellos ámbitos que tenga debilidades, así como otros cuerpos legales intermedios, que sin estar relacionados con el tema indígena afecta a los indígenas, como ejemplo la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, o la de Municipalidades, entre otras. Entre unas de las formas que ayudarían superar la discriminación racial si se ratificara el Convenio 169 de la OIT, sobre todo lo relacionado con la discriminación laboral de los indígenas. Otra forma de avanzar en el tema para superar la discriminación es exigiendo la aplicación de la Convención sobre la Discriminación racial, cuyo artículo 14 fue ratificado por Chile en el año 1993, que otorga facultades al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial CERD, para conocer casos individuales y grupales de discriminación racial, en los países que han ratificado la convención

Otras reformas importantes que mejorarían la equidad en la aplicación de la ley indígena, dicen relación con transformar la Oficina de Asuntos Indígenas de Santiago en una Subdirección de la CONADI en la Región Metropolitana, que atienda la Macro Región Central. Del mismo modo incorporar como beneficiarios del Fondo de Desarrollo Indígena, a los Indígenas Urbanos y Migrantes. Debe crearse un instrumento similar al Fondo de Tierras y Aguas, pero que diga relación con los intereses de los indígenas urbanos, ya sea para adquirir bienes de capital y /o servicios, destinados a microempresarios, Asociaciones, grupos o personas individuales.

Finalmente un comentario de carácter general que tiene que ver con la aplicación de la ley indígena en los centros urbanos. Si bien la ley indígena, es de reconocida tendencia ruralista, hay en ella un cuerpo de normas que han permitido el desarrollo de planes y programas en diversos

ámbitos, que constituyen un avance significativo en la materia, pero que podría mejorar sustancialmente con algunas modificaciones en términos de crear los instrumentos adecuados para atender a la realidad económica, cultural, y social de los indígenas urbanos.

3.4.1.4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁸².

Dicha Convención fue adoptada y abierta a la firma, ratificación o adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución N° 2.106 A (XX), de 21 de Diciembre de 1965, entrando en vigor desde el 4 de enero de 1969. Chile la ratificó dicha entrando en vigencia para nuestro país el 19 de noviembre de 1971.

En sus considerados los Estados partes proclaman fundamentalmente como bases de la Convención los siguientes puntos:

- a. Cualquier doctrina de diferenciación racial o superioridad es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa; no tiene justificación ni en teoría ni en práctica.
- b. La discriminación racial y demás políticas gubernamentales basadas en superioridad racial u odio – violan los derechos humanos fundamentales, ponen en peligro las relaciones amigables

⁸² Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Op. Cit.

entre las personas, la cooperación entre naciones y la paz y seguridad internacional. La discriminación racial hace daño no solamente a las personas que son discriminadas, pero también a quien la practica. Uno de los principios fundamentales de las Naciones Unidas es una sociedad mundial libre de segregación racial y discriminación pues son factores que crean odio y división.

c. Los Estados Partes garantizan:

1. El compromiso de no actuar o practicar discriminación racial contra individuos, grupos de personas o instituciones, y asegurar que las autoridades públicas e instituciones realicen lo mismo.
2. No auspiciar defender o apoyar discriminación racial por personas u organizaciones.
3. Revisar las políticas nacionales y locales del gobierno, así como modificar y prohibir leyes y regulaciones que puedan crear o perpetuar discriminación racial;
4. Prohibir y poner un alto a la discriminación racial de las personas grupos y organizaciones.
5. Promover organizaciones integracionistas y multirraciales, y Movimientos con otros medios para la eliminación de barreras entre razas, así como también la erradicación de toda actividad que tienda a fortalecer la división racial

“Esta convención, tiene presente, en forma expresa, el Convenio N° 111, de 1958, sobre discriminación (empleo ocupación) aprobado por la OIT, y ratificado por nuestro país”⁸³.

Como señalamos al inicio de este capítulo, en el artículo artículo 1º de esta convención se define lo que debe entenderse por “discriminación racial”, diciendo que es una expresión que denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivo de raza, color, linaje u origen nacional o étnica 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 la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

3.4.1.5. Convenio N° 169 de la OIT, sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en País Independientes”.

El Convenio 169 de la OIT, adoptado en la 76 reunión del 7 de junio de 1989, “es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más actualizados sobre la materia, que ha contribuido a un avance sustancial en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas: como el reconocimiento de su carácter de pueblos, el respeto a sus formas de vida y de su desarrollo económico, el derecho sobre sus tierras y territorios”⁸⁴.

⁸³ Harboe Fajardo Cristina y Olivares Robles Estrella. Op. Cit.. Pág. 38.

⁸⁴ Pataka Kayumarrl Aylla Chilca, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Oficina Internacional del Trabajo. Disponible: <http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf>. Pág. 7.

En América Latina, el texto ha sido ratificado por México, Colombia, Guatemala, Venezuela, Brasil, Ecuador, Perú, Bolivia, Argentina, Costa Rica, Paraguay y Honduras. También lo han respaldado Fiji, Noruega, Dinamarca y Países Bajos, entre otros.

El texto fue ingresado al Parlamento por el primer Gobierno de la Concertación en 1990 y había sido aprobado con una votación transversal mayoritaria el 11 de abril de 2000 por la Cámara de Diputados, por lo que sólo restaba el pronunciamiento del Senado. Después de casi 18 años de tramitación en el Congreso, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas fue finalmente aprobado por el Senado, con fecha 04 de marzo de 2008, quedando listo para su promulgación.

El referido convenio consagra en forma expresa el principio a la prohibición de discriminación por origen racial, así se desprende de su artículo 2, número 2, pero para entender con cabalidad lo que quiere decir dicho numeral es necesario revisar el número 1 del mencionado artículo.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas:
 - a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
 - b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su

identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Asimismo en el artículo 3, se establece que:

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.
2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio

En el artículo 4 se expresa que:

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

El Convenio N° 169 en materia laboral, en relación al principio de no discriminación, insta a los gobiernos a adoptar medidas en pro de los pueblos indígenas, en aspectos tales como: protección laboral y condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales, y en aspectos referidos a la seguridad social y la salud, como la cooperación a través de las fronteras.

3.4.1.5.1.1. En cuanto a la Contratación y Condiciones de Empleo: En el artículo 20 N° 2 se establece que: Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

1. acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
2. remuneración igual por trabajo de igual valor;
3. asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
4. derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

Este mismo artículo en su numeral 3, menciona medidas específicas que deberán adoptar los Estados en materia de contratación y condiciones en el empleo y en la letra d), se señala que, “los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de

igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual”.

3.4.1.5.1.2. En cuanto a la Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales: El convenio N° 169 establece en su artículo 21 que” Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos”.

3.4.1.5.1.3. En cuanto a la Seguridad Social y Salud: El mencionado convenio señala en su artículo 24 que “Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna”.

3.4.2. A nivel internacional (no aplicables en Chile).

3.4.2.1. Convenio N° 50 de la OIT, de 1936, sobre “El reclutamiento de Trabajadores Indígenas”.

Se adopto con fecha 20 de junio de 1936 y se encuentra vigente desde el 8 de septiembre del mismo año.

Se establece normas de carácter técnico para el reclutamiento de trabajadores indígenas y ordena a los Estados que lo ratifiquen a reglamentar, de conformidad a sus disposiciones, el reclutamiento de trabajadores indígenas, en cada uno de sus territorios en donde tal reclutamiento exista o pudiere ulteriormente existir.

En el artículo 2 se define los términos de reclutamiento y trabajadores indígenas y en cuanto al último se señala que comprende a los trabajadores que

pertenecen o están asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de los Miembros de la Organización, así como a los trabajadores que pertenecen o estén asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización.

Hasta el día de hoy nuestro país no lo ha ratificado.

3.4.2.2. Convenio N° 64 y 86 de la OIT, de 1936, sobre “Los contratos de trabajo (trabajadores indígenas).

El convenio número 86 se adoptó con fecha 11 de julio de 1947 y se encuentra vigente desde el 13 de febrero del mismo año. En el cual se acogió diversas normas relativas a la reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas.

El convenio número 64 se adoptó con fecha 27 de junio de 1939 y se encuentra vigente desde el 13 de febrero de 1953.

El principal objetivo de los Convenio N° 64 y 86 es mejorar las condiciones de contratación de los trabajadores perteneciente a una raza, igualándolas a los demás trabajadores.

En el artículo 1 número 1 se define lo que debe entenderse por trabajador indígena y señala que “es el trabajador que pertenezca o esté asimilado a la población indígena de un territorio dependiente de un Miembro de la Organización, o que pertenezca o esté asimilado a la población indígena dependiente del territorio metropolitano de un Miembro de la Organización. “

3.4.2.3. Convenios N° 104 de la OIT, de 1955, sobre “La abolición de las Sanciones Penales (trabajadores indígenas).

Se adoptó con fecha 21 de junio de 1955 y se encuentra vigente desde el 7 de junio de 1958.

En el convenio N° 104 se adoptan normas tendientes a abolir sanciones penales, por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas, considerando el mantenimiento de dichas sanciones en una legislación nacional, es contrario no sólo a la concepción moderna de las relaciones contractuales entre empleadores y trabajadores, sino también a la dignidad humana y a los derechos del hombre.

En relación a la discriminación laboral el artículo 5 del referido convenio ordena a los Estados que lo ratifiquen a “...suprimir toda discriminación entre trabajadores indígenas y no indígenas, las sanciones penales relativas al incumplimiento del contrato de trabajo que no estén comprendidas en el artículo 1 del presente Convenio y que no se apliquen a los trabajadores no indígenas, deberán abolirse respecto de los trabajadores indígenas”. Dicha disposición refleja la intención de la OIT de igualar las condiciones laborales de los trabajadores indígenas con respecto a los no indígenas.

3.4.2.4. Declaración sobre la Raza y Perjuicios Raciales(el 27 de noviembre de 1978).⁸⁵

⁸⁵Declaración sobre la raza y los perjuicios raciales, e/cn.4/sub.2/1982/2/add.1, annex v (1982).

Disponible en:

<http://www.bozi-altv.net/documentos/archivos/fichas/d2.doc>. Fecha 18 de mayo de 2008.

Fue aprobada por la Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el 27 de noviembre de 1978, en su XX reunión.

En su preámbulo se manifiesta, en contra de toda discriminación racial, así establece con “la más viva preocupación que el racismo, la discriminación racial, el colonialismo y el apartheid siguen causando estragos en el mundo bajo formas siempre renovadas, tanto por el mantenimiento de disposiciones legislativas y de prácticas de gobierno y de administración contrarias a los principios de los derechos humanos, como por la permanencia de estructuras políticas y sociales y de relaciones y actitudes caracterizadas por la injusticia y el desprecio de la persona humana y que engendran la exclusión, la humillación y la explotación, o la asimilación forzada de los miembros de grupos desfavorecidos.”

Para evitar que se sigan manteniendo dichas practicas, se declara a en su artículo 1 que:

1. Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad.
2. Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de apartheid que constituye la forma extrema del racismo.

Del mismo modo y para evitar situaciones que constituyan discriminación por origen racial, se establece ciertos criterios que ayudan a definir estas practicas, asi lo muestra su articulo 2, al indicar que:

1. Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad.
2. El racismo engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falaz de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables; se manifiesta por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos antisociales; obstaculiza el desenvolvimiento de sus víctimas, pervierte a quienes lo ponen en práctica, divide a las naciones en su propio seno, constituye un obstáculo para la cooperación internacional y crea tensiones políticas entre los pueblos; es contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y, por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales.
3. El prejuicio racial, históricamente vinculado a las desigualdades de poder, que tiende a agudizarse a causa de las diferencias económicas y sociales entre los individuos y los grupos humanos y a justificar, todavía hoy, esas desigualdades, está totalmente desprovisto de fundamento.

Asimismo, muestra en su artículo 9 numero 1, que: “ El principio de la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos y de todos los

pueblos, cualquiera que sea su raza, su color y su origen, es un principio generalmente aceptado y reconocido por el derecho internacional. En consecuencia, toda forma de discriminación racial practicada por el Estado constituye una violación del derecho internacional que entraña su responsabilidad internacional.” En su numeral 2 este mismo artículo dispone: “Deben tomarse medidas especiales a fin de garantizar la igualdad en dignidad y derechos de los individuos y los grupos humanos, dondequiera que ello sea necesario, evitando dar a esas medidas un carácter que pudiera parecer discriminatorio en el plano racial. A este respecto, se deberá prestar una atención particular a los grupos raciales o étnicos social o económicamente desfavorecidos, a fin de garantizarles, en un plano de total igualdad y sin discriminaciones ni restricciones, la protección de las leyes y los reglamentos, así como los beneficios de las medidas sociales en vigor, en particular en lo que respecta al alojamiento, al empleo y a la salud, de respetar la autenticidad de su cultura y de sus valores, y de facilitar, especialmente por medio de la educación, su promoción social y profesional.”

Por último, en su artículo 7, proclama el rol del sistema jurídico, como medida más eficaz para terminar con las prácticas racistas, es así como se establece: “Junto a las medidas políticas, económicas y sociales, el derecho constituye uno de los principales medios de conseguir la igualdad, en dignidad y en derechos, entre los individuos, y de reprimir toda propaganda, toda organización y toda práctica que se inspiren en ideas o teorías basadas en la pretendida superioridad de grupos raciales o étnicos o que pretendan justificar o estimular cualquier forma de odio y de discriminación raciales. Los Estados deberán tomar medidas jurídicas apropiadas y velar por que todos sus servicios las cumplan y apliquen, teniendo debidamente en cuenta los principios formulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esas medidas jurídicas deben insertarse en un marco político, económico y social adecuado

para favorecer su aplicación. Los individuos y las demás entidades jurídicas, públicas o privadas, deberán observarlas y contribuir por todos los medios adecuados a su comprensión y puesta en práctica por toda la población.”

3.4.2.5. Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la Organización de los Estados Americano (OEA).

Fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333a. durante su 95º Período Ordinario de Sesiones.

En su preámbulo se establece que “ los pueblos indígenas de las Américas constituyen un segmento organizado, distintivo e integral de su población y tienen derecho a ser parte de la identidad nacional de los países, con un papel especial en el fortalecimiento de las instituciones del Estado y en la realización de la unidad nacional basada en principios democráticos;”. asimismo se reafirma que es “responsabilidad de los Estados y pueblos de las Américas para terminar con el racismo y la discriminación racial, para establecer relaciones de armonía y respeto entre todos los pueblos”

En su artículo 6 se indica, la necesidad de establecer medidas específicas, en contra de la discriminación, contra los pueblos indígenas, es así como se señala que “Los pueblos indígenas tienen derecho a garantías especiales contra la discriminación que puedan ser requeridas para el pleno goce de los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente, así como a las medidas necesarias para permitir a las mujeres, hombres y niños indígenas ejercer sin discriminación, derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y espirituales. Los Estados reconocen que la violencia ejercida sobre

las personas por razones de género o edad impide y anula el ejercicio de esos derechos.”

En materia laboral, en su artículo 19, reconoce que: “Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno goce de los derechos y garantías reconocidos por la legislación laboral internacional y nacional, y a medidas especiales, para corregir, reparar y prevenir la discriminación de que hayan sido objeto históricamente.”

En su numeral 2 indica, que: En la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general, los Estados tomarán las medidas especiales que puedan ser necesarias a fin de:

- a) proteger eficazmente a trabajadores y empleados miembros de las comunidades indígenas para su contratación y condiciones de empleo justas e igualitarias;
- b) b) mejorar el servicio de inspección del trabajo y aplicación de normas en las regiones, empresas o actividades laborales asalariadas en las que tomen parte trabajadores o empleados indígenas;
- c) garantizar que los trabajadores indígenas:
 - I. gocen de igualdad de oportunidades y de trato en todas las condiciones del empleo, en la promoción y en el ascenso; y otras condiciones estipuladas en el derecho internacional;
 - II. gocen del derecho de asociación, derecho de dedicarse libremente a las actividades sindicales, para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores u organizaciones de trabajadores;
 - III. a que no estén sometidos a hostigamiento racial, sexual o de cualquier otro tipo;

- IV. que no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas la servidumbre por deudas o toda otra forma de servidumbre, tengan éstas su origen en la ley, en la costumbre o en un arreglo individual o colectivo, que adolecerán de nulidad absoluta en todo caso;
- V. que no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud y seguridad personal;
- VI. que reciban protección especial cuando presten sus servicios como trabajadores estacionales, eventuales o migrantes, así como cuando estén contratados por contratistas de mano de obra de manera que reciban los beneficios de la legislación y la práctica nacionales, los que deben ser acordes con normas internacionales de derechos humanos establecidas para esta categoría de trabajadores, y
- VII. así como que sus empleadores estén plenamente en conocimiento acerca de los derechos de los trabajadores indígenas según la legislación nacional y normas internacionales, y de los recursos y acciones de que dispongan para proteger esos derechos.

O sea se establece en definitiva, el reconocimiento de principios sobre igualdad y no discriminación, en empleo, tal como lo hacen en los distintos instrumentos internacionales, pero además, son los Estados los que deben garantizar con políticas especiales, la protección de todos estos derechos, por tratarse de segmentos mas vulnerables de la población.

Por ultimo, cabe señalar que desde que se inicio del proceso para la elaboración de una Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en año 1989, con la decisión de la Asamblea General de

Organización de las Naciones Unidas, de realizar una declaración y hasta el día de hoy, 19 años mas tarde, todavía no existe una declaración propiamente tal, lo que es altamente cuestionado por todas las organizaciones indígenas de nuestro continente.

3.5. Discriminación laboral por condición de emigrante.

3.5.1. La migración de trabajadores:

La migración consiste en el desplazamientos de personas de un lugar a otro para vivir, y normalmente para trabajar, ya sea temporal o permanentemente. “La migración no siempre implica el traslado de un país a otro. También tiene lugar dentro de las fronteras nacionales, por ejemplo, cuando las personas migran de zonas rurales a áreas urbanas en busca de empleo o de un futuro mejor”⁸⁶. Pero en esta parte del capítulo sólo trataremos el traslado de trabajadores de un país a otro.

“Los motivos de las migraciones son variados y a menudos complejos. Algunas personas se trasladan a otro país para mejorar su situación económica o para proseguir su educación. Otras abandonan sus países para huir de violaciones de sus derechos humanos como la tortura, la persecución, los conflictos armados. Pero según la OIT, en una hoja informativa sobre trabajadores migrantes, de junio de 2004, señala que muchos migrantes no van en busca de un trabajo mejor, sino que impulsados por la pobreza y la inseguridad, con frecuencia están dispuestos a aceptar cualquier tipo de trabajo que se le ofrezca, es decir, “la pobreza, la falta de seguridad (incluida la seguridad alimentaria) y las grandes desigualdades entre países y dentro de ellos

⁸⁶ Amnistía Internacional: Vivir en las sombras, una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes, editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid España, 2006. Pág. 10.

siguen siendo las principales razones por las que numerosas personas deciden comprender peligrosos viajes migratorios”⁸⁷.

“En el marco de una economía globalizadora han aumentado el comercio internacional y el movimiento de capitales a través de las fronteras. Gracias a los avances tecnológicos, a muchas personas les resulta fácil salir de su país. En cambio, se han intensificado las restricciones a la circulación de personas y la regulación de la migración. Muchas personas migrantes tienen cada vez más dificultades para entrar en los países de destino. Debido a ello, cada vez más migrantes quedan bloqueados en el país de tránsito que en un principio únicamente pretendían cruzar. Muchos de quienes logran alcanzar sus países de destino habrán incurrido en elevados costes personales y económicos. Un gran número de ellos se emplean en el sector informal de la economía, donde trabajan por salarios bajos con escasa o nula protección de sus derechos humanos y laborales. Éste es el caso sobre todo de quienes poseen pocas cualificaciones. Las personas migrantes que viven y trabajan en una situación irregular –sin permiso legal para entrar o permanecer en un país- están a menudo particularmente expuestas a sufrir abusos contra los derechos humanos”⁸⁸.

“Los trabajadores migrantes suelen ser considerados como mano de obra barata y flexible, y carecen de la protección jurídica básica. Los trabajadores que migran en forma irregular son especialmente vulnerables, ya que la amenaza de detención y deportación les impide cualquier tipo de asociación sindical y los expone a condiciones laborales peligrosas. Las mujeres, que constituyen el 70% de la fuerza de trabajo migrante en algunos países, suelen estar empleadas en el sector informal y en unos entornos de trabajo individualizados en los que las posibilidades de establecer redes de información y apoyo social son escasas”⁸⁹.

⁸⁷ Ibid. Pág. 11.

⁸⁸ Ibid. Pág. 11.

⁸⁹ http://www.ilo.org/wow/Articles/lang--es/WCMS_081397/index.htm. Fecha 1 de mayo de 2008.

3.5.1.1. La migración en Latinoamérica.

“Se distinguen en la historia latinoamericana tres grandes etapas de flujos migratorios los que se inician a mediados del siglo XIX. La primera etapa es en la que Latinoamérica y especialmente los países del CONOSUR reciben una parte de la corriente de emigración europea, de entre mediados del XIX y principios del XX y que está compuesta principalmente por europeos del sur. La segunda etapa transcurre desde la década de 1930 hasta la década de 1960 periodo en que lo dominante está dado por los movimientos internos de población hacia las grandes metrópolis; la migración internacional adquiere un carácter de fronterizo. La tercera etapa se da en las últimas décadas del siglo XX que se caracteriza por la emigración hacia Estados Unidos y a otros países desarrollados”⁹⁰.

“En la primera fase, para algunos autores la “primera globalización”, la movilidad de capitales estuvo acompañada por la movilidad de población. La existencia de territorios de gran extensión espacial y con una muy baja densidad demográfica condujo a iniciativas tendientes a atraer inmigrantes. Esta decisión política de los países latinoamericanos se vio favorecida por el crecimiento de la población europea la que experimentaba una fuerte movilidad interna e internacional”⁹¹.

“Por su parte, las colonias españolas, una vez independizadas, adoptaron el principio de libertad de ingreso a sus territorios y promulgaron una serie de leyes que promovieron el ingreso de inmigrantes”⁹².

⁹⁰ Bickell Dumas Rodolfo: Migraciones: un problema internacional. Disponible en: http://www.uvm.cl/sitio_iri/docs/MIGRACIONES,%20UN%20PROBLEMA%20INTERNACIONAL%20-%20RODOLFO%20BICKELL.pdf, 9 de mayo de 2008 Pág. 2.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

“La segunda fase es producto de un fuerte crecimiento demográfico y de cambios desde el punto de vista económico y social en donde la mayoría de estos países tuvieron un alto crecimiento económico especialmente en el período que va desde 1950 a 1975, de hecho el crecimiento demográfico fue acompañado de grandes movimientos de población del campo a la ciudad”⁹³.

“Finalmente en la última etapa esta transformación de Latinoamérica, que ya ha dejado de ser receptora de inmigración trasatlántica, pasa a convertirse en expulsora de población hacia los países desarrollados y muy especialmente a los Estados Unidos y en menor medida a los países europeos, Canadá, Australia y Japón”⁹⁴.

3.5.1.2. La migración a Estados Unidos y países desarrollados.

“A partir de la segunda mitad del siglo XX, la emigración hacia los países desarrollados principalmente a Estados Unidos, se convierte en uno de los fenómenos migratorios más destacables en algunos países latinoamericanos. Claramente a la histórica emigración de mexicanos y caribeños se le suma la emigración de centroamericanos y sudamericanos. La migración originada en América Latina y el Caribe hacia Estados Unidos constituye un fenómeno social tremendamente relevante para este país y la población de origen latino tiene una gran influencia en muchos aspectos de la vida social y cultural norteamericana. Los datos lo demuestran, según el censo estadounidense de 2000 la población que se auto identifica como Latina o Hispana asciende a 35.3 millones de personas, estamos hablando de un 13 por ciento de la población estadounidense”⁹⁵.

⁹³ Ibid. Pág. 2-3

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid. Pág. 3.

“Los inmigrantes latinoamericanos conforman un grupo bastante heterogéneo, de diversos orígenes, características demográficas y socioeconómicas. Los más numerosos son los mexicanos con más de 7 millones de personas y los siguen los cubanos y dominicanos”⁹⁶.

“La información existente de emigración de latinoamericanos y caribeños hacia destinos distintos a Estados Unidos no es muy completa. Se estima que cerca de 2 millones de latinoamericanos y caribeños han emigrado con rumbo a Europa, Canadá, Australia, Israel y Japón. Esta búsqueda a destinos no tradicionales comenzó a adquirir importancia en las décadas de 1970 y 1980, cuando el subcontinente fue invadido por dictaduras militares de derecha, y luego en la década de 1990 cuando las redes establecidas en estos países comenzaron a operar. Además del impulso generado de esta forma, la emigración acrecentó su flujo producto del retorno de antiguos inmigrantes de ultramar y de sus hijos y nietos”⁹⁷.

“En el caso de Canadá la inmigración aumentó considerablemente a partir de los ochenta siendo caribeños y personas de América central los mayores contingentes”⁹⁸.

“En el caso de Australia la población latina es de poco más de 70.000 personas entre los cuales predominan los chilenos. Similar magnitud registra Israel donde los Argentinos son el contingente principal”⁹⁹.

“Por último de acuerdo a las estadísticas japonesas en ese país entraron el año 2000 más de 30.000 personas no nativas, principalmente brasileños y peruanos, lo que

⁹⁶ Bickell Dumas Rodolfo. Op. Cit. Pág. 4.

⁹⁷ Ibid. Pág. 4-5.

⁹⁸ Ibid. Pág. 5.

⁹⁹ Ibid.

implica una situación similar a la vivida por Europa, en este caso con el retorno de descendientes de los antiguos inmigrantes japoneses a estos dos Estados”¹⁰⁰.

Esta emigración fuera de la región latinoamericana constituye claramente un caso de migración sur-norte, la que entraña repercusiones negativas como la pérdida de recursos humanos calificados por parte de nuestros países, pero también se acompaña de la formación de comunidades transnacionales de migrantes y la generación de un potencial económico asociado a las remesas.

3.5.1.3. A nivel Nacional.

“La migración en Chile siempre ha sido de carácter reducido desde que llegaron los primeros europeos de España en la época de la Conquista, posteriormente y desde mediados del siglo XIX hasta principios del XX la inmigración europea fue controlada y en números bastante escasos concentrándose en espacios geográficamente muy localizados. Posteriormente una nueva etapa, también en número de entradas relativamente menor, se produce en los años 30 con entrada de europeos y árabes y en la década de 1970 de coreanos; todas estas con características de una inmigración espontánea y no organizada por el Estado como en el siglo anterior. Posteriormente y a partir de la década de 1980, prevalece la inmigración fronteriza, consolidada después de la vuelta a la democracia. La migración actual es principalmente latinoamericana fronteriza, tiene un elevado componente femenino y tiene un carácter claramente laboral”¹⁰¹.

“Según los datos emanados del Censo de 2002 viven 195.320 extranjeros, esta cifra que equivale tan sólo a un 1,22 % de la población total del país ha experimentado

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid. Pág.13.

un enorme crecimiento en comparación a las mismas cifras que arrojó el censo de 1992, estamos hablando de un 75% de crecimiento ínter censal el mayor de los últimos 50 años”¹⁰².

Nuestro país se ha convertido, en un país que atrae a inmigrantes provenientes de distintos lugares de América Latina, según destacan los medios de comunicación. “Si bien es cierto que Chile está lejos de ser un país receptor de inmigrantes, según el censo del 2002, sólo 184.464 personas, es decir el 1.22% de su población, es nacida en el extranjero, no es descabellado pensar que su presencia probablemente irá en aumento en los próximos años, ya que, comparativamente, se encuentra en una posición privilegiada con respecto a los otros países de Latinoamérica: tiene una sociedad relativamente más ordenada, una clase política que no es protagonista de escándalos tan aberrantes y, sobre todo, cuenta con una economía sólida y robusta”¹⁰³.

“Podríamos afirmar que estamos en un escenario en que, al tiempo en que Chile goza de un alto prestigio en el ámbito internacional, nuestros países vecinos atraviesan por situaciones sociales, políticas y económicas mucho más complejas y apremiantes que la nuestra. Esto nos ayuda a comprender en parte qué es lo que motiva a cada vez más personas a trasladarse a Chile con la pretensión de dejar atrás la precaria situación vivida en su país, para ir en busca de mejores oportunidades laborales y así poder superar las dificultades económicas, políticas y sociales de su tierra natal”¹⁰⁴.

“El perfil de los inmigrantes en Chile se caracteriza por ser en su mayoría sudamericanos, principalmente mujeres en edades laborales y el mayor incremento en la década de 1990 corresponde a peruanos, ecuatorianos y colombianos”¹⁰⁵.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Mahaluf Francisco: ¿Qué nos pasa a los chilenos frente a la migración peruana?, Diciembre-2004. Disponible en: <http://www.flacso.cl/flacso/main.php?page=noticia&code=661>, fecha 08 de mayo de 2008.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

Otras características de esta inmigración, es su composición que es principalmente de mujeres, la inmigración peruana es en donde con mayor claridad se puede percibir esta fuerte presencia femenina. Esta eventual feminización puede ser rasgo de una nueva inmigración y exige adecuar las políticas y programas que desarrolla el Estado.

Pero es evidente que Chile, no es un país que de atracción de inmigración, muchos países del mundo tienen proporciones varias veces mayores, este es el caso de Estados Unidos. Más importante en el caso chileno es la emigración de nacionales, en cifras absolutas, los chilenos en el exterior son considerablemente mayores en número que los extranjeros residentes en el territorio chileno.

3.5.2. Los factores de discriminación laboral hacia los inmigrantes.

“Las diferencias entre las personas, en principio, no son las que producen desigualdad, sino los mecanismos de exclusión asociados a esas diferencias. Esos mecanismos se refieren tanto a las prácticas discriminantes (Ej. condiciones de empleos y la legislación de extranjería), como a las actitudes y discursos que legitiman la dominación (también en el empleo comportamientos xenófobos, exclusión de derechos, etc.)”¹⁰⁶.

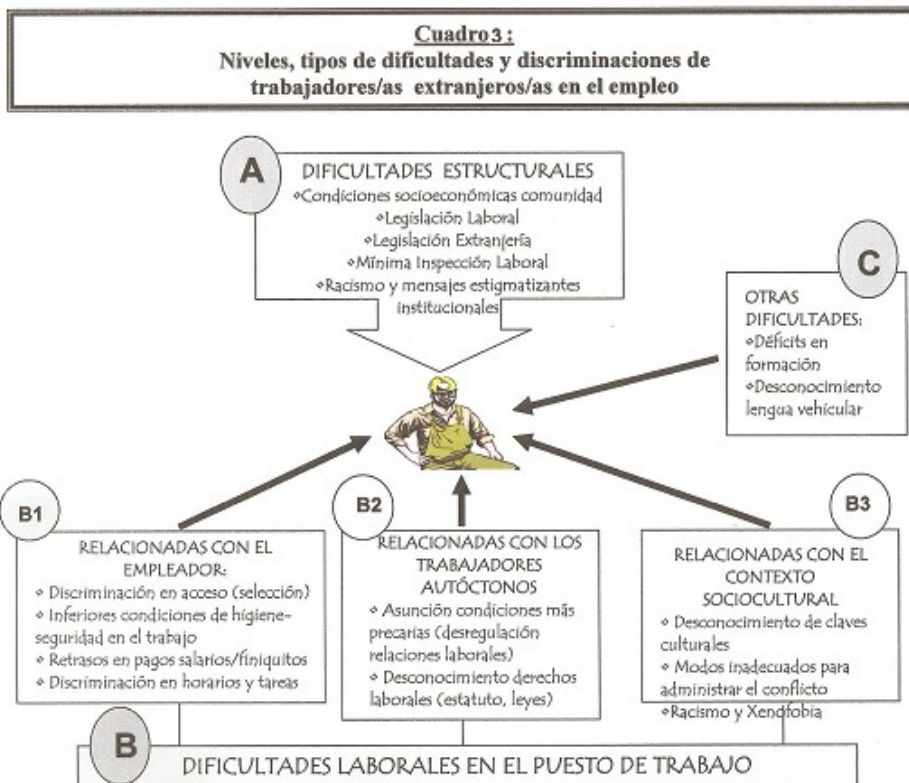
¹⁰⁶ Cuadros Riobó Alfonso. Mediación laboral intercultural: una herramienta para la aproximación en las relaciones interétnicas en el empleo, comunicación al primer congreso internacional sobre mediación intercultural. disponible en: http://www.giemic.uclm.es/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=980&itemid=60. pág. 2.

“Cualquier diferencia puede desencadenar un proceso discriminatorio, pero en el caso de la discriminación de la población inmigrante, parecen darse cinco diferencias principales:

- a. La nacionalidad.
- b. La cultura.
- c. El fenotipo (manifestación externa del genotipo, es decir, la suma de los caracteres observables en un individuo).
- d. La posición económica; y
- e. El género.

En el entorno laboral, estas variables generales se entrecruzan e interactúan con otras, referidas específicamente a las relaciones laborales, complicando sobremanera la subsistencia en el empleo de las personas procedentes de países empobrecidos o en desarrollo y con otras claves culturales”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Ibid.



En el cuadro 3 se resumen las diversas dificultades que estos trabajadores y trabajadoras encuentran en la actualidad y en la mayor parte de los casos, bien a causa de **problemas estructurales** que afecta al conjunto de la fuerza del trabajo de la comunidad (A), o bien por factores propios de la **relación laboral directa entre extranjero y empleador** (B) . Por si fuera poco, otra suerte de **factores anexos** se añaden a la compleja relación Inter-étnica (C), afectando a las minorías en el contexto laboral y agudizando las situaciones de discriminación, como son el desconocimiento de la lengua local o, en un número significativo de personas inmigrantes, los bajos niveles de calificación.

3.6. Reconocimiento normativo del principio a la no discriminación en el empleo por condición de emigrantes.

“Por mandato constitucional, la OIT tiene la obligación de proteger el interés de los trabajadores empleados en países distintos del suyo. Esto ha sido tradicionalmente efectuado a través de la elaboración, adopción y supervisión de las normas internacionales del trabajo”¹⁰⁸.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Convención sobre los Derechos de los Migrantes):

“Es uno de los siete tratados internacionales básico de derechos humanos (Los demás tratados son: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y la Convención sobre los Derechos del Niño) y reconoce expresamente los derechos humanos de los trabajadores y trabajadoras migrantes, así como de sus familias, de modo que reúne normas fundamentales de derechos humanos que también están reflejadas en los seis tratados básicos”¹⁰⁹.

La convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 y entro en vigor el 1 de julio de 2003. Chile firmo la Convención el 24 de septiembre de 2003 y su ratificación se realizo en el año 2005, lo que constituye una

¹⁰⁸ Harboe Fajardo Cristina y Olivares Robles Estrella. Op. Cit. Pág. 41

¹⁰⁹ Amnistía Internacional. Op.Cit. Pág 16.

importante señal respecto de la orientación en la política migratoria que existe en el país.

La Convención sobre los Derechos de los Migrantes, tiene por objeto promover los derechos humanos, sociales, económicos y culturales de los trabajadores migrantes. “La Convención provee de protección a todos los migrantes, ya estén estos en condición documentada o indocumentada; reconociendo que los migrantes y sus familias no son sólo entidades económicas, sino seres humanos con derechos que deben ser respetados por el país destinatario del proceso migratorio”¹¹⁰.

“La protección otorgada por la Convención a los migrantes y sus familias es concerniente a todas las etapas del proceso migratorio: La salida de su país y el tránsito por otros países, su permanencia en los países de recepción y durante el regreso eventual a sus países de origen”¹¹¹.

“La Convención busca establecer un marco para la gobernabilidad sistémica y migratoria, buscando promover condiciones legales, igualitarias y humanas en relación con el proceso migratorio. Entre otros, requiere de la cooperación entre los estados con el fin de prevenir y eliminar el tráfico ilícito y las situaciones irregulares en el empleo de migrantes”¹¹².

¹¹⁰ Ruiz Araneda Amador: documento de trabajo: El Desafío de la Solidaridad, Trabajadores Migrantes Peruanos en Chile. Lima, Perú. 14 al 16 de Abril 2004. Disponible en : <http://www.catchile.cl/admin/archivos/36.doc>, Pág. 12. fecha 7 de mayo de 2008.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

“De manera más específica, la Convención no crea nuevos derechos para los inmigrantes sino que busca garantizar la igualdad de tratamiento y las mismas condiciones laborales para inmigrantes y nacionales, que implica los siguientes aspectos en forma complementaria:

1. Prevenir condiciones de vida y de trabajo inhumanas, abuso físico y sexual y tratamientos degradantes (Artículos 10-11, 25, 54).
2. Garantizar los derechos de los inmigrantes a la libertad de pensamiento y de expresión. (Artículos 12-13).
3. Garantizar a los inmigrantes el acceso a la información sobre sus derechos (Artículos 33,37).
4. Asegurar su derecho a la igualdad ante la ley, lo cual implica que los trabajadores migratorios estén sujetos a los debidos procedimientos, que tengan acceso a servicios de interpretación y que no sean sentenciados a penas desproporcionadas como la expulsión (Artículos 16-20., 22).
5. Garantizar a los inmigrantes la igualdad de acceso a los servicios educativos y sociales (Artículos 27-28, 30, 43-45, 54).
6. Asegurar que los inmigrantes tengan derecho a participar en diversas organizaciones (Artículos 26, 40). En Chile, cualquier extranjero debe tener un certificado de residencia legal con un mínimo de tres años para ocupar cualquier cargo sindical, político o social.
7. La Convención también menciona que los migrantes deben tener el derecho a mantener la conexión con su país de origen, lo que implica:
 - a. Asegurar que los inmigrantes puedan regresar a su país de origen si así lo desean, permitirles efectuar visitas

ocasionales e incitarlos a mantener lazos culturales (8, 31, 38).

- b. Garantizar la participación política de los inmigrantes en el país de origen (Artículos 42 – 42).
- c. Asegurar el derecho de los inmigrantes a transferir sus ingresos a su país de origen (Artículos 32, 46-48)¹¹³.

“Esta Convención es innovadora porque se basa en la noción fundamental, de que todos los migrantes deberán tener acceso a un grado mínimo de protección. La Convención reconoce que los migrantes “formales” se benefician de la legitimidad para reclamar más derechos que los migrantes indocumentados o informales, pero enfatiza que a estos últimos, tal y como a cualquier ser humano, se les debe respetar sus derechos humanos fundamentales. Entre tanto, la Convención propone que se realicen acciones para erradicar movimientos clandestinos fundamentalmente a través de la lucha contra la información engañosa que puede incitar a la gente a migrar irregularmente, y a través de sanciones a traficantes y empleadores de migrantes indocumentados”¹¹⁴.

“La ratificación por parte de Chile, dio una clara señal de que el país avanza en materias de derecho internacional, y si bien es cierto que esto responde a una política de respeto a los derechos humanos que ha buscado elaborar la actual administración, plantea también importantes desafíos a la legislación interna. El hecho, por ejemplo, de que la convención garantice la participación política de los inmigrantes, debiera

¹¹³ Ibid. Pág. 12-13.

¹¹⁴ Ibid. Pág. 13

ser un aliciente para que en Chile se promueva el derecho a voto que debieran tener los chilenos en el extranjero”¹¹⁵.

“Muchos Estados temen que la concesión de más derechos a los trabajadores migrantes, convierta a su país en un lugar más atractivo para los migrantes irregulares. La no ratificación de la Convención puede, por lo tanto, considerarse como parte de su estrategia para desalentar a migrantes potenciales. Estos temores son infundados, puesto que la Convención no es un instrumento para las políticas de migración. La convención no propone ningún nuevo paquete de derechos que serían específicos a los migrantes. Sólo asegura que los derechos humanos sean aplicados apropiadamente a los trabajadores migratorios. Los Estados que ya respetan los derechos humanos y que han ratificado otros instrumentos de derechos humanos, no tienen, por lo tanto, ninguna razón para resistirse a la ratificación de la Convención Internacional para la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares”¹¹⁶.

“En América Latina, diez países han ratificado esta Convención: Belice, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Perú y Uruguay. Lamentablemente uno de los problemas más grandes con los que se enfrenta esta iniciativa, es que son precisamente los países receptores de inmigrantes quienes se han negado a ratificarla, o más aún, a firmarla. La realidad de América Latina contrasta con el

¹¹⁵ Stefoni Carolina: La nueva perspectiva en Chile sobre los Derechos de los Trabajadores Inmigrantes, abril -2005. Disponible en: <http://www.flacso.cl/flacso/main.php?page=noticia&code=732>.

¹¹⁶ Ruiz Arandeda Amador. Op. Cit., Pág. 13.

hecho de que sólo dos países europeos la han ratificado, y por cierto, Estados Unidos parece, no tener intención de hacerlo”¹¹⁷.

Convenio de la OIT N° 111 sobre la discriminación: Dicho convenio fue tratado en el capítulo segundo.

Convenio N° 97 de la OIT sobre los trabajadores migrantes:

Adoptado por la Conferencia General de la OIT el 01 de julio de 1949. Entró en vigor el 22 enero de 1952, “cuenta en la actualidad con 47 ratificaciones”¹¹⁸. Chile aún no lo ha ratificado.

Sienta las bases para la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros en situación regular, en cuestiones como los procedimientos de contratación, las condiciones de vida y de trabajo, el acceso a la justicia, y la reglamentación sobre impuestos y seguridad social.

Además establece disposiciones sobre condiciones de contratación, la participación de migrantes en la formación y promoción profesionales, la reunificación familiar, el despido injustificado o la expulsión, así como otras medidas destinadas a regular el proceso migratorio en su conjunto.

Excluye a los trabajadores fronterizos y artistas.

¹¹⁷ Stefoni Carolina. Op. Cit.

¹¹⁸ Información Obtenida en: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byconv.cfm?conv=C097&lang=ES>. Fecha 13 de mayo de 2008.

Recomendación N° 100 de la OIT sobre protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados):

Se adoptó el 22 de junio de 1955.

Convenio N° 143 de la OIT, sobre los trabajadores migrantes:

Se adoptó el 24 de junio de 1975 en Ginebra y entro en vigor 09 de diciembre de 1978. “En la actualidad cuenta con 23 ratificaciones”¹¹⁹. Chile aún lo ha ratificado.

Promueve proteger a los migrantes, regulando los flujos migratorios, eliminando la migración clandestina y luchando contra las actividades de tráfico y de trata de personas. Su objetivo principal es facilitar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida. Exceptúa a fronterizos, artistas y estudiantes.

Convenio N° 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración:

Fue adoptado el 29 de junio de 1951. “Cuenta en la actualidad con 164 ratificaciones. Chile lo ratifico el 20 de septiembre de 1971”¹²⁰.

Exige la igualdad de remuneración para hombres y mujeres por trabajo de igual valor desempeñado, indistintamente de su nacionalidad.

Convenio N° 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación:

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Información obtenida en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C100>. Fecha 13 de mayo de 2008.

Ya tratado, en el capítulo segundo.

Convenio N° 118 de la OIT sobre la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social:

Se adoptó el 28 de junio de 1962 y entro en vigor el 25 de abril de 1964. “En la actualidad cuenta con 37 ratificaciones”¹²¹. Chile aún no lo ratifica.

Convenio N° 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social:

Se adoptó el 21 de junio de 1982 y entro en vigor el 11 de septiembre de 1986. Actualmente cuenta con sólo 3 ratificaciones¹²². Chile aún no lo ratifica.

Recomendación N° 86 de la OIT sobre los trabajadores migrantes:

Se adoptó el 1 de julio de 1949.

Recomendación N° 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social:

Se adoptó el 20 de junio de 1983.

3.7. Leyes relativas a inmigrantes en Chile.

¹²¹ Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C118>. Fecha 13 de mayo de 2008.

¹²² Información obtenida en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C157>. Fecha 13 de mayo de 2008.

A partes de las convenciones y convenios sucritos por Chile, señalados con anterioridad podemos señalar otros instrumentos relativos a inmigrantes en nuestro país.

3.7.1. Convenio laboral entre las Repúblicas de Argentina y Chile:

Fue adoptado el 17 de octubre de 1971, en él se amparan medidas tendientes a regular aspectos de los trabajadores temporales o estacionales, que se desplacen entre Chile y Argentina.

En relación al tema que nos convoca, dispone en su artículo 13 que “Los trabajadores a quienes se aplique el presente Convenio gozarán en el país receptor de los mismos derechos y estarán sujetos a las mismas obligaciones que los trabajadores nacionales de éste. En consecuencia, no se hará discriminación alguna que pueda afectar a estos trabajadores en materia de salarios o de condiciones generales del trabajo que desempeñen. Asimismo, se hallarán sujetos a las disposiciones de orden público del país en que presten servicios”.

3.7.2. Acuerdo administrativo para la aplicación del convenio laboral, suscrito con Argentina:

Teniendo como base el convenio anteriormente expuesto se suscribe, en Buenos Aires, el 20 de noviembre de 1972 un acuerdo administrativo, entre estas dos naciones, para la aplicación del convenio laboral. Dicho acuerdo fue publicado en el diario oficial el 04 de agosto de 1994.

3.7.3. Ley N° 19.273 modificatoria del decreto ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en el país:

“Fue publicado en el diario oficial el 09 de diciembre de 1993. Se revisan las condiciones de residencia, de egreso y reingreso de extranjeros”¹²³.

3.7.4. Ley N° 19.074, en la que se autoriza el ejercicio profesional a personas que señala que obtuvieron títulos o grados en el extranjero:

Se publico en el diario oficial el 28 de agosto de 1991.

3.7.5. Acuerdo con Canadá que autoriza a los familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de las misiones diplomáticas y consulares acreditadas en los respectivos países y familiares dependientes del personal de cualquiera de ambos Gobiernos, acreditados ante una organización internacional con sede en el otro país, para desempeñar actividades remuneradas en el Estado receptor:

Publicado en el diario oficial el 28 de agosto de 1991.

3.7.6. Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la Republica Federal de Alemania para el fomento del establecimiento de pequeñas empresas por parte de ciudadanos chilenos repartidos desde la república federal de Alemania:

Publicado en el diario oficial el 29 de diciembre de 1993.

¹²³ Harboe Fajardo Cristina y Olivares Robles Estrell. Op. Cit. Pág. 43

3.7.7. Decreto N° 214 por el que se constituye la Comisión tripartita de integración laboral andina:

Publicado en el diario oficial el 05 de junio de 1975.

3.8. Medidas tendientes a evitar la discriminación.

Podemos señalar, que existe una serie de mecanismos cuya finalidad es combatir la discriminación, entre ellos podemos señalar:

3.8.1. Políticas Sociales.

La necesidad de generar, desde las instituciones educativas, políticas activas con perspectiva de igualdad, que logre eliminar prejuicios y estereotipos, promoviendo y mejorando la formación profesional y la educación técnica, tanto de grupos indígenas como migrantes, puede promover el progreso social y económico general.

Es por eso, que una acertada política social puede lograr disminuir la discriminación por origen racial y de nacionalidad.

En materia laboral, la renovación de las relaciones laborales implica menor intervención de la autoridad pública en las relaciones entre actores laborales, lo que demanda dotar a trabajadores y empleadores de instrumentos adecuados y eficaces.

Por otra parte, la modernización de instituciones públicas y privadas se ha convertido en un tema central en los programas de desarrollo y se registra una mayor preocupación por la equidad y el bienestar social, como forma de evitar los riesgos crecientes de desestructuración social e ingobernabilidad.

La cooperación técnica y financiera internacional, juega un rol concluyente en el diseño, implementación y diseminación de modelos, políticas, estrategias y experiencias que ayuden a combatir este tipo de discriminación.

Al mismo tiempo, los instrumentos y mecanismos normativos generados por las organizaciones internacionales no sólo constituyen obligaciones para los Estados sino que son guía y marco de referencia para las legislaciones nacionales y orientan y legitiman las políticas en contra de la discriminación.

3.8.2. Políticas Gubernamentales.

Podemos señalar, que en la actualidad las políticas del Estado deben establecer medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales y otras políticas públicas a fin de abolir las leyes y los reglamentos que tengan como consecuencia el crear la discriminación racial y por nacionalidad.

En el ámbito laboral, se deben desarrollar la creación y promoción de nuevos puestos de empleo estrechamente articulados con las nuevas necesidades poblacionales, los nuevos parámetros de calidad de vida y con los proyectos de desarrollo local, subregional y regional que incluyan de manera sistemáticamente la inclusión de las minorías étnicas y extranjeras.

Se debe promover la generación de empleos solidarios y compensatorios para los grupos poblacionales con mayor vulnerabilidad y distancia respecto a los actuales requerimientos de la mano de obra, asegurando la inclusión por igual de todos los habitantes de la República.

3.8.3. Políticas Legislativas.

Este es uno de los espacios donde adquiere mayor relevancia el papel de promoción, orientación y vigilancia de los organismos internacionales y, especialmente, el de la OIT. La legislación laboral, muestra un claro privilegio de la impulso de la igualdad sobre la noción de protección y ha acogido de distintas formas el principio de la no-discriminación, incluyendo en él las situaciones sociales de desventaja, como son la discriminación por origen racial y de nacional.

3.8.4. Políticas Internacionales (ONU; CEPAL, OIT).

Como, ya hemos señalado anteriormente, las políticas emanadas de organismos internacionales, son un mecanismo efectivo, en contra la discriminación, ya que por medio de los diferentes instrumentos, se ha ido creando una verdadera normativa internacional de protección de la población más vulnerable, como los son minorías étnicas y extranjeras.

Por lo tanto, la importancia de labor de estos organismos, se ve reflejada a diario, en las diferentes normativas nacionales, actualmente se ha ido creando un respeto y promoción por los derechos fundamentales de las personas y se ha establecido una verdadera lucha en contra la discriminación en los diferentes aspectos sociales, como son la educación, el empleo, la salud, acceso a la vivienda, entre otras.

CAPITULO CUARTO.

LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA NUEVA JUSTICIA LABORAL.

4.1. Ideas generales.

Como señalamos en el capítulo inicial de este trabajo desde la entrada en vigencia de la Ley 19.759 (diciembre de 2001) que modificó, la ya aludida disposición del artículo 5 del CT hasta la publicación de la Ley 20.087, (enero de 2006), el reconocimiento de la eficacia entre privados de los derechos fundamentales, tenía más que nada un valor simbólico- declarativo, debido a que, “a pesar de la existencia de diversas normas, que apuntan en la línea de reconocer la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, nuestro orden jurídico presentaba un evidente déficit, en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos; lo que se expresaba, precisamente, en la falta de cauces procesales idóneos y específicos, situación que lo aleja considerablemente del nivel de aquellos países que se han tomado en serio la idea de otorgar tutela efectiva a dichos derechos”¹²⁴.

¹²⁴ Ugarte Cataldo, José Luís: La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. rev. derecho (valdivia), dic. 2007, vol.20, no.2, p.49-67. issn 0718-0950. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200003&lng=es&nrm=. Fecha 29 de mayo de 2008.

La Ley 20.087, que sustituye el Procedimiento Laboral Contemplado en el Libro V del Código del Trabajo , consagra un nuevo procedimiento laboral, “introduciéndose un cambio radical en el sistema procesal laboral de nuestro país, hacía un sistema oral, público y concentrado, basado en los principio de inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad”¹²⁵.

La Ley 20.087 dentro de los cuatro procedimientos que contempla, se encuentra un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, “que viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata o directa en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado entre la relación laboral —el empleador—”¹²⁶.

Con posterioridad de la dictación de la Ley 20.087, se introdujeron nuevas modificaciones al Código del Trabajo, pero una de las más importantes es la que se introdujo, a través de la Ley. 20 260, a fin de modificar el Libro IV del Código del Trabajo y la Ley N° 20.087. Modificando una ley que aún no había entrado en vigencia.

La ley 20.260 fue publicada el 29 de marzo de 2008, entrando en vigencia, para las regiones de Atacama y Magallanes el 31 de marzo de ese mismo mes.

En las demás regiones de nuestro país la nueva justicia laboral se aplicara con gradualidad. En las Regiones I, IV, V y XIV: el 31 de octubre de 2008; en las Regiones

¹²⁵ Gamonal Contreras Sergio: El procedimiento de tutela de derechos laborales, primera edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago –Chile, marzo de 2007. Pág. 21.

¹²⁶ Ugarte Cataldo, José Luís. Op. Cit.

II, VI, VII y VIII: el 30 de abril de 2009; en la Región Metropolitana: el 31 de agosto de 2009, y en las Regiones IX, X, XI y XV: el 30 de octubre de 2009.

4.2.1. Procedimiento de tutela laboral (artículos 485 a 495 Código del Trabajo).

4.2.1.2. La pretensión procesal: es la protección y el resguardo de cierto tipo de derechos de los trabajadores, los doctrinariamente denominados derechos fundamentales inespecífico, buscando el restablecimiento en el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido por su vulneración, cuando dicha afectación provenga del ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador.

4.2.1.3. Ámbito de aplicación: (Art. 485)

1. Cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores. “Los derechos fundamentales contemplados en la enumeración taxativa que realiza la ley, y por tanto protegidos por la acción de tutela, son de dos tipos, según su origen: los de fuente constitucional, previstos todos en el artículo 19 del texto fundamental, y los de fuente legal, en rigor, un solitario derecho que corresponde al derecho a no ser objeto de represalias laborales, derecho a la indemnidad laboral, creado de algún modo por la propia Ley 20.087”¹²⁷. Los derechos fundamentales de origen constitucional protegidos por la acción de tutela son:
 - a. El derecho a la vida (artículo 19 N° 1).
 - b. El derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1).
 - c. El derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (artículo 19 N° 4).

¹²⁷ Ugarte Cataldo, José Luís. Op. Cit.

- d. El derecho al honor.
 - e. El derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5).
 - f. El derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (artículo 19 N° 6).
 - g. La libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (artículo 19, N° 12, inciso primero).
 - h. Libertad de trabajo y de contratación laboral (artículo 19 N° 16, incisos primero y cuarto).
2. También se aplica para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del CT. Esto es, aquellas 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 tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Salvo una excepción: Las ofertas de empleos discriminatorias.
3. Conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales, esto es, aquellas conductas de terceros, del empleador o de los trabajadores o de las organizaciones sindicales, que tengan por propósito atentar o entorpecer la negociación colectiva o su procedimiento, así como impedir u obstaculizar el ejercicio de la libertad sindical o la autonomía de funcionamiento de aquéllas organizaciones

4.2.1.4. Lesión de derechos: El legislador entiende que los derechos y garantías suscritos, resultan lesionados, cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

En igual sentido, se entenderán las represalias en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

En comparación con la acción constitucional de protección, que procede contra los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías amparados por el artículo 19 de nuestra Carta fundamental, el procedimiento de tutela, sólo procede cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, limita el pleno ejercicio de los derechos fundamentales sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial, es decir, la tutela laboral sólo procede por una acción del empleador.

No se tratan de derechos absolutos, el empleador puede limitarlos, siempre y cuando exista una razón suficiente y que dicha limitación no sea desproporcionada.

4.2.1.5. Improcedencia: (Art. 485 inciso final). "En caso que la garantía en cuestión sea susceptible de ser salvaguardada, tanto a través del procedimiento de tutela laboral, como por tal recurso, se establece competencia preventiva, ya que,

interpuesto un recurso de protección, en los casos que proceda y que verse sobre los mismos hechos, no procederá el ejercicio de la acción de tutela laboral”¹²⁸.

4.2.1.6. Legitimación activa: (Art.486) “La titularidad de la acción, no corresponde exclusivamente al titular del derecho, sino que la ley procesal reconoce una titularidad o legitimación activa ampliada, que va más allá de los ribetes o límites del derecho afectado, y que corresponde al caso, precisamente, de las organizaciones sindicales que tengan un interés legítimo y la Dirección del Trabajo”¹²⁹.

“Habrá interés legítimo, cuando se invoque un interés directo, vinculado al ejercicio de las funciones que la ley reconoce a las organizaciones sindicales, especialmente a la protección y promoción de los derechos laborales”¹³⁰.

En estos casos, La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo hacerse parte en el proceso.

Además, “si la Inspección del Trabajo, actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras toma conocimiento de una vulneración de los derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia, servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso. La Inspección del Trabajo, podrá hacerse parte en el juicio, que por esta causa se entable. No obstante, la inspección deberá llevar a

¹²⁸ Corte suprema, Corporación Administrativa del Poder Judicial: Manual de estudio Juzgado de Letras del Trabajo. Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/concurso_docs/Manual_de_estudio_habilitante_Juzgados_de_Letras_de_Trabajo.pdf. Fecha 19 de mayo de 2008. Pág. 111.

¹²⁹ Ugarte Cataldo, José Luís. Op. Cit.

¹³⁰ Gamonal Contreras Sergio. Op. Cit. Pág. 22.

cabo, en forma previa la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas¹³¹.

4.2.1.6.1. Legitimación activa especial en caso de un despido abusivo: (Art.489 inciso 1) Si la vulneración a los derechos fundamentales, se produce con ocasión al despido del trabajador, la titularidad de la acción **sólo corresponde al trabajador afectado**. Nos referiremos a este tema, detalladamente al tratar el despido abusivo en el nuevo procedimiento de tutela.

4.2.1.7. Plazo: (Art.489 inciso 2) La denuncia, deberá interponerse dentro del término de 60 días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada.

Este plazo se suspende cuando, dentro de éste, el trabajador interponga un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva y, el plazo seguirá corriendo, una vez concluido este trámite ante la Inspección, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal trascurridos 90 días hábiles desde la separación del trabajador.

4.2.1.8. Limitación del procedimiento: (Art.487) El procedimiento de tutela laboral, queda limitado a la tutela de los derechos, a que se refiere el artículo 485 y, por ende, no cabe su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos

4.2.1.9. Preferencia: (Art. 488) La tramitación de estos procesos, gozan de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal y, con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan.

4.2.1.10. Prueba: (Art.493) En los procedimientos de tutela, cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que

¹³¹ Ibit. Pág. 22-23.

se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Es decir, se acepta lo que en materia penal se denomina prueba indiciaria.

La prueba indiciaria es “aquella que exige una mediación inductiva del tribunal para llegar a la conclusión de que un determinado hecho está probado”¹³². Es decir, si el nuevo juez laboral, de los antecedentes aportados en la denuncia, induce cierta verdad de la vulneración de un derecho fundamental, alterará la carga de la prueba a favor del trabajador vulnerado.

4.2.1.11. Procedimiento: (Art. 491) Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Código del Trabajo.

En esta parte del trabajo pretendemos graficar como debería ser un juicio por vulneración de las garantías constitucionales de un trabajador, para ello, utilizaremos las reglas del procedimiento de aplicación general, sin entrar al análisis de las normas comunes, principios, medios de prueba en especial, recurso, etc., a fin de no perder el objetivo del tema estudiado.

1. **Denuncia:** Una vez presentada la denuncia, el Tribunal ordenará a la Inspección del Trabajo respectiva emitir un informe acerca de los hechos denunciados. La Inspección podrá, además, hacerse parte en el proceso.

¹³² Baytelman Andrés Vargas Enrique. Habilidades y destrezas de los jueces en la resolución de los juicios orales. disponible en: <http://www.juanenriquevargas.cl/wordpress/wp-content/uploads/habilidades-y-destrezas-en-juicio-orales.pdf>

La denuncia deberá contener, las menciones generales exigidas a la demanda¹³³ y la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada, acompañándose todos los antecedentes en que se fundamente. La ley establece que el tribunal no admitirá a tramitación las denuncias que no cumplan con los requisitos exigidos.

2. **Primera resolución.** Recibida la denuncia, el tribunal podrá:
 - a. Declararse de oficio incompetente cuando así lo estime, remitiendo los antecedentes al tribunal que señale como competente (Art. 447).
 - b. Declarar de oficio la caducidad de la acción, cuando esto se desprenda claramente de los antecedentes aportados, no admitiendo a tramitación la demanda (Art.447);
3. Declarar admisible la demanda (Primera resolución).
 - a. El tribunal debe, de inmediato y sin más trámite, citar a las partes a una audiencia preparatoria, la que deberá realizarse dentro del plazo de 35 días contados desde la resolución.
 - b. El Tribunal, además, de oficio o a petición de parte, dispondrá, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles. Deberá así mismo proceder en cualquier momento, cuando cuente con los antecedentes de esa naturaleza (medida cautelar). Para ello, podrá decretar apercibimiento de multa, de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el cumplimiento de la medida decretada. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

¹³³ Los requisitos de la demanda se encuentra en el Art. 446 CT.

4. **La Notificación:** (Art.436/437/438/439) La resolución que admite la denuncia a tramitación, se notifica a ambas partes, al demandante por el estado diario, mientras que al demandado, por tratarse normalmente de la primera notificación en el proceso, de manera personal. Esta resolución deberá notificarse con a lo menos 15 días hábiles¹³⁴ de anticipación respecto de la fecha fijada para la audiencia preparatoria.

Esta misma resolución podrá notificarse si no es posible notificar personalmente, a través de la notificación personal subsidiaria (Art.437) o a través de la notificación por avisos (Art.439).

En la misma resolución que cita a audiencia preparatoria se hará constar a las partes que ella se celebrará con quienes asistan, afectándole a la inasistente todas las resoluciones que se dicten en la audiencia, sin necesidad de ulterior notificación. Además, se hará constar a las partes, que en dicha audiencia deberán señalar al tribunal todos los medios de prueba que pretendan hacer valer en la audiencia de juicio, como así también requerir las diligencias de prueba necesarias (prevención de rebeldía Art. 451).

5. **La reacción del demandado:** Una vez notificada de la denuncia el demandado, debe optar por alguna de las siguientes forma de reacción:
- a. Contestar la denuncia: El demandado debe contestar la demanda por escrito con a lo menos 5 días de antelación a la fecha de celebración de la audiencia preparatoria. La contestación debe contener:
1. Una exposición clara y circunstanciada de los hechos y fundamentos de derecho en los que se sustenta;

¹³⁴ Los plazos son: fatales, atendiendo lo señalado el Art. 435 CT.

2. Las excepciones y/o demanda reconvenzional que se deduzca.
 3. Pronunciamiento sobre los hechos contenidos en la demanda, aceptándolos o negándolos en forma expresa y concreta.
- b. Demandar reconvenzionalmente: El demandado podrá demandar por escrito a su vez al demandante, en el mismo plazo para contestar la demanda, la cual sólo será procedente cuando el tribunal sea competente para conocer de ella como demanda y siempre que esté íntimamente ligada a ella.

Pero, nos cabe fuertemente la duda, que en este procedimiento en la práctica se pueda reconvenir, atendiendo a que el procedimiento de tutela laboral queda limitado a la tutela de los derechos a que se refiere el artículo 485 y, por ende, no cabe su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos.

- c. Allanarse: Es la aceptación pura y simple de la demanda. El demandado puede allanarse total o parcialmente a la demanda, si es parcial se continuará con el juicio, sólo en la parte en que hubo oposición. Para estos efectos, el tribunal deberá establecer los hechos, sobre los cuales hubo conformidad, estimándose esta resolución como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.
- d. Rebeldía: El juez, en la sentencia definitiva, puede estimar los hechos como tácitamente admitidos (453 N° 1).

6. **La audiencia preparatoria**: Tiene por objeto fijar de los puntos de discusión y provocar la conciliación entre las partes y, en su defecto, preparar adecuadamente el juicio.

Las partes deberán comparecer con patrocinio de abogado y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio.

De no asistir las partes podrán por una sola vez solicitar nuevo día y hora para su realización, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que debió efectuarse. Si bien nuestro legislador no contempló la suspensión del procedimiento, esta norma (Art. 453) daría a lugar a una suspensión de mutuo acuerdo de las partes.

El legislador no contemplo sanción expresa en caso que no asista a la audiencia preparatoria el denunciante o demandante o ambas partes. En el último caso, si ambas partes no asisten y no solicitan dentro del 5 día hábil nuevo día y hora, cabe preguntarse si el juez ¿podría dictar fallo?, estimamos que sin desestimar el principio de oficialidad que inspira el nuevo procedimiento por economía procesal y los principios de la lógica lo más conveniente sería archivar la denuncia hasta que exista un verdadero interés por la parte denunciante.

Los trámites dentro de la audiencia preparatoria son:

- a. La audiencia comienza con la relación somera de la demanda, la contestación, en su caso la demanda reconvenzional y las excepciones de haber sido deducidas en el plazo establecido en el Art. 452, por parte del juez.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.260, las partes debían ratificar en audiencia, sin no lo hacían y de igual modo se dictaba sentencia, está podría ser anulada, en el caso de que la ratificación se considerara como un trámite esencial.

- b. El juez confiere traslado para la contestación de la demanda reconvenzional y de las excepciones, en caso de que hayan sido interpuestas.

Si alguna de las partes, dedujera excepciones a la demanda o a la reconvencción, ellas también se tramitarán conjuntamente y se fallarán en la sentencia definitiva. Con todo, el juez se pronunciará inmediatamente respecto de algunas de tales excepciones: i) de incompetencia; ii) de falta de capacidad o de personería del demandante; iii) de ineptitud del libelo; iv) de caducidad; v) de prescripción; o, vi) aquélla en que se reclame del procedimiento, siempre que su resolución pueda fundarse en antecedentes que consten en el proceso o que sean de pública notoriedad.

- c. En los casos en que sea procedente, se puede suspender la audiencia por el plazo más breve posible, a fin de que se subsanen los defectos u omisiones, o en el plazo de 5 días, bajo el apercibimiento de no continuarse adelante con el juicio.
- d. El tribunal promoverá la conciliación entre las partes, ya sea sobre todo o parte del conflicto, conforme a las bases de acuerdo que el propio tribunal proponga, sin que las opiniones que emita al efecto sean causal de inhabilitación. Si se produce conciliación, sea ésta total o parcial, se debe dejar constancia en un acta suscrita por el juez y las partes, la que tendrá valor de sentencia ejecutoriada.
- e. Contestada la demanda, sin que se haya opuesto reconvencción o excepciones dilatorias, o evacuado el traslado conferido de haberse interpuesto éstas, el tribunal recibirá de inmediato la causa a prueba, fijando los hechos que deberán ser probados. Contra esta resolución sólo procede la reposición, que deberá interponerse y fallarse en el acto.

De no haber hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el tribunal dará por concluida la audiencia y procederá a dictar sentencia.

- f. El juez deberá determinar fundadamente, en el acto la prueba, que podrán rendir las partes y que haya sido ofrecida, calificando su pertinencia. Además, podrá disponer la práctica de otras que estime necesarias. El tribunal admitirá sólo las pruebas que tengan relación directa con la materia del juicio y siempre que sean necesarias para su solución.

En este acto la prueba instrumental ofrecida podrá impugnarse oralmente, así como en la audiencia de juicio.

Como se señaló con anterioridad, en materia probatoria en el procedimiento de tutela, el juez puede alterar la carga de la prueba, cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante, resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales. No queda claro, en la norma, el momento en que el tribunal debe declarar que los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de algún derecho fundamental. A fin de dar certeza, de que parte tiene la carga de la prueba, pensamos que en la audiencia preparatoria el tribunal debe efectuar dicha declaración, antes de recibir la causa a prueba, a fin de que la parte empleadora, pueda ofrecer los medios de prueba necesarios y que no quede expuesta a la indefensión, y así evitar que posteriormente esta parte deduzca un recurso de nulidad.

“El tribunal no apreciará, por carecer de valor probatorio, la denominada prueba ilícita, esto es aquellos elementos de convicción que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales. Por ejemplo, la

prueba documental obtenida con vulneración a la inviolabilidad de las comunicaciones o la prueba testimonial obtenida con infracción a la vida privada de su contraria”¹³⁵.

- g. El tribunal deberá despachar todas las citaciones y oficios que correspondan, cuando se haya ordenado la práctica de prueba en la audiencia de juicio y así se requiera.

El tribunal sólo dará lugar a la petición de oficios cuando se trate de requerir información objetiva, pertinente y específica sobre los hechos materia del juicio, estando facultado a rechazar las solicitudes que no cumplan con estas condiciones. Cuando la información se solicite respecto de entidades públicas, el oficio debe dirigirse a la oficina o repartición en cuya jurisdicción hubieren ocurrido los hechos o deban constar los antecedentes sobre los cuales se pide informe. Las personas o entidades públicas o privadas a quienes se dirija el oficio están obligadas a evacuarlo dentro del plazo que fije el tribunal, el que en todo caso no podrá exceder a los tres días anteriores al fijado para la audiencia de juicio, y en la forma que éste lo determine, pudiendo disponer al efecto cualquier medio idóneo de comunicación o de transmisión de datos.

- h. La resolución que cite a absolver posiciones, se notificará en el acto al absolvente, de ser posible. La citación de los testigos deberá practicarse por carta certificada, enviada a lo menos con ocho días de anticipación a la fecha de audiencia.
- i. Si se va a rendir prueba pericial, el informe deberá estar a disposición de las partes, al menos con tres días de anticipación a la fecha de audiencia de juicio.

¹³⁵ Corte Suprema, Corporación Administrativa del Poder Judicial. Op. Cit. Pág. 88.

La ley faculta al juez, para que al remitir oficios o requerir informe de peritos, emplee cualquier medio idóneo de comunicación o de transmisión de datos que permita la pronta práctica de las diligencias, debiendo adoptar las medidas necesarias para asegurar su debida recepción por el requerido, dejándose constancia de ello. También se admite tal medio de comunicación para la recepción de oficios sea de personas o entidades públicas o privadas.

- j. Se decretarán las medidas cautelares que procedan, a menos que se hubieren decretado con anterioridad, en cuyo caso se resolverá si se mantienen.

Recordemos lo expuesto anteriormente, en cuanto, a que en los procedimientos de tutela, el juez, de oficio o a petición de parte, puede disponer, en la primera resolución que dicta, la suspensión del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversible. En el caso de que el juez haya de decretado dicha medida, es en la audiencia preparatoria, donde, el empleador puede oponerse y solicitar que cese la mencionada medida cautelar.

- k. Se fijará la fecha para la audiencia de juicio, la que deberá llevarse a cabo en un plazo no superior a treinta días de realizada la audiencia preparatoria. Las partes se entenderán citadas a esta audiencia por el solo ministerio de la ley.
- l. Se levantará una breve acta de la audiencia que sólo debe contener:
 1. La indicación del lugar, fecha y tribunal.
 2. Los comparecientes que concurren a ella.
 3. La hora de inicio y término de la audiencia.
 4. La resolución que recae sobre las excepciones opuestas,

5. Los hechos que deberán acreditarse e individualización de los testigos que depondrán respecto a éstos; y
6. La sentencia que se pronuncia en caso que el demandado se allane, o en caso de existir una conciliación.

7. Audiencia de juicio: La audiencia se llevará a efecto en un solo acto y tiene por objeto, que en ella se rinda íntegramente la prueba, se formulen alegaciones por las partes y se dicte sentencia. Al igual que en la audiencia preparatoria, las partes, deberán comparecer representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio.

Trámites dentro de la audiencia de juicio:

- a. La audiencia de juicio, se iniciará con la rendición de las pruebas decretadas por el tribunal, comenzando con la ofrecida por el demandante y luego con la del demandado, salvo en los juicios sobre despido, en cuyo caso corresponderá la rendición de la prueba en primer lugar al demandado.

La ley, estableció el orden en que debe rendirse la prueba. En primer lugar la documental, en segundo lugar la confesional, en tercer lugar la testimonial, y, por último lugar los otros medios ofrecidos, sin perjuicio de que el tribunal pueda modificarlo por causa justificada.

- b. Como señalamos anteriormente, la prueba instrumental acompañada podrá impugnarse oralmente.
- c. El citado a absolver posiciones, está obligado a comparecer personalmente, a menos que designe especialmente por escrito a un mandatario, el que si representa al empleador, deberá tratarse de una de las personas a que se refiere el artículo 4º del Código del Trabajo, vale decir, el gerente, el

administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica. Para todos los efectos, se considerará que las declaraciones fueron realizadas personalmente por el citado.

Si el citado a absolver no comparece a la audiencia, sin causa justificada, o compareciendo se niega a declarar o diere respuestas evasivas, podrán presumirse como efectivas las alegaciones de la parte contraria.

Si una de las partes, alegare entorpecimiento en el caso de la imposibilidad de comparecencia de quien fuere citado a la diligencia de confesión, deberá acreditarlo al invocarla, debiendo resolverse el incidente en la misma audiencia. Sólo podrá aceptarse cuando se invocaren hechos sobrevinientes y de carácter grave, en cuyo caso, debe el juez adoptar las medidas inmediatas que fueren necesarias para su realización a la mayor brevedad, notificándose a las partes en el acto.

La ley otorga facultades a los jueces, para limitar el número de citados a absolver posiciones, en especial si estima que sus declaraciones puedan resultar una reiteración inútil sobre los mismos hechos.

“A diferencia de cuanto ocurre en el proceso civil o en el proceso laboral antiguo, las posiciones que deberá absolver el citado, no se hacen constar en un pliego que deba ser entregado con antelación por la parte que requiere la práctica de tal diligencia probatoria; las preguntas se formularán oralmente en la audiencia, pero deben ser pertinentes a los hechos sobre los cuales debe recaer la prueba y expresarse en términos claros y precisos. De hecho, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, rechazar las preguntas que no cumplan con dichas

exigencias. Asimismo, podrá formular a los absolventes las preguntas que estime pertinente, y ordenarles que precisen o aclaren sus respuestas”¹³⁶.

- d. Los testigos, sólo pueden declarar ante el tribunal que conozca de la causa, lo cual, es una evidente manifestación del principio de inmediación judicial. No serán admitidos a declarar, más de cuatro testigos por cada parte, salvo en casos de acumulación de autos y, cuando, por resolución fundada, el tribunal conforme a la naturaleza de los hechos a ser probados, amplíe ese número por ser indispensable para garantizar una adecuada resolución del juicio.

Los testigos declararán bajo juramento o promesa de decir verdad en juicio. El juez deberá comunicarles expresamente y previo a su declaración, las penas establecidas en la ley a quienes incurran el delito de falso testimonio. “Como acontece en otros procesos de reforma, no existen testigos inhábiles, de manera que no se admiten tachas respecto los de testigos; sin embargo, a efectos de evidenciar la ausencia de imparcialidad u otra condición que merme la credibilidad del testigo, las partes podrán hacer observaciones respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus declaraciones”¹³⁷.

Tanto el tribunal como las partes, podrán hacer las preguntas a los testigos que estimen necesarias para el esclarecimiento de los hechos sobre los que trata el juicio. Asimismo, podrán exigir que éstos aclaren o precisen sus dichos.

- e. “Si se rinde prueba que no esté expresamente regulada en la ley, el tribunal determinará la forma de su incorporación al juicio, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo. Esto es particularmente relevante, para el caso

¹³⁶Corte Suprema, Corporación Administrativa del Poder Judicial. Op. Cit. Pág. 92.

¹³⁷ Corte Suprema, Corporación Administrativa del Poder Judicial. Op. Cit. Pág. 92-93.

de rendirse prueba consistente en modernos medios probatorios, tal como documentación electrónica, desde que, por ejemplo, la Dirección del Trabajo ha admitido que ciertos registros puedan ser llevados por medios digitales, tal como el registro de asistencia”¹³⁸.

- f. En caso de que el oficio o informe del perito, no fueren evacuados antes de la audiencia y su contenido fuere relevante para la resolución del asunto, el juez debe, dentro de la misma audiencia, tomar las medidas inmediatas que fueren necesarias para su aportación en ella. Si al término de esta audiencia dichas diligencias no se hubieren cumplido, el Tribunal debe fijar -para ese solo efecto-, una nueva audiencia que deberá llevarse a cabo dentro del más breve plazo.
 - g. Alegatos de clausura: practicada la prueba, las partes formularán, oralmente, en forma breve y precisa, las observaciones que les merezcan las pruebas y sus conclusiones. La ley faculta al juez para pedir a las partes que aclaren los puntos oscuros de sus observaciones.
 - h. Al finalizar la audiencia se levantará un acta, en la que constará el lugar, fecha e individualización del tribunal, de las partes comparecientes, de sus apoderados y abogados, y de toda otra circunstancia que el tribunal estime necesario incorporar.
7. **La sentencia**: Con el mérito del informe de fiscalización, cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de 10 días.

¹³⁸ Ibid.

La sentencia definitiva, establecerá la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada y, en caso afirmativo, dispondrá las siguientes medidas de tutela:

- a. Ordenará, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo apercibimiento de multa, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada.
- b. Indicará en forma concreta, de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo apercibimiento de multa y condena a pagar las indemnizaciones que procedan.
- c. Aplicará las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de Código del Trabajo.
- d. El juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.
- e. El juez deberá ordenar que se remitan a la Dirección del Trabajo copia de la sentencia para su registro. La Dirección del Trabajo debe llevar un registro de las sentencias condenatorias por prácticas antisindicales o desleales o por infracción a los derechos fundamentales del trabajador y publicar semestralmente la nómina de empresas y organizaciones sindicales infractoras (art. 294 bis CT).

En relación con el punto “e”, el 19 de enero de 2008, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.238, que tiene por finalidad asegurar la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la

administración del Estado. Esta ley, modifica la ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios, en especial, su artículo 4, relativo a los requisitos para contratar con la Administración del Estado, excluye a quienes al momento de la presentación de la oferta, la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitación pública, privada o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores 2 años, para lo cual deben considerarse las certificaciones emitidas por la Dirección del Trabajo por Condenas por prácticas antisindicales y el registro del futuro, Procedimiento de Tutela Laboral.

“En síntesis, la protección es completa y consta de:

- I. **Tutela inhibitoria:** Cese inmediato de la o las conductas bajo apercibimiento de multa, la que podrá repetirse hasta obtener el cumplimiento de la medida decreta.
- II. **Tutela restitutoria:** El juez deberá velar para que la situación se retrotraiga, al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada. O sea el acto violatorio es nulo.
- III. **Tutela resarcitoria:** El juez indicará en forma concreta obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de los derechos fundamentales, bajo el mismo apercibimiento anterior, incluidas las indemnizaciones que procedan”¹³⁹.

4.3. El despido abusivo en el nuevo procedimiento de tutela de derechos.

¹³⁹ Gamonal Contreras Sergio. Op. Cit. Pág. 24.

Si se produce un despido por cualquiera de las causales de los artículos 159, 160, 161 y 161 bis y en ese acto, se transgrede un derecho fundamental, podrá accionarse, por vía del procedimiento de tutela. Siguiendo la opinión del destacado profesor Sergio Gamonal Contreras, se consagran dos figuras: el despido atentatorio de derechos fundamentales y el despido discriminatorio grave.

Derechos lesionados: El legislador los señaló en el artículo 485 los derechos fundamentales lesionados y son:

- a. A la vida, integridad física y psíquica, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.
- b. Vida privada.
- c. Honra.
- d. Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.
- e. Libertad de conciencia y culto.
- f. Libertad de trabajo.
- g. Derecho a lo no discriminación laboral.

Legitimidad Activa: En estos casos la legitimación activa corresponderá, en forma exclusiva, al trabajador afectado y la demanda deberá interponerse dentro del plazo de 60 días, sin perjuicio de que se suspenda cuando, dentro del mismo, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas ante la Inspección del Trabajo respectiva. El plazo seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante dicha Inspección. No obstante lo anterior, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos 90 días hábiles desde la separación del trabajador.

Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral, y la otra fuera de despido injustificado, indebido o improcedente, en cuyo caso deberá interponerse subsidiariamente. Si no se ejerce estas acciones de esta forma, se entiende que se renuncia a ellas.

4.3.1 El despido atentatorio de los derechos fundamentales: “Se trata de despidos que vulneran cualquiera de las garantías ya citadas, como por ejemplo, cuando se despide a un trabajador por sus creencias religiosas, por las opiniones que han manifestado en la prensa, por una falsa imputación que afecte su honra, por su orientación sexual, etc. Otro despido atentatorio de derechos fundamentales, es el despido antisindical, consagrado especialmente en el artículo 294 del Código del Trabajo”¹⁴⁰.

Los efectos de este despido los señala expresamente el artículo 489 del CT y son:

1. El juez decretará el pago de la indemnización del inciso cuarto del art.162, es decir, la indemnización del aviso previo.
2. El juez ordenará el pago de la indemnización por años de servicio (Art. 163 CT).
3. El juez ordenará el pago de los recargos del art. 168.
4. El juez fijará una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual

“En consecuencia, decretado el despido como atentatorio de derechos fundamentales, el legislador lo considera, por una parte como un despido injustificado, según las reglas generales del Art. 168 y, además se lo sanciona con una indemnización extra, con piso de seis y tope de once remuneraciones como máximo, fijada incidentalmente por el juez laboral”¹⁴¹.

¹⁴⁰ Ibid.. Pág. 25-26.

¹⁴¹ Ibid.

4.3.2 El despido discriminatorio grave: “En estos casos, el despido es declarado discriminatorio, por haber infringido el inciso cuarto del artículo 2 del CT y, además, es calificado grave por resolución fundada. Se trata de despidos discriminatorios, que efectúan 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. Además, el despido discriminatorio deberá ser grave, o sea el juez deberá sopesar los elementos fácticos de la discriminación, valorando el peso y la entidad del daño provocado, como puede ser el caso del despido de un trabajador enfermo de VIH cuya fuente de ingreso es vital para la continuación de su tratamiento”¹⁴².

Si no es grave pero sí discriminatorio, el despido solamente es atentatorio de derechos fundamentales y se rige por los efectos, ya explicados.

“El despido discriminatorio grave, es un despido nulo y por ello el trabajador tiene la siguiente opción: reincorporarse a la empresa, o preferir el pago de la indemnización del art. 163, de años de servicios, con los recargos del artículo 168, además de la indemnización adicional que determine el juez no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”¹⁴³.

4.4. El daño moral en el procedimiento de tutela.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

El Daño Moral es “aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual”¹⁴⁴.

El daño moral es subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias, que puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda, lo que a otra no.

Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral, son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y la salud mental y espiritual de las personas.

La aplicación del Daño Moral en materia laboral estaba excluida por una serie de elementos y proceder de nuestros Juzgados del Trabajo. Sin embargo, el Daño Moral Laboral, está tomando su lugar, amparado en las relaciones extrapatrimoniales y fundamentos ético-jurídicos de toda relación laboral.

En esta evolución nuestros Tribunales, han estimado que existiendo o concurriendo en el marco de una relación laboral o a su término, un abuso o violación de los derechos fundamentales del trabajador, vinculados a la potestad de mando de un

¹⁴⁴ Disponible en: http://www.monografias.com/trabajos28/dano-derecho/dano-derecho.shtml#_Concepto_de_daño_moral. Fecha 02 de junio de 2008.

empleador y subordinación, procede una reparación extralegal y patrimonial, como lo es el daño moral.

La base de esta nueva realidad jurídica, surge de los siguientes principios o bases:

- a. El principio rector de que la relación laboral, debe fundarse siempre en un trato compatible con la dignidad de la persona.
- b. La consagración de la denominada “ciudadanía de la empresa”, que consiste, en que el ejercicio de las facultades del empleador tiene como limite el respeto a las garantías constitucionales de las personas;
- c. El Reconocimiento de la dignidad en todo ámbito, en la Convención Americana de Derechos Humanos y Convenios OIT;
- d. La nueva Ley 19.628 sobre protección a la vida privada, en cuanto dignidad, datos personales, físicos o psíquicos, y
- e. El nuevo Procedimiento Laboral.

La Ley 20.087 introdujo un nuevo artículo 495 CT, conforme al cual la sentencia que se dicte en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales deberá contener, en su parte resolutive: “ *La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de los derechos fundamentales [...] incluidas las indemnizaciones que procedan*”, reconociendo expresamente la procedencia de daño moral en dicho procedimiento.

Cabe preguntarse, en primer término, si el trabajador vulnerado en sus derechos fundamentales podrá reclamar la satisfacción del daño moral que se le haya causado, ya sea, a través de la acción por despido indirecto, ya sea, a través del procedimiento de tutela de sus derechos fundamentales.

En los dos tipos de despido abusivo tratados (despido atentatorio de derechos fundamentales y el despido discriminatorio grave), se comprende expresamente, la indemnización de daño moral contractual y la mayoría de las acciones se desarrollaría por el procedimiento de tutela. Puesto que, decretado el despido abusivo, el legislador lo considera por una parte, como injustificado según las reglas generales del Art. 168 y, además, se lo sanciona con una indemnización extra con piso de seis y tope de once remuneraciones como máximo, fijada incidentalmente por el juez laboral. Esta indemnización, según el profesor Sergio Gamonal, “es por el daño material y moral causado al afectado, en especial por este último rubro dado que se trata de derechos fundamentales del trabajador”¹⁴⁵.

Pero pensamos que esta indemnización extra con piso de seis y tope de once remuneraciones como máximo, no es por daño moral, pues si un trabajador ha sido víctima de una lesión de sus derechos fundamentales no tiene por qué contentarse con las indemnizaciones tarifadas del Código del Trabajo y debería poder siempre exigir una satisfacción total de los perjuicios sufridos, sin sujeción al tope antes señalado, como cualquier persona puede hacerlo cuando sufre un daño injusto en otro ámbito de sus relaciones intersubjetivas. El único límite, sería la acumulación de indemnizaciones, a fin de que no resulte un enriquecimiento ilícito para el trabajador

Como bien, señala el profesor Sergio Gamonal Contreras, en su libro “el procedimiento de tutela de los derechos laborales, existe un “vacío importante en la aplicación de el procedimiento de tutela al despido indirecto por acciones del empleador atentatoria a los derechos fundamentales.

“En relación con la acción por despido indirecto, se podría objetar la reparación del daño moral con un argumento de carácter histórico fundado en que durante la tramitación de la ley el Senado suprimió la frase “incluido el daño moral” que contenía el

¹⁴⁵ Gamonal Contreras Sergio. Op. Cit. Pág. 26.

proyecto. En el caso de la ley sobre nuevo procedimiento laboral sucedió algo similar. Se quiso colocar en el artículo 420, en el cual se regula la competencia de los tribunales del trabajo, la facultad para conocer del daño moral. Sin embargo, esa norma no prosperó”¹⁴⁶.

“Lo cierto, es que no existe ninguna buena razón que impida la satisfacción del daño moral, cuando los perjuicios provocados al trabajador por la conducta empresarial son de tal magnitud, que las sumas a que tenga derecho en virtud de la ley laboral resulten insuficientes para darle una satisfacción completa. De una parte, porque el artículo 2329 CC establece un principio general conforme al cual todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Y por otra, porque la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, agregando que “*en Chile no hay persona ni grupo privilegiados*” y prohibiendo al legislador y a cualquier otra autoridad establecer diferencias arbitrarias (art. 19 N° 2° CPR). Por ende, toda interpretación de la ley que tuviese como resultado excluir a los trabajadores del derecho a reclamar la reparación cabal es inadmisibles constitucionalmente”¹⁴⁷.

En cuanto, al despido indirecto “será más recomendable para el trabajador primero accionar por el procedimiento de tutela, requiriendo como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto impugnado (Art. 492) y su separación transitoria de la empresa (suspensión del contrato de trabajo, artículos 491 y 444). Una vez finalizado el procedimiento de tutela, el trabajador podrá solicitar el despido indirecto”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Palavecino Cáceres, Claudio. El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno: the new form of illegality in chilean labour law. *rev. derecho (valdivia)*, jul. 2006, vol.19, no.1, p.105-123. issn 0718-0950. disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-09502006000100005&script=sci_arttext. fecha: 02 de mayo de 2008.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Gamonal Contreras Sergio. Op. Cit. Pág. 28.

CONCLUSIONES.

No nos queda más que exponer las conclusiones de nuestra investigación. Así podemos señalar las siguientes:

1. El Derecho del Trabajo contemporáneo ha experimentado una notoria evolución dogmática jurídica en el último tiempo, lo que, en gran medida, ha tenido lugar a partir de la explicitación del reconocimiento del trabajador como titular de derechos que emanan de su propia esencia como ser humano y que, en tal carácter, se proyectan naturalmente en el ejercicio de su actividad laboral y, en concreto, en la empresa, como ámbito específico en el que éste presta sus servicios. Por lo tanto, salvo ciertas mínimas adaptaciones orientadas a compatibilizar los intereses de empleadores y trabajadores, la nueva configuración dogmática del Derecho del Trabajo permite concluir que los derechos fundamentales de que son titulares las personas, mantienen su vigencia durante todo el iter contractual laboral, con lo cual, ha sido posible reconocer que la titularidad de derechos esenciales del trabajador, en cuanto su persona no es contrapuesta con su calidad de parte de un contrato de trabajo y, consecuentemente, se le debe garantizar la posibilidad de ejercerlos en el ámbito de la empresa y en el desarrollo concreto y material de la relación de trabajo.

2. Los derechos fundamentales, constituyen un elemento condicionante a los poderes empresariales respecto al desarrollo de la actividad laboral de los trabajadores, no pierden su vigencia en la relación de trabajo, más bien, garantizan que los trabajadores no se vean reducidos sólo a una función productiva y económica. Así es, que estos derechos cumplen dos grandes funciones en el ámbito laboral, la primera “Limitadora de los poderes empresariales”, pues constituyen, un freno insalvable al ejercicio de los poderes de mando y dirección y la segunda “Integradora y unificadora”, puesto que, se reconoce que los derechos fundamentales poseen una verdadera fuerza expansiva en cuanto irradian su valor a la interpretación del conjunto del ordenamiento laboral. Se crea, pues así un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos.

3. En nuestro orden jurídico constitucional, no hay un reconocimiento expreso, de carácter declarativo, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sin embargo, una parte de la doctrina nacional sostiene que dicha doctrina se encuentra recepcionada y es posible desprenderla por diversas disposiciones de la CPR, entre éstas se encuentran: el artículo 6 inciso 2º, 19 N° 26, artículo 20 y finalmente, hay que tener en cuenta los principios vitales en los cuales descansan nuestra institucionalidad, como son, el “Principio de Supremacía Constitucional y el de la “Vinculación Directa”. En el ámbito laboral no cabe duda, que desde la entrada en vigencia de la Ley 19.759, se consagra de manera expresa la eficacia de los derechos fundamentales en este ámbito (artículo 2, 5, 154 inciso final, 154 bis, 153 inciso 2 del CT).

4. Dentro de los derechos laborales inespecíficos, se encuentra el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación. El derecho a la no discriminación, asevera la plena vigencia del derecho a la igualdad de trato, prohibiendo toda exclusión o menoscabo en el trabajo, fundado en criterios distintos de la capacidad o idoneidad del trabajador para la ejecución de una labor o la prestación de un servicio determinado. Por lo tanto, todas aquellas diferenciaciones, exclusiones o preferencias carentes de justificación o razonabilidad, como son, en términos generales, las que se basan en aspectos tales como la nacionalidad, el origen racial, el idioma, el sexo o la religión de las personas son repudiadas y prohibidas por diferentes instrumentos internacionales y nacionales sobre derechos humanos.
5. Tenemos plena certeza, que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación social es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y que no hay justificación para la discriminación racial o por nacionalidad, sea en la teoría o en la práctica, en ningún lugar.
6. Es en el contexto del empleo, en que la situación de marginación, discriminación o comportamientos xenófobos, a personas procedentes de culturas minoritarias (indígenas o migrantes), se reflejan en mayor número, y con mayor frecuencia vemos situaciones de rechazo y abuso. La discriminación por motivos de raza o etnia implica una operación simultánea de separación y jerarquización: el otro racial o étnico es juzgado como diferente, y a la vez como inferior en jerarquía, cualidades, posibilidades y derecho.
7. El problema de la discriminación por origen racial y nacionalidad, en los países de la región, Estados Unidos y Unión Europea, constituye actualmente una reivindicación, dentro del sistema legal, ya que, pese a todas las luchas que se han llevado a cabo, tanto por organizaciones nacionales como por los

organismos internacionales, continúa existiendo la discriminación en todos los ámbitos sociales y en especial en el ámbito del empleo.

8. En el caso de Chile no hay que desconocer que existe discriminación en el empleo, hacía inmigrantes, pero la gran parte de los problemas que afectan a los inmigrantes, en Chile, como dificultades en el acceso a la salud y la educación, la vivienda en barrios pobres, el impacto del clasismo etc., igualmente afectan a grandes partes de la sociedad chilena.
9. Si bien nuestro país, no ha ratificado la mayoría de los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los trabajadores indígenas y migrantes, no es menos cierto que nuestra normativa interna hace suyo los principios internacionales sobre esta materia, teniendo la voluntad de convertir estas garantías en medidas prácticas y significativas, como por ejemplo: la protección procesal efectiva del derecho a la no discriminación, a través del procedimiento de tutela. Nada sacan, los estados únicamente en firmar más tratados que ratifiquen las libertades y derechos de los trabajadores, sin que signifiquen medidas prácticas tendientes a evitar y proteger a dichos trabajadores. Por ello Chile, no tiene nada que envidiarle a aquellos países que han suscritos la mayoría de los tratados en esta materia.
10. La reforma procesal laboral, vino a subsanar la falta de protección efectiva de los derechos fundamentales, al incorporar un procedimiento especial de tutela de dichos derechos. Creemos que la aplicación de la nueva normativa procesal laboral entrega al derecho a la discriminación en el ámbito laboral resguardo efectivo, dejando de ser un mero derecho de papel.

11. Consideramos, que la admisibilidad de la indemnización del daño moral es crucial para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales vulnerados, pero dicha indemnización no se encuentra comprendida en la indemnización extra con piso de seis y tope de once remuneraciones como máximo, pues si un trabajador ha sido víctima de una lesión de sus derechos fundamentales no tiene por qué contentarse con las indemnizaciones tarifadas del Código del Trabajo y debería poder siempre, exigir una satisfacción total de los perjuicios sufridos, sin sujeción al tope antes señalado, como cualquier persona puede hacerlo cuando sufre un daño injusto en otro ámbito de sus relaciones intersubjetivas. El único límite, sería la acumulación de indemnizaciones, a fin de que no resulte un enriquecimiento ilícito para el trabajador

ABREVIATURAS.

1. **ART:** Artículo.
2. **CPR:** Constitución Política de la República.
3. **CT:** Código del Trabajo.
4. **OIT:** Organización Internacional del Trabajo.
5. **CONADI:** Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
6. **CEPAL:** La Comisión

BIBLIOGRAFÍA.

1. AMNISTÍA, Internacional. Vivir en las sombras, una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes, editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid España.
2. Baytelman Andrés Vargas Enrique. Habilidades y destrezas de los jueces en la resolución de los juicios orales. Disponible en:
<http://www.juanenriquevargas.cl/wordpress/wp-content/uploads/habilidades-y-destrezas-en-juicio-orales.pdf>
3. BALTA, Varillas, José. El Impacto Adverso. En: Themis. Lima. N° 34. 1996.
4. BICKELL, Dumas Rodolfo: Migraciones: un problema internacional. Disponible en:
http://www.uvm.cl/sitio_iri/docs/MIGRACIONES,%20UN%20PROBLEMA%20INTERNACIONAL%20-%20RODOLFO%20BICKELL.pdf.
5. CAAMAÑO Rojo Eduardo. El derecho a la no discriminación en el empleo, Editorial Lexis Nexos, primera edición, Santiago –Chile 2005.
6. CAAMAÑO, Rojo Eduardo. La Defensa del Principio de No Discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral. Revista Laboral Chilena N° 117, Mayo del año 2003.

7. Chile, Código del Trabajo. Disponible en:
<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html>.
8. Chile, Constitución Política de la Republica. Disponible en:
<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/242302.pdf>
9. CHILE, Corte suprema, Corporación Administrativa del Poder Judicial: Manual de estudio Juzgado de Letras del Trabajo. Disponible en:
http://www.poderjudicial.cl/concurso_docs/Manual_de_estudio_habilitante_Juzgados_de_Letras_de_Trabajo.pdf.
10. Chile, Ley 20.087. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. Disponible en:
<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-95516.html>.
11. chile, ley 20.260. modifica el libro v del código del trabajo y la ley N° 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral disponible en:
<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-95516.html>.
12. chile, ley 19.759. modifica el código del trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica. disponible en:
<http://www.diariooficial.cl/actualidad/20ulle/01100519759.html>.
13. CHILE, Convenio laboral entre las Repúblicas de Argentina y Chile:
14. CHILE, Acuerdo administrativo para la aplicación del convenio laboral, suscrito con Argentina.

15. CHILE, Ley N° 19.273 modificatoria del decreto ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en el país:
16. CHILE, Ley N° 19.074, en la que se autoriza el ejercicio profesional a personas que señala que obtuvieron títulos o grados en el extranjero:
17. CHILE, Acuerdo con Canadá que autoriza a los familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de las misiones diplomáticas y consulares acreditadas en los respectivos países y familiares dependientes del personal de cualquiera de ambos Gobiernos, acreditados ante una organización internacional con sede en el otro país, para desempeñar actividades remuneradas en el Estado receptor:
18. CHILE, Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la Republica Federal de Alemania para el fomento del establecimiento de pequeñas empresas por parte de ciudadanos chilenos repartidos desde la república federal de Alemania:
19. CHILE, Decreto N° 214 por el que se constituye la Comisión tripartita de integración laboral andina:
20. CHILE, Dirección del Trabajo, dictamen 2856/162, de fecha 30 de agosto de 2002. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-76653.html>.
21. CHILE, Dirección del Trabajo, dictamen 3276/173, de fecha 07 de octubre de 2002. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-63481.html>.
22. CHILE, Ley 19. 253. sobre protección, fomento y desarrollo indígena. disponible en: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/30620.pdf>.

23. COSTA RICA, recomendación N° 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación <http://www.ministrabajo.go.cr/Base%20de%20Datos/Recomendaciones%20NIT/Recomendacion111.htm>
24. CUADROS, Riobó Alfonso. Mediación laboral intercultural: una herramienta para la aproximación en las relaciones interétnicas en el empleo, comunicación al primer congreso internacional sobre mediación intercultural. disponible en: http://www.giemic.uclm.es/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=980&itemid=60.
25. FUNDACIÓN, de cultura islámica. <http://www.funci.org/es/2007/02/17/crece-el-rechazo-a-los-musulmanes/>
26. FUNDACIÓN, deas. Manual Tolerancia y no discriminación, primera edición, LOM Ediciones, febrero de 2003. Pág. 10.
27. GAMONAL, Contreras Sergio: "Lineamientos de derecho del trabajo, primera edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago –Chile, mayo de 2006.
28. GAMONAL, Contreras Sergio: El procedimiento de tutela de derechos laborales, primera edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago –Chile, marzo de 2007.
29. HARBOE, Fajardo Cristina y Olivares Robles Estrella: Apuntes complementarios I, curso derecho del trabajo y derechos fundamentales, discriminación en el empleo, Universidad de Chile, facultad de derecho, departamento de derecho del trabajo, Otoño-2003.

30. HOPENHAYN Martín y BELLO Álvaro: “Tendencias generales, prioridades y obstáculos en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. América latina y el caribe”. Seminario regional de expertos para América latina y el caribe sobre medidas económicas, sociales y jurídicas para luchar contra el racismo, con referencia especial a los grupos vulnerables, octubre-2000. Disponible en <http://www.eclac.cl/prensa/noticias/comunicados/0/5550/xeno.pdf>.
31. LABELLE, Micheline: Un léxico del racismo: estudio sobre las definiciones operativas relativas al racismo y a los fenómenos conectados. Disponible en: http://www.foromadrid.org/docs/comisionestrabajo/LCRX/docs/docs_10_09_CLC_RX_LexicoRacismo_castellano.pdf. Pág.1.
32. LIZAMA, Portal, Luís y Ugarte José Luís. “Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa” Editorial Conosur año 1998.
33. LÓPEZ, Diego. Los derechos fundamentales en el trabajo: Garantía de libertas y dignidad para las personas que trabajan. Disponible en: www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-86657_recurso_1.pdf.
34. MAHALUF, Francisco. ¿Qué nos pasa a los chilenos frente a la migración peruana?, Diciembre-2004. Disponible en: <http://www.flacso.cl/flacso/main.php?page=noticia&code=661>.
35. MONOGRAFÍAS, El daño. Disponible en: http://www.monografias.com/trabajos28/dano-derecho/dano-derecho.shtml#_Concepto_de_da%C3%B1o_moral.

36. OEA, Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la Organización de los Estados Americano.
37. OIT, La igualdad y sus efectos: el derecho a no ser discriminado. Disponible en: <http://200.62.227.8/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/edob/agora/pdf/oportunidad2.pdf>.
38. OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Desigualdades entrecruzadas: Pobreza, género, etnia y raza en América Latina, Santiago – 2004.
39. OIT, Convenio N° 50 de la OIT, de 1936, sobre “El reclutamiento de Trabajadores Indígenas”.
40. OIT, Convenio N° 64 y 86 de la OIT, de 1936, sobre “Los contratos de trabajo (trabajadores indígenas).”
41. OIT, Convenios N° 104 de la OIT, de 1955, sobre “La abolición de las Sanciones Penales (trabajadores indígenas).”
42. OIT, Convenio N° 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Disponible en: <http://www.ministrabajo.go.cr/Base%20de%20Datos/Tratados%20NIT/CONVENIO%20No%20100.htm>. Fecha 30 de marzo de 2008.
43. OIT, Panorama sobre el mundo del trabajo. Disponible en: http://www.ilo.org/wow/Articles/lang--es/WCMS_081397/index.htm.

44. OIT, Lista de ratificaciones Convenio N° 100. Disponible en:
<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C100>.
45. OIT, Lista de ratificaciones Convenio N° 118. Disponible en:
<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C118>.
46. OIT, Lista de ratificaciones Convenio N° 157. Disponible en:
<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C157>.
47. OIT, Declaración de Filadelfia. Disponible en: <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/spanish/about/iloconst.htm#annex>.
48. OIT, Recomendación N° 100 sobre protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados).
49. OIT, Convenio N° 143 sobre los trabajadores migrantes
50. OIT, Convenio N° 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.
51. OIT, Convenio N° 118 sobre la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social.
52. OIT, Convenio N° 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social.
53. OIT, Recomendación N° 86 sobre los trabajadores migrantes.

54. OIT, Recomendación N° 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social:
55. ONU, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw_sp.htm.
56. ONU, Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, Disponible en: <http://www.bozi-altv.net/documentos/archivos/fichas/d2.doc>
57. ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>
58. ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm.
59. ONU, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_cescr_sp.htm.
60. ONU, Lista de ratificaciones, convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes. Disponible: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byconv.cfm?conv=C097&lang=ES>.
61. PATAKA, Kayumarrl Aylla Chilca, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Oficina Internacional del Trabajo. Disponible: <http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf>.

62. PALAVECINO, Cáceres Claudio. El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno: the new form of illegality in chilean labour law. rev. derecho (valdivia), jul. 2006, vol.19, no.1, p.105-123. issn 0718-0950. disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-09502006000100005&script=sci_arttext.
63. PICHUNMAN Cortés Marco: Discriminación laboral por condición Étnica: una revisión de la literatura, diciembre de 2007. Disponible en <http://www.trabajoyequidad.cl/documentos/temp/discriminacionetnica.pdf>
64. ROSENBLUT, Álvaro. Apuntes de estudio para la Cátedra del profesor Davor Harasic, los recursos y la cosa juzgada, Universidad de Chile, Santiago-marzo 2001.
65. RUIZ, Araneda Amador: documento de trabajo: El Desafío de la Solidaridad, Trabajadores Migrantes Peruanos en Chile. Lima, Perú. 14 al 16 de Abril 2004. Disponible en: <http://www.catchile.cl/admin/archivos/36.doc>.
66. STEFONI, Carolina. La nueva perspectiva en Chile sobre los Derechos de los Trabajadores Inmigrantes, abril -2005. Disponible en: <http://www.flacso.cl/flacso/main.php?page=noticia&code=732>
67. SWISSINFO.CH,
<http://www.swissinfo.ch/spa/Swissinfo.html?siteSect=105&sid=1828218>
68. UGARTE, Cataldo José. El nuevo derecho del trabajo, primera edición, Editorial Universitaria, Santiago-Chile, Agosto 2004.

69. UGARTE, Cataldo José. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. rev. derecho (valdivia), dic. 2007, vol.20, no.2, p.49-67. issn 0718-0950. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200003&lng=es&nrm=
70. U.S. DEPARTMENT OF LABOR, The Employment Situation, noviembre de 2007, publicado por el Departamento de Trabajo de Estados Unidos el 7 de diciembre de 2007. Disponible en: <http://www.bls.gov> .
71. WEB, <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10411.htm>.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN..... 2

CAPÍTULO PRIMERO:

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO.

2.1. Ideas preliminares..... 5

2.2. La evolución de los derechos fundamentales de los trabajadores..... 6

2.3. La teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales..... 10

 2.3.1. Orígenes..... 10

 2.3.2. Planteamiento. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales..... 10

 2.3.2.1.1. Teoría de la eficacia mediata o indirecta..... 12

 2.3.2.1.2. Teoría de la eficacia inmediata o directa..... 12

 2.3.3. Funciones de los derechos fundamentales en el derecho laboral..... 13

 2.3.3.1. Limitadora de los poderes empresariales..... 13

 2.3.3.2. Integradora y unificadora..... 14

2.4. La eficacia horizontal derechos fundamentales en el orden jurídico Chileno..... 14

2.4.1.	La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el Derecho del Trabajo.....	18
--------	---	----

CAPITULO SEGUNDO

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.

3.	Ideas generales.....	21
3.2.	Discriminación en el empleo.....	22
3.2.1.	Concepto de Discriminación.....	22
3.2.2.	Clases de discriminación.....	24
3.2.2.1.	Discriminación Directa.....	24
3.2.2.2.	Discriminación Indirecta.	25
3.3.	Etapas de discriminación en el empleo.....	26
3.4.	La Igualdad Jurídica Y La No Discriminación	28
3.4.1.	Aspectos Preliminares.....	28
3.4.2.	El principio de Igualdad ante la Ley y El principio de la no discriminación laboral.....	29
3.4.2.1.	Reconocimiento en el ordenamiento Jurídico internacional del principio a la no discriminación.....	33

3.4.2.2. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional del principio a la no discriminación.....	40
3.4.2.3. En la Constitución política de la Republica	40
3.4.2.4. En el Código del trabajo.....	42

CAPITULO TERCERO.

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR ORIGEN RACIAL Y NACIONALIDAD.

3.4. Ideas generales.....	45
3.5. Hacia un concepto de discriminación laboral por origen racial y nacionalidad.....	46
3.6. La discriminación laboral por origen racial.....	50
3.6.1. En América Latina y el Caribe.....	50
3.6.1.1. En cuanto a la ocupación.....	50
3.6.1.2. En cuanto al salario.....	51
3.6.1.3. En cuanto al Desempleo.....	51
3.6.1.4. Informalidad.....	52
3.6.1.5. En cuanto al Perfil Ocupacional.....	53
3.6.2. En estados Unidos.....	53

3.6.3.	En la Unión Europea.....	55
3.6.4.	A nivel nacional.....	58
3.6.4.1.	En cuanto a la participación laboral.....	61
3.6.4.2.	En cuanto al salario.....	61
3.7.	Reconocimiento normativo del principio a la no discriminación en el empleo por origen racial.....	64
3.7.1.	A nivel nacional.....	64
3.7.1.1.	Artículo 1, 19 N° 2 y 19 N° 16 de la CPR.....	65
3.7.1.2.	Artículo 2 del Código del Trabajo.....	65
3.7.1.3.	Ley Indígena N° 19.253.....	65
3.7.1.4.	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.....	68
3.7.1.5.	Convenio N° 169 de la OIT, sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	70
3.7.2.	A nivel internacional (no aplicables en Chile).....	74
3.7.2.1.	Convenio N° 50 de la OIT, de 1936, sobre “El reclutamiento de Trabajadores Indígenas”.....	74
3.7.2.2.	Convenio N° 64 y 86 de la OIT, de 1936, sobre “Los contratos de trabajo (trabajadores indígenas).....	74

3.7.2.3.	Convenios N° 104 de la OIT, de 1955, sobre “La abolición de las Sanciones Penales (trabajadores indígenas).....	75
3.7.2.4.	Declaración sobre la Raza y Perjuicios Raciales(el 27 de noviembre de 1978).....	76
3.7.2.5.	Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la Organización de los Estados Americano (OEA)	79
3.8.	Discriminación laboral por condición de emigrante.....	82
3.8.1.	La migración de trabajadores.....	82
3.8.2.	La migración en Latinoamérica.....	84
3.8.3.	La migración a Estados Unidos y países desarrollados.....	86
3.8.4.	A nivel Nacional.....	87
3.8.5.	Los factores de discriminación laboral hacia los inmigrantes.....	90
3.9.	Reconocimiento normativo del principio a la no discriminación en el empleo por condición de emigrantes.....	92
3.9.1.	Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Convención sobre los Derechos de los Migrantes).....	92
3.9.2.	Convenio de la OIT N° 111 sobre la discriminación.....	97
3.9.3.	Convenio N° 97 de la OIT sobre los trabajadores migrante.....	97

3.9.4.	Recomendación N° 100 de la OIT sobre protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados).....	98
3.9.5.	Convenio N° 143 de la OIT, sobre los trabajadores migrantes.....	98
3.9.6.	Convenio N° 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración.....	98
3.9.7.	Convenio N° 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.....	99
3.9.8.	Convenio N° 118 de la OIT sobre la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social.....	99
3.9.9.	Convenio N° 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social.....	99
3.9.10.	Recomendación N° 86 de la OIT sobre los trabajadores migrantes.....	99
3.9.11.	Recomendación N° 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social.....	99
3.10.	Leyes relativas a inmigrantes en Chile.....	100
3.10.1.	Convenio laboral entre las Repúblicas de Argentina y Chile.....	100
3.10.2.	Acuerdo administrativo para la aplicación del convenio laboral, suscrito con Argentina.....	100
3.10.3.	Ley N° 19.273 modificatoria del decreto ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en el país.....	101

3.10.4.	Ley N° 19.074, en la que se autoriza el ejercicio profesional a personas que señala que obtuvieron títulos o grados en el extranjero.....	101
3.10.5.	Acuerdo con Canadá que autoriza a los familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de las misiones diplomáticas y consulares acreditadas en los respectivos países y familiares dependientes del personal de cualquiera de ambos Gobiernos, acreditados ante una organización internacional con sede en el otro país, para desempeñar actividades remuneradas en el Estado receptor	101
3.10.6.	Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la Republica Federal de Alemania para el fomento del establecimiento de pequeñas empresas por parte de ciudadanos chilenos repartidos desde la república federal de Alemania.....	101
3.10.7.	Decreto N° 214 por el que se constituye la Comisión tripartita de integración laboral andina.....	102
3.11.	Medidas tendientes a evitar la discriminación.....	102
3.11.1.	Políticas Sociales	102
3.11.2.	Políticas Gubernamentales.....	103
3.11.3.	Políticas Legislativas.....	104
3.11.4.	Políticas Internacionales (ONU; CEPAL, OIT).....	104

CAPITULO CUARTO.

LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA NUEVA JUSTICIA LABORAL.

4.	Ideas generales.....	105
4.1.	Procedimiento de tutela laboral (artículos 485 a 495 Código del Trabajo).....	107
4.1.1.	La pretensión procesal.....	107
4.1.1.1.	Ámbito de aplicación.....	107
4.1.1.2.	Lesión de derechos.....	109
4.1.1.3.	Improcedencia	110
4.1.1.4.	Legitimación activa	110
4.1.1.4.1.	Legitimación activa especial en el despido abusivo	111
4.1.1.4.2.	Plazo	111
4.1.1.4.3.	Limitación del procedimiento	111
4.1.1.4.4.	Preferencia	111
4.1.1.4.5.	Prueba.....	112
4.1.1.4.6.	Procedimiento.....	112

4.2.	El despido abusivo en el nuevo procedimiento de tutela de derechos.....	127
4.2.1.	El despido atentatorio de los derechos fundamentales.....	128
4.2.2.	El despido discriminatorio grave.....	129
4.3.	El daño moral en el procedimiento de tutela.....	130
	CONCLUSIONES.....	135
	ABREVIATURAS.....	140
	BIBLIOGRAFÍA.....	141