



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

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL
TRABAJADOR EN LA EMPRESA.

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

FERNANDO GUSTAVO ABARCA CORREA.

Profesor Guía: SR. LUIS LIZAMA PORTAL.

SANTIAGO, CHILE

OCTUBRE DE 2002

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR COMO CIUDADANO, CONSAGRADOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.....	10
1.1.- Derecho a que se respete la dignidad del trabajador	11
1.2.- Derecho a no ser discriminado.....	18
1.2.1.- Concepto de discriminación y antecedentes preliminares.....	18
1.2.2.- Desigualdad o discriminación.	25
1.2.3.- Criterios sospechosos de discriminación según nuestra legislación.....	26
1.2.3.1.- La raza, el color, la nacionalidad, la ascendencia nacional y el origen social.	27
1.2.3.2.- El sexo como factor de discriminación.....	31
1.2.3.3.- Otros factores sospechosos de discriminación.....	42
1.2.4.- Discriminación previa a la relación laboral.....	47

1.2.4.1.- Las ofertas de empleo.....	48
1.2.4.2.- Los tests de selección y pruebas de aptitud.....	52
1.3. Derecho a la libertad ideológica.....	61
1.3.1. Las empresas ideológicas o de tendencia y las limitaciones a la libertad ideológica	62
1.3.2.- La libertad religiosa.....	65
1.3.3.- Libertad política.....	73
1.3.4.- La Libertad sindical.....	74
1.3.5.- Libertad de expresión.....	75
1.4.- Derecho a la vida privada, a la intimidad y a la honra.....	79
1.4.1.- El respeto a la intimidad del trabajador.....	81
1.4.2.- Derecho a la intimidad informática.....	86
1.4.3.- Derecho a la propia imagen.	94

CAPITULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONVENIOS INTERNACIONALES	98
---	-----------

2.1.- Origen de los convenios internacionales	98
2.2.- Obligaciones que surgen de los Convenios Internacionales para los Estados miembros de la OIT	99

2.3.- Validez en Chile de los Convenios Internacionales adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo	103
--	-----

CAPITULO III

TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES...111

3.1.- Eficacia directa de los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano.....	112
3.2.- Acciones conferidas al trabajador para la protección de sus derechos fundamentales	115
3.2.1.- La Acción Constitucional de Protección.....	117
3.2.2.- La acción de despido indirecto.....	118
3.2.3.- Despido injustificado.....	120
3.2.4.- La vía administrativa.....	120
3.2.5.- El ejercicio de acciones civiles.....	122
3.3.- Disponibilidad y pérdida de los derechos fundamentales del trabajador.....	124

CAPITULO IV

CONCLUSION..... 127

BIBLIOGRAFÍA..... 137

RESUMEN

El trabajo tiene por objeto realizar un análisis de nuestra legislación en materia de derechos del trabajador como ciudadano al interior de la empresa, tras la reforma al Código del Trabajo de la ley 19.759, para ello se realiza un análisis de cada uno de estos abarcando el derecho al respeto de la dignidad del trabajador, a no ser discriminado en las relaciones laborales abordando cada uno de los factores considerados por la ley como sospechosos de discriminación, otros derechos que se tratan son la libertad ideológica, el derecho a la vida privada, a la intimidad y a la honra.

En un segundo capítulo se analizan los convenios internacionales y su relación con estos derechos del trabajador, además de la fuerza obligatoria de los mismos en la legislación nacional.

Por último se aborda la tutela de estos derechos y los medios propiciados por la ley para que el trabajador pueda obtener su protección, siendo en este aspecto donde se observan las mayores falencias de la ley en materia de derechos fundamentales del trabajador frente a su empleador.

INTRODUCCIÓN

Para comprender a que se refiere con los derechos fundamentales del trabajador en la empresa se hace necesario analizar algunos aspectos previos y efectuar algunas precisiones en el lenguaje y terminología.

De acuerdo a lo anterior y sin ánimo de extenderse, por no ser el objeto de estudio de la presente memoria, partamos por aproximarnos lingüísticamente a que se entiende por “derecho fundamental”, diversos términos se han señalado como sinónimos, tales como derechos humanos, derechos naturales, derechos subjetivos públicos, libertades públicas, derechos morales, todos con un afán de abarcar los derechos en su integridad. A la vez existen otros términos como derechos sociales, derechos individuales, civiles, políticos o del ciudadano, etc., estos últimos con un sentido más acotado en el lenguaje jurídico y referido a áreas específicas del campo de los derechos. Pero el término derechos fundamentales representa una mayor amplitud así se señala que “puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia

jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades.”¹.

Sin embargo la doctrina laboralista ha hecho aplicable el término “derechos fundamentales del trabajador” a una parcela del derecho, que se sitúa dentro del campo de los derechos fundamentales, por lo que a mi juicio resulta poco precisa dicha terminología, puesto que lo que en realidad se ha querido señalar es una categoría de derechos que tiene por adjudicatario al trabajador, pero que no son de naturaleza propiamente laboral, sino que, como lo ha señalado parte de la doctrina laboral, son los derechos que el trabajador como ciudadano lleva a la empresa, es decir la ciudadanía en la empresa y que también se han conocido por otra parte de la doctrina como derechos constitucionales inespecíficos, ello producto de la “la teorización jurídico-política que extiende los valores y los principios democráticos a todos los ámbitos de la sociedad y que defiende más en concreto, la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, también en el seno de la relación de trabajo, evitando así la

¹ PECES-BARBA, GREGORIO, 1999. Curso de derechos fundamentales. Madrid, Universidad Carlos II y Boletín Oficial del Estado. 37p

existencia dividida de la personalidad humana, libre y en plenitud de sus derechos sólo en cuanto no estuviere sometida a trabajo dependiente”², así estos derechos no se adquieren por tener la calidad de trabajador, como tampoco son privativos de las relaciones laborales, sino que están presentes en diversas otras relaciones jurídicas, tampoco es una categoría de derechos estáticos, sino que son manifestación de los cambios culturales, políticos, sociales, económicos, etc., que se van produciendo y que se reflejan en el campo del pensamiento jurídico y normativo.

Cabe además advertir, como ya lo señalábamos, sobre la naturaleza no laboral de estos derechos, puesto que ello ha llevado a ciertas confusiones en el tratamiento que la doctrina les ha dado, así tenemos derechos de naturaleza netamente laboral como el derecho a una remuneración justa, el derecho a descanso, vacaciones, el derecho a huelga, a organizarse sindicalmente, etc., que si bien también son derechos fundamentales del trabajador, estos se circunscriben exclusivamente al campo de las relaciones laborales y se adquieren en virtud de tener la calidad de trabajador, pero no es a ellos a lo que nos referimos con la terminología derechos

² APARICIO, J . y BAYLOS A. 1992. Autoridad y democracia en la empresa. Madrid. Editorial Trotta. 11p (Colección estructuras y procesos. Serie 1º de mayo).

fundamentales del trabajador en la empresa, término que continuaremos utilizando a lo largo de este trabajo pese a la incomodidad que en cierta medida produce debido a su amplitud, sino que se trata de aquellos derechos subjetivos de que goza la persona del trabajador como ciudadano, y que en una primera fase hace valer ante el poder público, “que si bien tienen un alcance general, encuentran en las relaciones de trabajo un terreno de aplicación especialmente apropiado”³, llevándolos el ciudadano al campo de sus relaciones laborales así como a toda otra relación entre privados. Pero por sobre toda discusión filosófica en cuanto a su fundamento y conceptos más adecuados para identificarlos es destacable el hecho de que en las últimas décadas comienzan a incorporarse en el lenguaje jurídico y en el consciente colectivo, para finalmente cristalizarse en normas, fenómeno que se ha denominado la positivización de los derechos fundamentales.

Nuestro país, no ha estado ajeno a esta tendencia, que se ha acelerado producto de la mundialización o globalización cultural de los últimos tiempos, la cual también ha llegado al campo jurídico, así tenemos que se

³ VALDÉS DAL-RÉ F. 1992. Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador. En : APARICIO J. Y BAYLOS A. ob. cit (2) pag.30.

encuentran presentes en la Constitución Política de la República de Chile de 1980, en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo de los últimos años y más recientemente incorporados al Código del Trabajo, entre los que se pueden identificar en nuestra legislación, están el derecho a la igualdad que se opone a toda forma de discriminación, el derecho a la honra, a la intimidad, la vida privada, la libertad de expresión, de religión, de ideología, el derecho a la dignidad de la persona del trabajador, etc. Derechos todos que abordaremos en el cuerpo de este trabajo a la luz de nuestro derecho positivo, especialmente tras la reforma al Código del Trabajo de la ley 19.759, sin dejar de lado modificaciones introducidas con anterioridad a dicho cuerpo normativo como la ley 19.591, la 19.628 relativa a la protección de datos personales en lo que sea atinente a la materia y la ley 19.739. Además de los convenios internacionales y la Constitución Política de la República de 1980. Modificaciones todas que según la opinión de algunos autores como Héctor Humeres Noguera abrirá paso a posibles demandas de indemnización, especialmente en el campo de la discriminación, tanto en la relación formal de trabajo como en situaciones extracontractuales, llegando incluso a poder tener cabida la indemnización del daño moral, posibilidades que se abordaran en el curso del análisis.

En Chile los derechos fundamentales ya no son sólo una forma de poner límite al poder público, sino que también existe la posibilidad de hacerlos valer frente al particular o en las relaciones entre particulares, como es el caso de la relación laboral que se da entre el trabajador y su empleador, producto de la acogida que en nuestra legislación ha tenido la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

“La inexistencia o debilidad de las organizaciones sindicales, la situación del mercado de trabajo favorable a los empresarios o la lentitud en la resolución de los conflictos laborales son algunas circunstancias que dan cuenta del porqué los derechos fundamentales de los trabajadores, pese a su formal reconocimiento, puedan quedar relegados en la cotidiana experiencia jurídico-laboral a simples enunciados normativos vacíos de contenido”⁴. Por ello es que el campo de los derechos fundamentales no se agota en su positivización en la forma en que se ha dado en nuestra legislación, sino que además de la paulatina incorporación de nuevos derechos, aún ausentes en las diversas parcelas jurídicas, el reforzamiento de los ya existentes y los cauces más adecuados y eficaces para su protección, y reconocimiento, no sólo por los órganos administrativos como la Dirección del Trabajo, sino

⁴ Ob. cit. (3) 28p.

que también por los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional, ya que en la materia han sido mas bien conservadores y tímidos, existiendo una escasa jurisprudencia judicial al respecto. Pero siempre buscando el justo equilibrio ya que “la congelación de los derechos fundamentales en el interior de las organizaciones productivas puede lograrse, por lo pronto, a través de intervenciones normativas o por la omisión de dichas intervenciones”⁵.

La existencia, consagración y protección de los derechos fundamentales del trabajador, tiene un componente especial que no está presente en otras relaciones entre privados y es la existencia de la subordinación o poder que un particular (empleador) ejerce sobre otro (trabajador) en virtud de un acuerdo, como es el contrato de trabajo, reconocido por el ordenamiento de manera tal que la relación que se da entre el trabajador y el empleador se asimila en este aspecto a la relación existente entre una persona y el poder público, por lo cual se hace especialmente interesante el estudio de esta materia y de una particularidad especial.

Por otro lado al llevar el trabajador los derechos del ciudadano a la empresa podría producirse una colisión de intereses y de derechos

⁵ Ob. cit. (3) 28p.

fundamentales igualmente protegidos, debido a este componente particular que tiene la relación laboral que es el vínculo de subordinación y dependencia, “la extensión de esa subordinación, la amplitud del reconocimiento de un poder privado sobre las personas, es el elemento central de esta problemática”⁶, por cuanto dicha potestad de mando del empleador y deber de obediencia por parte del trabajador se encuentran amparadas al igual que los derechos fundamentales del trabajador, y de hecho en la realidad se producen este tipo de colisiones de intereses como por ejemplo en las empresas ideológicas, en que por un lado una determinada filiación puede ser requisito, que en otro tipo de organizaciones sería un elemento de abierta discriminación, o lo que puede suceder entre el derecho de propiedad del empleador y la dignidad del trabajador, disyuntivas como estas las abordaremos al tratar los distintos derechos fundamentales del trabajador a la luz de nuestra legislación y los límites impuestos a estos, derivados de su naturaleza y de los demás derechos.

Otro aspecto que debe abordarse en el estudio de los derechos fundamentales o ciudadanos del trabajador es su ámbito temporal y de

⁶ Ob. cit. (2) 10p.

vinculación, lo que implica determinar la precontractualidad de estos derechos, quien es el sujeto activo, sujeto pasivo, disponibilidad y pérdida de los mismos, así como la forma en que se garantizan y las vías de protección.

Finalmente se pondrá fin al presente trabajo con las formas que se vislumbran en nuestra legislación para dar protección a dichos derechos, y con un esbozo de lo que a mi juicio son las perspectivas futuras del tema.

CAPITULO I

ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR COMO CIUDADANO, CONSAGRADOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

En nuestra legislación la Constitución Política de la República de 1980 consagra una serie de derechos laborales y derechos fundamentales en términos amplios, que sin lugar a dudas pueden ser llevados al campo de las relaciones laborales y más recientemente se han reafirmados algunos de estos derechos-principios constitucionales incorporándolos a la legislación laboral, con la reforma de la ley 19.759, aunque con un criterio más bien de declaración de principios que de protección eficaz, logrando una redundancia en la normativa y una confirmación de lo que ya se venía sosteniendo por la jurisprudencia administrativa y por una aún pequeña parte de la doctrina laboralista.

Entre los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano al interior de la empresa y que podemos vislumbrar en nuestro derecho positivo se encuentran los que a continuación pasamos a revisar:

1.- DERECHO A QUE SE RESPETE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR.

Nuestra Constitución en su artículo 1° inciso primero, dentro del título Bases de la Institucionalidad, establece que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, principio que podemos llevar a todo el campo jurídico, “no sólo respecto de los poderes públicos, sino que también en el ámbito de las estructuras sociales y económicas”⁷. Este principio se ha visto especialmente confirmado con la incorporación al Código del Trabajo del nuevo inciso final del artículo 154, que obliga a respetar la dignidad del trabajador, norma que se encuentra en concordancia con la introducción de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa a la legislación del trabajo.

⁷ GAETA L. <199_> La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación. En: APARICIO J. Y BAYLOS A. ob. cit (2) 64p.

Sin embargo, a mi juicio, el propósito con que ha sido incorporado al Código del Trabajo queda corto frente a la real importancia de este derecho y principio constitucionalmente consagrado, el cual es visto en un aspecto positivo y sustancial en dicho texto constitucional, sin embargo en el Código del Trabajo se establece una tutela negativa de la dignidad del trabajador, ya que lo que se realiza es imponer ciertas restricciones y condicionamientos al empleador de manera tal que se limitan sus facultades de control y por ende su potestad de mando que tiene en virtud del derecho de propiedad de que goza sobre los medios de producción, lo que produce una de las ya anunciadas colisiones de derechos fundamentales, entre la libertad de empresa y el derecho de propiedad por una parte y la dignidad del trabajador por otra.

La inclusión de este derecho en el código del ramo es referida exclusivamente a las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores de acuerdo al reglamento interno de orden, higiene y seguridad, y en general a toda medida de control, imponiendo así requisitos y límites a las medidas que el empleador pueda ejercer sobre los trabajadores, como es la revisión de la persona del trabajador, controles de pertenencia, control de llamadas telefónicas, exámenes médicos de toda

índole, sistemas de vigilancia (ej. circuitos cerrados de televisión, detectores magnéticos), etc., teniendo así que:

- i) Incorporar dichas medidas al reglamento interno de orden, higiene y seguridad.
- ii) Efectuarlas por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral.
- iii) Aplicarlas con un carácter general.
- iv) Llevarlas a cabo de manera tal que resulten impersonales.

Como podemos ver lo que se busca es lograr un adecuado equilibrio entre los distintos derechos fundamentales que convergen en una relación laboral como son por un lado la libertad de empresa, el derecho de propiedad y las potestades de mando del empleador y por otra la dignidad del trabajador.

En virtud de aquellos derechos de que goza el empleador podríamos decir que es legítimo para éste resguardar las pertenencias de su empresa adoptando para ello ciertas medidas de control respecto de sus trabajadores, con tal que se encuentren incorporadas en el reglamento interno y con las condiciones ya señaladas de respeto a la dignidad del trabajador, no

existiendo objeción a que pueda establecer medidas preventivas de resguardo y control, por ejemplo establecer la prohibición a los trabajadores de ingresar pertenencias personales a los lugares en que estos deban laborar, o la instalación de circuitos cerrados de televisión al interior de los lugares de faena, siempre que con ello se respete la dignidad del trabajador, así sería contrario a ello la instalación de estos sistemas de vigilancia en lugares como el baño o camarines de los trabajadores, así también se ha sostenido que “existe justificación legal para que las empresas adopten medidas de revisión, siempre que estén destinadas a evitar que se atente contra los derechos ya enunciados (derecho a la vida e integridad física de las personas, derecho a la salud y el derecho de propiedad), y que su práctica no viole o atente contra otros derechos, como sería la honra y la dignidad de las personas”⁸, pero ello con tal que estén en el reglamento interno de la empresa y con las condiciones que se señalan en el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, incorporado por la ley 19.759.

En la implementación de estas medidas se debe ser concordantes con la relación laboral, en el sentido de que deben ser siempre de carácter preventivo y bajo ningún respecto implementarlas frente a una situación

⁸ Dirección del Trabajo, ordinario N°2060/0176, de 22/05/2000.

aparentemente anómala puntual o de carácter delictivo, por cuanto esto implicaría que la medida tiene un carácter investigatorio y prepolicial, que vulnera el respeto a la honra y dignidad del trabajador.

Las medidas que el empleador pueda adoptar, deben ser de un carácter técnico y despersonalizado, señalando expresamente en el Reglamento Interno la forma que estas adoptarán, por lo que no es dable al empleador utilizar un criterio discrecional para la selección de los trabajadores que deban someterse a ellas o el establecimiento de medidas ilegales, arbitrarias o extrañas, por ejemplo si son mujeres las que deben someterse a una revisión física esta deberá realizarse en un lugar cerrado que resguarde su privacidad y por otra persona del mismo género vinculada a la empresa, y no podría por ejemplo desnudarse a la mujer trabajadora como medida de control en una fabrica de calzado. Además las formulas que se establezcan para determinar quienes se someten a las medidas de control que contempla el reglamento y en las condiciones que este señala, deberán ser de tipo aleatorio para asegurar la impersonalidad de la medida o sobre la totalidad de los trabajadores por igual

La dignidad del trabajador en la empresa es sin embargo mucho más que las medidas de control que el empleador pueda ejercer, y alcanza a otros

aspectos, que si bien en nuestro Código del Trabajo no están expresamente resguardados, obedecen a principios superiores de rango Constitucional que implica la posibilidad de hacerlos aplicables al campo de las relaciones laborales.

Especial relevancia reviste el tema del acoso sexual, que a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, como es en el caso del Estatuto del Trabajado en España, en el que se ha señalado expresamente que “la dignidad comprende la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”⁹, en nuestra legislación si bien no existe una norma que haga expresa referencia al tema del acoso sexual, no cabe duda de que es un atentado en contra de la dignidad de la persona humana, y por tanto se esta atentando en contra de un derecho fundamental consagrado en la Constitución, de manera que su titular, que son todas las personas, puede o debería poder, frente a dicho atentado en el campo de las relaciones laborales al igual que en todo otro tipo de relaciones entre privados, perseguir su protección por el ordenamiento jurídico y la intervención de los órganos que ejercen jurisdicción, sin embargo el problema se nos

⁹ Ver LÓPEZ G. J. 2000. Las obligaciones del empresario: Otros derechos del trabajador. En: Derecho del trabajo, Fuentes y contratos individuales. 2000. Por ALBID M. I. “et al”. 2º ed. Valencia España. 570p.

presenta no en cuando a la consagración de los derechos fundamentales como es el del caso, sino que frente a la posibilidad de impetrar un derecho fundamental en forma directa, por el solo hecho de tener su titularidad, que es además, como ya lo decíamos, consubstancial a la persona humana, problema que abordaremos más adelante al tratar la protección de los derechos fundamentales en Chile.

Volviendo al atentado contra la dignidad de la persona que implica el acoso sexual, este se ha conceptualizado como “la conducta de naturaleza sexual y otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos o verbales no deseados”¹⁰. Este acoso sexual puede tratarse de una conducta de un superior en la jerarquía del lugar de trabajo, de un compañero de trabajo o de un tercero ajeno a la empresa en cuyo caso hablamos de acoso sexual ambiental. El acoso sexual como bien lo dice su concepto comprende no sólo vías de hecho, sino que también agresiones psíquicas, ya sean situaciones condicionantes a la contratación o en el desempeño de la labor del trabajador, que tengan un claro contenido sexual

¹⁰ Ob. cit. (9) 570p.

y que además sean resistidas en forma total por el trabajador. En nuestra legislación no existe una claridad respecto de esta materia, ni de la forma como lograr su protección frente a una situación de acoso sexual, ni en la forma como reparar el daño causado con esta conducta que cae en el campo de la responsabilidad extracontractual, encontrándose actualmente en el parlamento un proyecto de ley, desde hace algún par de años que trata esta materia. Tal es la importancia del tema que la jurisprudencia española ha calificado las secuelas psicofísicas producidas por una agresión sexual como accidente del trabajo. Situación respecto de la cual nuestra legislación se encuentra distante.

1.2.- DERECHO A NO SER DISCRIMINADO.

1.2.1.- Concepto de discriminación y antecedentes preliminares.

El derecho a no ser discriminado es quizás uno de los más trascendentales derechos fundamentales, el cual no es sino una forma que adquiere el principio jurídico de la igualdad, e informa este todo el ordenamiento en su conjunto, pero especial importancia cobra en el ámbito

de las relaciones laborales, debido a la gran cantidad de situaciones en que puede llegarse a la discriminación en alguna de sus diversas formas.

“La no discriminación en el empleo constituye condición esencial de la libertad de trabajo”¹¹. Diversos son los textos que hacen referencia a este derecho o principio, como la Declaración de Filadelfia, La declaración de Derechos Humanos que establece “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”¹², La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; La declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, y los demás instrumentos emanados de la OIT, especialmente el Convenio y la Recomendación N°111 de 1958 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de Junio de 1998 en su

¹¹ MONTT B. M. 1984. Principios de derecho internacional del trabajo. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile. 137p.

¹² Declaración Universal de Derechos Humanos, art.7.

86° reunión, en que se contempla la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En nuestro derecho interno por su parte tenemos que la Constitución Política de la República en el artículo 19 N°16 inciso tercero hace eco de esta tendencia a nivel internacional y establece expresamente como principio de rango constitucional que “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley puede exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”, esta disposición constitucional es además novedosa ya que apartándose de la formula comúnmente dada no establece una enumeración de cuáles son los criterios considerados como sospechosos de discriminación sino por el contrario establece una formula abierta. Con la ley 19.759 se viene a incorporar al Código del Trabajo este derecho constitucionalmente consagrado, estableciendo un marco ético jurídico a la relación de trabajo desde la propia legislación laboral, señalando además, cuales son los criterios que pueden ser manifestaciones de discriminación, efectuando una enumeración que como ya decíamos no esta presente en el texto constitucional, el cual sólo señala en forma negativa los criterios de discriminación y en forma positiva cual es el único criterio admisible, esta

enumeración que incorpora la ley puede ocasionar dificultades en cuanto a dos aspectos, por un lado su aparente contradicción con el criterio establecido en la Constitución y en segundo lugar por cuanto cada vez que apareciera un nuevo criterio que pueda ser sospechoso de discriminación tendría que entrar a incorporarse al texto legal mediante una reforma. En lugar de haberse establecido una norma que fijara ciertos parámetros más o menos flexibles de lo que debe entenderse por discriminación, como lo hace la Constitución, siendo los tribunales los llamados en cada caso concreto a interpretar esta norma, para así determinar la existencia o no de discriminación, ya que la cultura, la economía, la ciencias, la tecnología y las sociedades en general están en constante evolución y cambio.

En cuanto al primer aspecto, las diferencias de criterios entre la fórmula constitucional y la legal y tratando de armonizarlas se puede concluir que la norma antidiscriminación por excelencia de nuestra legislación es la constitucional por la forma en que se contempla este principio y por su rango jerárquico, siendo el artículo segundo del Código del Trabajo una norma específica que contempla criterios de discriminación que en ningún caso son excluyentes de otros que no se encuentran enumerados o que puedan aparecer.

El Código del Trabajo admite al igual que la constitución ciertas distinciones que no se consideraran discriminatorias, como lo señala el inciso 4° del artículo 2°, al establecer “Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”.

La reforma que realiza la ley 19.759 viene a complementar la realizada anteriormente por la ley 19.739, tendiente a evitar las discriminaciones en que pueda incurrirse en las ofertas de trabajo que realice el empleador por sí o por medio de terceros, reforma que se mantiene en el actual inciso 5° del artículo 2° del Código del Trabajo.

Este derecho a no ser discriminado en el empleo esta íntimamente ligado al derecho anteriormente visto, así la discriminación negativa supone algo más que una mera diferencia de trato, sino que es un verdadero atentado a la dignidad humana, como ocurre por ejemplo entrar a discriminar a una persona en razón de su aspecto físico, la menoscaba en su dignidad y respeto como persona.

Para adentrarnos en el estudio de este derecho es bueno partir por realizar un acercamiento a un concepto de lo que debe entenderse por discriminación, aunque esta tarea no es fácil debido a los matices que puede

presentar dependiendo de la sociedad, época y condiciones en que se da, pero sólo así vamos a poder identificar adecuadamente que se desea combatir, así el Código del Trabajo Chileno señala “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 tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”¹³, otra concepción señala que “en general, discriminación supone un tratamiento sistemáticamente peyorativo frente a un grupo de sujetos basado en condiciones personales o familiares sobre las que no tiene facultad de elección, o en el ejercicio de derechos elementales, vinculados con la idea misma de dignidad humana”¹⁴, otro concepto de discriminación dado por la doctrina laboralista chilena es aquel que señala que discriminación laboral 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, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por

¹³Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Código del Trabajo. Santiago. 2002. Artículo 2° inciso 3°.

¹⁴ FERNANDEZ L. M° F. <199_ > Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional. En: APARICIO J. Y BAYLOS A. ob. cit (2) 96p.

efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”¹⁵, por su parte la OIT en el Convenio N°111, relativo a la discriminación en el empleo y ocupación señala que el término discriminación comprende “a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”¹⁶.

De lo anterior podemos concluir que el artículo 2° del Código del Trabajo, al señalar lo que se entiende por discriminación adopta el concepto dado por la OIT en el Convenio n° 111, al igual que la doctrina, la que se funda principalmente en este criterio para dar un concepto propio.

Ya establecido un concepto, podemos analizar algunos aspectos del derecho a no ser discriminado:

¹⁵ LIZAMA P. L. y UGARTE C. J. L. 1998. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago, Chile. Ed. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 218p.

¹⁶ Organización Internacional del Trabajo. 1958. Convenio N° 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, artículo 1° N°1, letra a).

1.2.2.- Desigualdad o discriminación.

La desigualdad no es sinónimo de discriminación, así no se incurre en una conducta discriminatoria si se trata desigual a los desiguales existiendo un criterio racional para efectuar la diferencia, ya que la igualdad se da en relación a la condición de los sujetos que se enmarcan dentro de una misma situación o de ciertos criterios justificados, así por ejemplo no es discriminatorio el trato preferente que se otorga a un lisiado al interior de la empresa en orden a facilitarle el ingreso hasta su puesto de trabajo permitiendo su llegada media hora más tarde, debido a los problemas que a este le implica el desplazarse, con relación a sus compañeros de labores que no tiene defecto físico alguno, sino que este es sólo un trato desigual justificado y razonable, ello viene a constituir una discriminación positiva, en que se establece como criterio la responsabilidad social que implica la inserción de un lisiado en la vida laboral.

Por su parte sería discriminatorio si entre los trabajadores de la empresa que se encuentran en igualdad de condiciones, que pertenecen a una misma categoría o aún perteneciendo a categorías distintas o encontrándose en desigualdad de condiciones, se les diera por mero arbitrio del empleador un

trato desigual. Desde la óptica opuesta podemos señalar que sería también un trato discriminatorio el tratar igual a los desiguales.

Las distinciones, exclusiones o preferencias que se realicen entre los trabajadores basadas únicamente en su capacidad, idoneidad o calificaciones exigidas para un determinado empleo no son constitutivas de discriminación, sino que implican sólo un trato desigual, debido a una razonable desigualdad, y así lo contempla la Constitución en el artículo 19 n°16, el Código del Trabajo artículo 2° inciso 4° y el Convenio N° 111 de la OIT en su artículo 1° n°2.

1.2.3.- Criterios sospechosos de discriminación según nuestra legislación.

El artículo 19 N°16 inciso 3° de la Constitución Política de la República, no establece una enumeración de criterios sospechosos de discriminación en el empleo, sino que establece la prohibición de cualquier criterio de discriminación en términos amplios, excluyendo sólo las distinciones en razón de la capacidad o idoneidad personal. Pero igualmente podríamos hacer un estudio de los criterios sospechosos de discriminación que la

doctrina ordinariamente considera, a no ser por el artículo 2° del Código del Trabajo que realiza una enumeración de algunos criterios que serán estudiados a continuación:

1.2.3.1.- La raza, el color, la nacionalidad, la ascendencia nacional y el origen social.

La raza de una persona es un criterio del que el legislador sospecha pueda prestarse para discriminar, por ello no es dable realizar distinción alguna en razón del origen racial de una persona.

Este criterio racial, que se puede prestar para discriminaciones, parece que fuera extremadamente añejo sin embargo es una realidad que se da cada día en nuestro país, especialmente respecto de ciertas minorías étnicas, por ejemplo no es una casualidad que trabajadores pertenecientes al pueblo Mapuche sea quienes asuman ciertas labores mas pesadas, como se da en el rubro de las panaderías, área en que gran parte de los trabajadores que realizan labores pesadas pertenecen a esta etnia, unido lo anterior a una serie de factores de discriminación no sólo en el empleo, sino que de índole social, por ejemplo las menores posibilidades de acceso a la educación,

entre tantos otros factores que a la larga configuran un escenario adverso para una participación igualitaria en el campo laboral con quienes no tienen el factor diferenciador que origina la discriminación.

El crecimiento que pueda tener este factor de discriminación es insospechado en un mundo cada vez más globalizado y donde la diversidad de razas que pueden manifestarse entre chilenos, de una distinta ascendencia nacional será cada vez más frecuente.

Ocurre que ciertas discriminaciones en razón de la nacionalidad parecieran presentar algún tipo de contradicciones, entre el derecho a no ser discriminado por la nacionalidad con el artículo 19 del Código del Trabajo, que impone al empleador la obligación de que al menos el ochenta y cinco por ciento de los trabajadores que este emplee en el territorio nacional sean de nacionalidad chilena, es decir, según esta norma podría un empleador, que desea contratar, rechazar a un postulante en razón de su nacionalidad, por haber completado la cuota de extranjeros que la ley le permite tener empleados sin que con ello incurra en un acto de discriminación, siempre que el rechazo al extranjero sea no sólo a este sino que a todo aquel respecto del cual se presente igual condición. La disposición del artículo 19

del Código del Trabajo no es contradictoria con el derecho a no ser discriminado en razón de la raza que establece el propio Código.

Pese a lo anterior la Constitución admite un criterio de desigualdad, debido a que en el artículo 19 N°16 inciso tercero da la posibilidad a la ley de exigir la nacionalidad chilena para ciertos casos, algo similar ocurre con los requisitos que se deben tener por ejemplo para ejercer determinados cargos públicos o para poder ser designado juez conforme al artículo 252 del Código Orgánico de Tribunales.

Otro de los motivos que se ha señalado como un posible factor de discriminación es el color, el que implica dejarse llevar únicamente por el aspectos físico del trabajador, como lo es el color de su piel y que en cierta medida esta íntimamente ligado a las diferencias raciales, de nacionalidad o de ascendencia nacional de los trabajadores, criterio novedoso este último incorporado por la ley 19.759.

Por último el artículo 2° del Código del Trabajo señala el origen social de una persona, lo que obedece a criterios de discriminación de la sociedad en su conjunto y no sólo en el ámbito de las relaciones laborales y la aún difícil movilidad social en Chile, para cuya superación se hace necesario un cambio en las concepciones culturales prejuiciadas de nuestro país,

acompañadas de la adopción de políticas en este sentido por parte del Estado, aumentando las igualdades de oportunidades, especialmente en lo que al acceso a la educación se refiere, en condiciones y de calidad similar a la que actualmente tienen sectores de la sociedad chilena, por ello y para ello se hace necesario una actividad positiva global en dicho sentido.

Difícil es que por medio de una sola ley se pretenda solucionar este tipo de discriminación, que continuara en forma evidente o solapada siendo tolerada por las autoridades, jueces y la sociedad en general, debido a carencias de tipo cultural y legal, como la última modificación introducida al Código del Trabajo mediante la ley 19.759, en orden a poner fin a las discriminaciones, surge desde un principio como una modificación coja al no establecer mecanismos expresos que permita la protección de dichos derechos y las correspondientes compensaciones frente a su vulneración, sino que hace necesario recurrir a figuras indirectas y no siempre eficaces para obtener un amparo relativo.

1.2.3.2.- El sexo como factor de discriminación.

Este es quizás uno de los factores de discriminación que más frecuentemente se repite y generalmente en desmedro de la mujer y su condición o posible condición de embarazada, pero el sexo como factor de discriminación no debe ser entendido sólo como las diferencias de género, sino que también implica considerar las diferencias en la determinación o inclinación sexual, aspecto este último ligado a lo que es el derecho al respeto de la dignidad humana.

Por su trascendencia y frecuencia centraremos el análisis respecto de este factor de discriminación en la condición de la mujer.

Las mujeres desempeñan un papel cada vez más importante en la vida económica y social del mundo contemporáneo, siendo este uno de los elementos más novedosos que ha debido enfrentar el derecho del trabajo durante los últimos tiempos, actualmente las mujeres representan más de un tercio de la población económicamente activa y van en franco aumento. En Chile particularmente la participación de la mujer en la fuerza de trabajo representaba un 38 % en 1998¹⁷. Cifra esta última que muestra un

¹⁷ Encuesta CASEN 1998.

significativo aumento con relación a los años anteriores, siendo además destacable el hecho de no considerar dicha estadística el trabajo estacional o temporal que desarrolla la mujer en actividades principalmente agrícolas, sector en el que representan un importante aporte en el ingreso familiar.

Sin embargo pese a la creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo subsiste una importante discriminación a su respecto la que admite cierta clasificación, así podemos decir que lo es tanto horizontal o de entrada al mundo laboral, como vertical y que implica las pocas posibilidades que tiene la mujer de llegar a ocupar posiciones de mando, todo esto se traduce en dificultades tanto en el acceso a puestos de trabajo, como en diferencias de remuneraciones respecto de un hombre que ocupe el mismo puesto o tenga igual grado de responsabilidad, lo cual es más acentuado tratándose de puestos de trabajo que implican un mayor grado de responsabilidad o más alta jerarquía.

Las principales circunstancias que traen discriminación hacia la mujer están dadas por concepciones culturales (prejuicios y tradiciones) y de costos laborales, las primeras son las que principalmente han evolucionado, dejando de considerar a la mujer como incapaz para asumir ciertas posiciones de responsabilidad en la toma de decisiones o por considerarlas

no aptas para el desempeño de ciertas labores tradicionalmente realizadas por hombres, en los hechos se ha demostrándose empíricamente lo contrario, así no es de extrañar por ejemplo encontrar hoy en día mujeres en altos cargos ejecutivos, en el mundo de las finanzas o como chofer de un microbús, tendencia que por lo demás esperamos siga en aumento.

El factor de discriminación recientemente denunciado en ciertos casos se plasma en la legislación, al respecto podemos citar Argentina que establece la “prohibición de ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre, en industrias que determinará la reglamentación de la ley ”¹⁸ ¹⁹, disposiciones legales que a mi juicio, más que a un afán proteccionista, obedecen a concepciones culturales determinadas que acarrear únicamente discriminación hacia la mujer, en que un trabajo que puede ser considerado peligroso como la labor de minera, perfectamente podría ser desarrollado por una mujer como lo es por los hombres y de hecho en España el Tribunal Constitucional ha resuelto en un caso como este que una mujer aspirante a minera no puede ser

¹⁸ ARGENTINA, Ministerio del Trabajo. 1997. Ley de Contrato de Trabajo. Art. 176.

¹⁹ Esta norma ha sido extraída de la Carta Social Europea de 1961 que en su parte II, artículo 8° 4.b, contiene igual disposición.

discriminada por razón de su sexo²⁰, distinto a la legislación Argentina es el caso de la legislación chilena que establece normas de protección a los trabajadores pero sin realizar este tipo de diferenciaciones odiosas.

Ahora tratándose de las normas relativas a la protección del embarazo y de la maternidad la situación es distinta puesto que esta en juego el interés de un tercero como es la criatura que esta por nacer.

Como bien ya se señalaba, nuestra legislación establece normas de protección respecto de los trabajadores, como el artículo 187 inciso 1° del Código del Trabajo “No podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud o seguridad”, establece un criterio de diferenciación que puede afectar tanto a hombres como a mujeres, pero no de discriminación en razón del sexo. Existe sin embargo a mi juicio una excepción en nuestra legislación, en que se incurriría en algún tipo de discriminación en razón del sexo, como es el artículo 18 inciso final del Código del Trabajo, que presenta una contradicción con las modificaciones

²⁰ GARCÍA M. R. 1998. Derecho del trabajo y de seguridad social. Teoría general de los principios e instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social. Buenos Aires, Argentina. Ed. Ad-Hoc. 162p (Fallo de la Sala I del Tribunal Constitucional Español de fecha 14 de diciembre de 1992).

introducidas por la ley N° 19.739 al artículo 2° del Código del Trabajo, la además resulta a mi juicio inconstitucional.

Respecto del que señalamos como segundo agente de discriminación de las mujeres, es decir con relación a los costos laborales, se ha señalado como principal factor la posibilidad de que la mujer quede embarazada o se encuentre en una situación de embarazo, lo que implicaría un mayor costo para la empresa que esta debe asumir, no directamente por el embarazo, ya que el costo de los pre y post natal de la mujer son asumidos por el sistema de salud, sino que donde argumentan se produce el desajuste es en la necesidad en que se ve la empresa de contratar personal de reemplazo, el cual debe entrar a capacitar para que asuma las funciones de la trabajadora que se ha embarazado, lo cual implica una baja en los niveles de productividad del trabajador sustituido, este fenómeno es más acentuado mientras mayor sea el grado de especialidad que tenga la trabajadora sustituida, situación que se está dando cada vez más debido al mayor grado de especialización de los trabajadores en las labores desarrollada en la tecnificada industria moderna.

Con miras a aumentar el grado de protección de la mujer trabajadora y tendiente a evitar que la situación de embarazo puede ser causal de

discriminación es que se han introducido algunas modificaciones en esta materia, como la realizada al artículo 194 del Código del Trabajo agregando un inciso final que establece “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”²¹. Otra modificación legal en este sentido es la realizada al artículo 195 inciso segundo²² que establece la posibilidad que el padre haga uso del post natal o lo que reste de éste en caso de que la madre llegara a fallecer, si bien esta reforma no es gravitante si es un paso en orden a establecer en un futuro cercano una disposición que podría ser claramente desalentadora de la discriminación horizontal en contra de la mujer, la que consiste en la posibilidad de que el post natal sea asumido todo o en parte por el marido, ya sea en forma conjunta o alternativo, al respecto existe una iniciativa legislativa presentada en el Congreso Nacional, aún cuando la alternancia en el post natal entre la madre y el padre, ha sido resistida por ciertos

²¹ Inciso agregado, por el artículo único, N°1, de la Ley N°19.591, publicada en el Diario Oficial de 9 de Noviembre de 1998.

²² Modificación introducida por la letra a), N°1 del artículo único de la ley 19.670, de 15 de abril de 2000.

sectores en atención al interés superior del menor, debido a que el vínculo logrado con la madre durante los primeros meses de vida es esencial para el mejor desarrollo del niño y evitar trastornos posteriores. Dura tarea la de los legisladores para discernir cual de estos derechos fundamentales debe tener primacía, por un lado la integridad psíquica del menor y por la otra el derecho a no ser discriminado.

Ya analizada la discriminación de las mujeres en la posibilidad de acceder a puestos de trabajo o de ascender en estos, llamada discriminación horizontal y vertical respectivamente, centraremos ahora el análisis en otro aspecto de la discriminación por sexo con relación a la mujer y que ya anunciábamos anteriormente, este es el de la desigualdad de remuneraciones, expresamente prohibidas por el Convenio 100 de la OIT. Dos situaciones distintas analizaré a este respecto por un lado la menor posibilidad que tiene la mujer de aspirar a mejores remuneraciones con anterioridad a la existencia de una relación laboral, debido a otra discriminación anterior en su contra y que escapa a lo netamente laboral, pero que si tiene consecuencias directas en ello, como es el atraso en la formación profesional de las mujeres, discriminación que obedece a mi juicio a una falla estructural de concepciones en el sistema social, aún

cuando esto en las últimas décadas ha ido decayendo en países como el nuestro, este aspecto de la discriminación de la mujer en sus remuneraciones sólo será advertido ya que no es objeto de estudio del presente trabajo por exceder el objetivo propuesto.

La segunda situación que se presenta respecto de la discriminación de la mujer en cuanto a sus remuneraciones se da en los menores ingresos que esta percibe desarrollando iguales funciones en el trabajo, según fuentes de la OIT en los países industrialmente desarrollados, la remuneración de las mujeres representa, para el mismo trabajo, del 50% al 80% del salario de los hombres²³. Esto sin lugar a dudas es una conducta discriminatoria de los empleadores en íntima relación con lo que anteriormente denominamos mayores costos de contratación de la mujer y se ha dado en la práctica como una forma de compensar dichos costos. Nuestra legislación no contempla una norma expresa al respecto a diferencia de lo que ocurre en otros países, como por ejemplo en España en el Estatuto del Trabajador y en la Constitución española, así como el Convenio de la OIT N°100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones, y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en que existen

²³ Ver Ob. cit (20). 160p.

normas expresas que prohíbe la discriminación en cuanto a la remuneración por razones de sexo. En Chile sin embargo aún cuando no existe una norma de esta naturaleza igualmente resulta ilegal efectuar discriminación en cuanto a la remuneración en razón del sexo, en virtud de la amplitud del artículo 19 N°16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y del artículo 2 del Código del Trabajo que prohíbe la discriminación en el trabajo y considera como tal toda distinción, exclusión o preferencia por motivo del sexo. En todo caso el alegar una discriminación en esta materia por parte de una persona, mujer u hombre, traería serias dificultades con relación a la prueba.

Como podemos ver en casi la totalidad de los casos la discriminación tiene un origen netamente cultural, obedeciendo a patrones tradicionales y de prejuicios que se incuban a través del tiempo y que en ocasiones llegan a transformarse en normas jurídicas, el cambio cultural que implique el fin de la discriminación es extremadamente lento y falto de iniciativa, por lo que se hace necesaria el incentivo e intervención a fin de ir creando patrones culturales distintos que admitan las diferencias que en otro tiempo dieron origen a la discriminación, algunas de estas formas de intervención es a

través de la regulación legal, las denominadas en el derecho norteamericano acciones positivas y por las discriminaciones positivas.

Las acciones positivas buscan promover la igualdad de oportunidades y corregir las desigualdades con un carácter preventivo y corrector²⁴. Se trata de diversas medidas y programas en el sistema educativo, de formación profesional y en las prácticas de empleo de la mano de obra, evaluadas periódicamente y fomentadas en algunos casos, por medio de incentivos fiscales²⁵. Estas medidas que adopta el Estado, pueden consistir por ejemplo en programas de formación, educación, inserción, promoción, etc., siempre que no impliquen perjuicio alguno para los demás. En Chile en virtud del artículo 1° inciso 5° de la Constitución Política de la República que establece al Estado el deber de “..... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” es a mi juicio perfectamente posible y constitucional la adopción de estas acciones positivas por parte del Estado y con relación a algún sector que sufra discriminación, lo que sería sólo sobre la base de una decisión de carácter

²⁴ GAMONAL C. S. Agosto de 2001. La lucha contra la discriminación femenina y las acciones positivas y su constitucionalidad. *Revista Laboral Chilena* (99): 72p.

²⁵ GHERA E., *Diritto del lavoro*. Al respecto ver GAMONAL C. S. *Ob. cit.* (24). 72p.

administrativo, postura que sin embargo no es pacífica cuestionándose su constitucionalidad.

Por su parte la llamada discriminación positiva, me cuestiono lo positivo que pueda tener una discriminación puesto que al fin y al cabo es igualmente discriminación, consistente en ciertas normas legales temporales que tienen su fundamento en circunstancias particulares de discriminación por criterios sexistas, raciales, de minusvalía u otros, a favor de estos grupos, históricamente discriminado, traducándose en la práctica en cuotas que reservan un determinado número de cupos para el grupo favorecido. Este tipo de discriminación trae a su vez aparejada una discriminación directa y perjudicial respecto de aquellas personas que se encuentran fuera del grupo favorecido, el establecimiento de este tipo de discriminación tendría a mi juicio un único fundamento que es el de carácter ético - social, de ello deriva la temporalidad de este tipo de normas legales, pues una vez superada la concepción social discriminatoria pierde sentido su permanencia, cayendo en desuso. En nuestro país se ha cuestionado la constitucionalidad de dichas medidas de discriminación positiva.

Pese al principio constitucional de no discriminación, la disposición del artículo 2° del Código del Trabajo, que expresamente establece el sexo

como factor sospechoso de discriminación, y los tratados y convenios internacionales ratificados por Chile sigue siendo éste un problema actual y futuro.

1.2.3.3.- Otros factores sospechosos de discriminación.

El Código del trabajo considera además de los ya tratados otros factores sospechosos de discriminación como son la edad, el estado civil, la sindicación, religión, opinión política u origen social.

La Constitución Política de la República en el artículo 19 N°16 inciso 3° junto con establecer la prohibición de la discriminación en materia laboral deja abierta la posibilidad de que la ley pueda establecer ciertos límites de edad para determinados casos y de hecho así lo realiza el Código del Trabajo en el Libro I, Título I, Capítulo II, artículos 13 y siguientes, a su vez el artículo único letra a) de la ley 19.739 que modifica el artículo 2° del Código del Trabajo incorpora la edad como factor sospechoso de discriminación, lo que pareciera ser una aparente contradicción no es tal debido al rango de la norma que faculta el establecer límites de edad. En Chile se establece en primer lugar como edad mínima para contratar

libremente en materia laboral los 18 años, bajo esta edad se admite en ciertos casos la contratación pero sujeta a ciertas condiciones, este límite de edad mínimo tiene una excepción tratándose de los trabajos mineros subterráneos, en que respecto de los menores de 21 años se establecen ciertas condiciones con relación a su aptitud para que puedan ser contratados.

La normativa legal chilena en esta materia es concordante con el Convenio de la OIT N°138 de 1973 sobre la edad mínima de admisión al empleo, ratificado por Chile el 01 de febrero de 1999, en que se establece como edad mínima aquella que no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso a 15 años o 18 tratándose de aquellos empleos que puedan resultar peligrosos para la salud, la seguridad o la moralidad del menor. Chile junto con ratificar este Convenio estableció la edad mínima para el empleo en 15 años. Ahora los límites que la ley establece para la admisión a un empleo es con relación a los mínimos, pero nada señala respecto de un límite máximo, salvo situaciones particulares en nuestra legislación como el artículo 77 inciso 2° de la Constitución Política de la República en que establece la cesación en las funciones de los jueces a los 75 años de edad, pero la regla general es que no existe un límite máximo

para el trabajo, pudiendo realizarlo mientras lo permitan las normas de protección de los trabajadores contenidas en el artículo 184 y siguientes del Código del Trabajo.

Toda vez que un trabajador que cuente con la aptitud suficiente, para desempeñarse en el cargo de que se trate o para ser admitido a un trabajo, y sea separado o no admitido en razón de la edad estamos en presencia de una conducta discriminatoria. El tema no es menor y de mucha proyección futura, advirtiéndose desde ya un posible incremento en la discriminación por edad, debido a dos factores de estos tiempos que juegan a favor, como son las mayores expectativas de vida y el aumento demográfico por un lado y por otro la escasez de puestos de trabajo.

El estado civil de una persona es otro factor que juega en contra del derecho a no ser discriminado, y que fue incorporado como sospechoso por modificación al artículo 2° del Código del Trabajo, por la ley 19.739 de julio de 2001, este factor se encuentra en íntima relación con la discriminación por sexo que experimenta la mujer, puesto que una mujer casada, en edad fértil, aumenta las probabilidades de embarazo, situación muchas veces rechazada por el empleador, según se planteo en su

oportunidad al tratar el sexo como factor de discriminación, aunque en ningún caso puede ser justificante de discriminación alguna.

La sindicación, entendida en su sentido tanto positivo el estar afiliado a un sindicato, o negativo el no estarlo, se señala por el artículo 2° del Código del Trabajo como otro factor sospechoso de discriminación. Esta disposición se encuentra en concordancia con el artículo 215 del Código del Trabajo, que establece expresamente la prohibición de condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Lo anterior se ve respaldado por lo establecido en el artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República, que establece la prohibición de que la ley o la autoridad pueda exigir la afiliación o desafiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, por su parte el N° 19 del mismo artículo asegura a todas las personas “ El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.” Como podemos ver el empleador en caso de condicionar la contratación o la permanencia en el trabajo de una persona a su afiliación o desafiliación sindical incurre en una práctica discriminatoria.

Por su parte el artículo 2° del Código del Trabajo señala además la religión, y la opinión política como factores que incidan en una posible discriminación, en cuyo caso nos encontraríamos en un atentado flagrante de los derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la libertad religiosa y a la libertad ideológica, por lo cual dichos factores los abordaremos al tratar estos derechos fundamentales.

Todos estos factores de discriminación y los tratados en los números anteriores no son los únicos, sino que se esta expuesto a la aparición de otros de acuerdo a los cambios que se puedan ir produciendo. Este criterio del legislador de incorporar al texto legal explícitamente factores sospechosos de discriminación es criticado por la doctrina, por cuanto si nos atenemos a los factores enumerados en la ley como los únicos en razón de los cuales se está frente a una discriminación laboral, caemos en la peligrosa situación de que cada vez que aparezca un factor de discriminación distinto debería entrarse a efectuar modificaciones en la ley. Además esta concepción hacer perder fuerza al propio derecho fundamental que tiene el trabajador de no ser discriminado, ya que convierte dicho

derecho en norma programática²⁶.

Lo anteriormente expuesto lleva a postular que la norma que realmente contiene el derecho fundamental de un trabajador a no ser discriminado en las relaciones laborales se encuentra en la Constitución Política de la República, que lo contempla con un criterio amplio, y señalando afirmativamente cuales son los factores de distinción aceptados, entendiéndose por ende que todos los demás son discriminatorios, sin necesidad de entrar a señalar expresamente factores sospechosos. Entendiendo la normativa legal sólo como facilitadora de la función de identificación de los factores de discriminación en materia laboral, pero en ningún caso como norma taxativa a su respecto.

1.2.4.- Discriminación previa a la relación laboral.

La ley 19.739, modificó el artículo 2° del Código del Trabajo, incorporando un inciso que hace referencia a la posibilidad de incurrir en

²⁶ LIZAMA P.L. y MEJÍA V. S. 2001. Reformas Laborales, su contenido e impacto en la empresa. Santiago, Chile. Ed. ConoSur. 147p.

conductas discriminatorias en las ofertas de empleo que realice el empleador, por sí o por medio de terceros.

Las ofertas de empleo pueden vulnerar el derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminado, pero existe una serie de otras situaciones fuera de la relación laboral propiamente tal y previas a esta que pueden implicar un atentado a los derechos fundamentales del trabajador como su dignidad, su libertad ideológica, la honra, su vida privada, etc., y que no implican necesariamente una conducta discriminatoria, por lo que analizaremos a continuación todo el proceso de selección de trabajadores, y para ello distinguiremos:

1.2.4.1.- Las ofertas de empleo.

Por oferta de empleo se puede decir que es “una invitación a entrar en contacto con el empresario o sus representantes, hecha por éstos, sin generar para ellos ninguna obligación de celebrar contrato con trabajador determinado, aunque reúna las cualificaciones previstas en el anuncio”²⁷. La

²⁷ ALONSO O. M. y CASAS B. M^o. E. 2000. Derecho del trabajo. 18^o ed. Madrid, España. Civitas Ediciones. 527p.

oferta de empleo no es una oferta en el sentido técnico jurídico que podría dársele en nuestra legislación, ya que la aceptación por parte del postulante no da lugar a la formación del consentimiento y por ende no surge la relación de trabajo, es más podría darse el caso de que existiendo una serie de postulante que cumplan con los requisitos establecidos en la oferta de trabajo, el empleador decida no contratar a ninguno de ellos o retirar la oferta, sin que esto tenga en definitiva efectos jurídicos y siempre que la conducta del empleador no obedezca a una situación de discriminación.

La oferta es más bien un anuncio que realiza el empleador, por sí o por medio de terceros, de la existencia de un cierto puesto de trabajo en el cual se necesita una persona que cumpla con determinados requerimientos de capacidad e idoneidad para él y que desea copar, con la única finalidad que los interesados que cumplan dichos requisitos puedan en igualdad de condiciones presentar sus antecedentes.

La ley 19.739 que modificó el Código del Trabajo, entró a regular la situación de las ofertas de empleo, entendidas en la forma en que recientemente se precisó, de manera tal que no resulten discriminatorias. Y lo serán, según en inciso 5° del art.2° del Código del Trabajo, toda vez que se solicite uno o más de los factores sospechosos de discriminación del

inciso 3° del art.2° del mismo cuerpo legal, con lo cual nuevamente caemos en el problema que hemos venido anunciando respecto del establecimiento taxativo de causales de discriminación y no de una norma general como la de la Constitución Política de la República.

La inclusión, en una oferta de empleo, de un factor que pueda resultar discriminatorio en los hechos, por carecer de todo criterio de racionalidad y objetividad, y que no sea de aquellos que señala el art. 2° del Código del Trabajo, con una interpretación literal del recién citado precepto, a primera vista no sería discriminatorio. Sin embargo como lo hemos venido postulando resulta este igualmente discriminatorio, siempre que a su respecto se cumplan ciertas condiciones, puesto que atenta en contra de la normativa constitucional que consagra el derecho a no ser discriminado en materia laboral, establecido en términos amplios y sin restringir este precepto exclusivamente a la relación laboral ya formada, sino que en todo lo que implica la garantía de la libertad de trabajo. Esta norma debe interpretarse en armonía con los demás derechos y garantías constitucionales como es la igualdad de oportunidades, la promoción y respeto de los derechos esenciales, la igualdad ante la ley, la libertad de empresa, etc. Una situación particular se producirá con relación a la prueba

de estos criterios discriminatorios, puesto que a diferencia de los que la ley establece expresamente en que se presume su ilegitimidad, respecto de estos sería necesario probar que su inclusión en la oferta de empleo es injustificada e irracional y ocasiona únicamente una discriminación negativa.

En definitiva el objeto de esta norma, que regula la situación de las ofertas de empleo, no es otro que terminar con aquellos avisos, por cualquier medio que se publiquen y que representan atisbos de discriminación, cerrando la posibilidad de siquiera postular a dicho trabajo, a cualquier persona que resultando idónea y cumpliendo con las calificaciones exigidas para el empleo, no cumpla con los requisitos arbitrarios establecidos por el empleador, ya sea que este actúe por sí o por medio de un tercero como son las empresas de selección de personal.

Cabe dejar en claro que esta disposición, no es contraria en nada a la libertad de empresa (art.19 N°21 Constitución Política de la República), que reviste dos aspectos, por un lado la libertad para entrar y salir del mercado y por otro el derecho de su titular a tomar decisiones económicas como son el decidir si contrata o no y a quien contrata y una vez contratado ejercer sobre este su poder de dirección. Libertad que de acuerdo a nuestro régimen

constitucional de libertades y derechos lleva asociado un sistema de límites, impuestos por los tratados internacionales ratificados por Chile y por la propia normativa constitucional entre los que se cuentan el respeto a los derechos fundamentales de la persona.

Una situación que debería sancionarse y regular respecto de las ofertas de empleo, que no se enmarca en una conducta discriminatoria y por lo cual no será tratada en este trabajo sino sólo será advertida, es la falta de correspondencia entre la oferta de empleo y las reales condiciones del puesto de trabajo de que trata dicha oferta.

1.2.4.2.- Los tests de selección y pruebas de aptitud.

Este es un segundo aspecto a considerar en el proceso de contratación de los trabajadores, posterior a la oferta de empleo y existiendo una manifestación de interés por parte de un postulante a dicho cargo.

En esta etapa en que se manifiesta la libertad del empresario para la selección de personal, puede al efecto aplicar tests, pruebas de aptitud, entrevistas, etc. por sí o por medio de una seleccionadora de personal. Pero ello limitado siempre por el respeto de los derechos fundamentales del

trabajador, en especial el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la intimidad, vida privada, libertad ideológica y religiosa, de manera tal que estos procedimientos “deben estar dirigidos al conocimiento de los datos necesarios para averiguar la capacidad profesional o aptitud del trabajador, pero no para indagar en datos que correspondan a su esfera íntima y personal.”²⁸. Esto implica que el empleador tiene una libertad limitada, de manera que no puede, en las entrevistas personales o de selección y en los tests y pruebas que al respecto se realicen, efectuar interrogaciones al trabajador que implique a éste revelar aspectos de su esfera íntima como son, su vida sexual, su estado civil, familiar, sus ideologías (políticas, religiosas o sindicales), en este último caso tratándose de aquellas empresas llamadas ideológicas podría darse una situación particular, las que serán analizadas al tratar el derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa, pero en general le está prohibido al empleador indagar respecto de toda circunstancia que no tenga relevancia para el desempeño profesional del trabajador y advierta de la posibilidad de prestarse para conductas discriminatorias. Incluso le estaría vedado al empleador realizar pruebas médicas al postulante, sin perjuicio de poder

²⁸ LÓPEZ G. J. 2000. El ingreso en la empresa. En: Ob. cit.(9). 353p

realizarlas respecto de los trabajadores ya contratados y siempre que se encuentre establecido en el Reglamento Interno, manteniéndose en todo caso la reserva de los resultados, a los que sólo puede tener acceso el trabajador, salvo que ello diga relación con la idoneidad del postulante para el cargo y con una situación especial respecto de los exámenes para diagnosticar el virus de inmunodeficiencia humana (VIH Sida), por cuanto este será siempre voluntario y debiendo constar por escrito el consentimiento del interesado o de su representante legal, conforme lo establece el artículo 5° de la ley 19.779.

Especial atención merece la mencionada posibilidad de realizar pruebas médicas a los postulantes, sean estas de carácter genético o simplemente de diagnóstico médico tradicional, las cuales pueden prestarse para conductas atentatorias contra la vida privada del postulante, como es la situación particular que se presenta con la realización de tests para la detección de drogas, embarazos, VIH (virus de inmunodeficiencia humana), etc. Al respecto se puede señalar que en virtud del derecho a no ser discriminado y su consagración amplia en la Constitución, resultaría prohibido la realización de este tipo de exámenes destinados a la pesquisa de enfermedades que “en cuanto sean el motivo de un trato desigual ilegal, o

un trato discriminatorio, violarán la igualdad de trato, o incurrirán en discriminación prohibida”²⁹, esto tiene sin embargo la excepción general de trato desigual cuando digan relación con la idoneidad para el cargo.

Citábamos el caso del Sida y de los tests para determinar el consumo de drogas, respecto del primer caso creo que se deben tener en consideración dos aspectos, por una parte esta situación presenta una complejidad extra ya que en dicha circunstancia debe además realizarse una ponderación de la posibilidad de poner en riesgo la salud de los demás trabajadores, de acuerdo a la labor específica que realiza el trabajador afectado, lo cual implica un análisis caso a caso, pero bajo ningún respecto una conducta discriminatoria, de manera tal que si la enfermedad no es relevante para el desempeño del trabajador infestado, aún cuando esto pueda traer una disminución en el rendimiento laboral del trabajador afectado, propio de la evolución natural de esta enfermedad en su etapa activa, su consideración por parte del empleador para determinar no contratar o poner término a la relación laboral cae en una conducta discriminatoria, lo cual afirmo con la conciencia de la dificultad que presentaría en la realidad la prueba de dicha conducta discriminatoria. El segundo aspecto a considerar es lo dispuesto

²⁹ GARCÍA M. R. Ob. cit. (20) 163p.

en la ley 19.779, la que expresamente señala la prohibición de condicionar la contratación de trabajadores a los exámenes destinados a la detección del virus de inmunodeficiencia humana, sin perjuicio de los casos excepcionales que la propia ley señala “No podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público o privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen”³⁰

Considero adecuado citar aquí una resolución adoptada por la V sala de la Cámara del Trabajo de Argentina respecto de un caso de discriminación en el empleo por Sida de un trabajador, como una forma de hacer notar la complejidad del asunto, debido a la diversidad de intereses en juego, al respecto se señala “Verdad es que la proyección en las relaciones laborales de las consecuencias de la enfermedad de que se trata, o como en el caso, de aquellos portadores sanos del virus de inmunodeficiencia, configura una fuente de delicados problemas que requieren un cuidadoso deslinde que contemple, pero que no se detenga solamente en la persona del trabajador

³⁰ Chile, Ministerio de Salud, ley 19.779 del 14 de diciembre de 2001, artículo 7.

afectado, sino también que atienda dentro de una debida ponderación de situaciones y prioridades, los intereses del propio empleador en evitar la eventual interurrencia de factores que activen negativamente los efectos del virus y su repercusión en la salud de quién lo porta, y sobremanera, en la prevención prudente de los riesgos de diseminación para la comunidad laboral en la que se inserta el actor. Pero la segregación laboral por el hecho de ser portador sano o asintomático del virus del Sida erigiéndola en justa causa de despido en las condiciones concretas del desempeño laboral del actor de autos (administrativo en empresa pesquera) no parece ser una conducta que el juez deba examinar sólo dentro del marco genérico del ordenamiento específico aplicable al caso, sino en un plano más integrado con la trascendencia individual y social del conflicto”.³¹

El segundo caso que citábamos era el de los exámenes para determinar el consumo de drogas por parte del trabajador, a mi juicio implica una abierta vulneración del art.19 N°4 de la Constitución Política de la República, que consagra como derecho fundamental el respeto a la vida privada, en este caso del trabajador, puesto que dicha conducta autodestructiva de consumo de drogas, en la medida en que no afecte el desempeño profesional del

³¹ GARCIA M. R., Ob. cit.(20) 164p.

trabajador ni coloque en riesgo la seguridad de otros, no sale del ámbito privado y por tanto la indagación del empleador al respecto implica una vulneración del derecho fundamental ya referido. Es más este tipo de conductas en la selección de personal constituye un abuso por parte del empleador “ya que pone en sus manos un instrumento de selección que no se basa en la capacidad o preparación técnica del trabajador para el puesto a cubrir, posibilitando, por lo tanto, prácticas gravemente discriminatorias en relación con el acceso al trabajo”³².

La existencia de una situación discriminatoria de acuerdo a lo anteriormente señalado se concluye de una interpretación amplia de la normativa constitucional que consagra el derecho a no ser discriminado en materia laboral (art.19 N°16) y los demás derechos fundamentales como la intimidad, la vida privada y la honra (art. 19 N°4), la libertad ideológica (art.19 N°6), etc.

En los hechos enfrentado el postulante a una pregunta, tests, prueba o examen que vulnere un derecho fundamental en la forma señalada anteriormente, el afectado podría legítimamente negarse a su práctica, sin que ello influyera en la decisión del empleador o del ente seleccionador

³² MARTÍN AGUADO, A. <199_>, Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida

respecto de su aptitud, sin embargo esto no pasa de la teoría, ya que en la realidad nuevamente nos topamos con la dificultad en la prueba de la conducta discriminatoria por parte del empleador basado en la negativa del trabajador.

Una situación distinta se presenta en el caso de que el trabajador falte a la verdad al momento de verse enfrentado a una situación como las descritas, ya que una vez contratado y enterándose el empleador de las reales circunstancias personales del trabajador e irrelevantes en cuanto a su aptitud y capacidad, no podría poner término al contrato fundado en dicha situación sin incurrir en una conducta violatoria de los derechos fundamentales, que habilita al trabajador para accionar en orden a obtener su respeto y las compensaciones del caso.

En las situaciones antes descritas, en que hubo una reticencia o una falta de veracidad del trabajador respecto de circunstancias que no se consideran exigibles para el trabajo de que se trata, y una vez contratado éste, no podría el empleador demandar la nulidad de dicho contrato en razón de existir un consentimiento viciado, puesto que se trataría de un error en las calidades personales o accidentales y ni aún en el caso de que éste, en forma

privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial. En: Ob. cit. (2) 58p.

injustificada e irracional haya elevado a la categoría de esenciales dichas circunstancias, por cuanto incurriría en una conducta discriminatoria. Situación inversa se presenta en el caso de que la reticencia o falsedad sea respecto de una circunstancia que diga relación con la aptitud del sujeto para el desempeño del trabajo para el cual fue contratado, puesto que en dicho caso el consentimiento estaría viciado por haberse incurrido en un error substancial, siendo susceptible de ser anulado.

Pese a lo anteriormente expuesto es legítimo para la empresa, o el tercero que actúa a nombre de esta, el aplicar estos tests y entrevistas de selección de personal, sean en cuanto a las calidades psicológicas, físicas o de conocimientos teórico y práctico, con tal que diga relación con la aptitud para el trabajo particular de que se trate.

La superación satisfactoria por parte del postulante, de las pruebas y tests a que ha sido sometido, no implica obligación alguna para el empresario de tener que contratar a éste. En el caso de que haya asumido dicha obligación de contratar, para el evento de superarse las pruebas de selección o los cursos de capacitación previos a la relación laboral, a mi juicio estaría obligado a celebrar contrato de trabajo, puesto que esta obligación asumida por el empleador implicaría un contrato de promesa de

celebrar contrato de trabajo, siempre que también cumpla con los demás requisitos de este tipo de contrato. El asunto en todo caso es opinable y podría plantearse el derecho alternativo del acreedor (trabajador que supera las pruebas de selección) de exigir el cumplimiento de este contrato de promesa, para la suscripción de un contrato de trabajo, o demandar la compensación correspondiente por incumplimiento contractual.

1.3. DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA.

Este derecho fundamental de toda persona se encuentra garantizado por tratados internacionales y por la Constitución Política de la República, al consagrarse en primer lugar en el artículo 1° que los hombres nacen libres e iguales. Este derecho, el de la libertad de los hombres en todo su sentido y con la amplitud que se establece, es quizás el más importante de todos los derechos fundamentales.

El artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República no hace más que reafirmar, en uno de los aspectos, esta libertad, cual es la libertad ideológica o de conciencia, cuya privación es imposible cuando se concibe en un sentido purista, ya que nadie puede entrar, limitar, privar o domesticar

la conciencia de otro, pueden aplastar toda forma de expresión de la libertad ideológica, pero la libertad que se aloja en la conciencia no es posible de diezmar, ni siquiera la muerte o la peor de las tiranías puede acallar el eco de la conciencia.

La libertad de conciencia o ideológica es consubstancial a la condición humana, y se desarrolla en diversos campos, dos nos interesan en esta oportunidad, la libertad religiosa y la libertad política, ambas en su aspecto subjetivo y en su manifestación o expresión externa, los cuales trataremos en detalle enseguida en todo lo que diga relación con el derecho del trabajo y la relación laboral.

1.3.1. Las empresas ideológicas o de tendencia y las limitaciones a la libertad ideológica.

Un aspecto digno de abordarse es la vinculación que existe entre las llamadas empresas ideológicas o de tendencia y la libertad ideológica de las personas, lo cual vale para todos los campos de esta.

En primer término es necesario precisar qué abarca el concepto de organización o empresa con fines ideológicos, concepto que a mi juicio

debe entenderse, en materia laboral, en un sentido restringido, es decir debe comprenderse dentro de ella toda organización que tenga por finalidad estar al servicio, cultivo y difusión de una ideología sea esta de contenido religioso, político, sindical, etc., no sería por tanto aquellas empresas u organizaciones que sólo tienen en su proceso productivo un componente ideológico, entre estas últimas están todas aquellas que, con o sin fin de lucro, son sólo instrumentales de las primeras, como por ejemplo un periódico que señale estar adscritos a una determinada ideología.

En el primer tipo de organización podríamos sostener que la ideología del trabajador es parte de la idoneidad personal para el trabajo, pero debe esto precisarse en atención a la labor concreta que desarrolla el trabajador en la empresa u organización ideológica, “de manera que los trabajadores que desarrollen tareas conectadas con la ideología propugnada por aquéllas verán severamente limitados sus derechos de libertad ideológica, por que la ideología misma entra a formar parte del objeto del contrato de trabajo”³³. De ser así el postulante al trabajo podría por ejemplo ser interrogado en el proceso de selección en orden a sus creencias religiosas, políticas u otras

³³ APARICIO J. <199_>, Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador. En: Ob. cit. (2), 84p.

según sea el carácter ideológico de la empresa, sin que ello implique una conducta discriminatoria, ni una vulneración a su derecho a la vida privada e intimidad, por cuanto es parte de la idoneidad para el puesto de trabajo, esto toda vez que la labor del trabajador comprenda el cultivo y difusión de la ideología de la empresa u organización que lo contrata, por el contrario si la labor a desempeñar por el trabajador no implica un compromiso directo con la ideología, la consideración de los factores religioso o político del trabajador sería una conducta discriminatoria, se encuentra en el primer caso por ejemplo aquella persona que debe preparar los textos que sirvan de base para la reflexión de los fieles de la respectiva organización religiosa, y en el segundo caso se encuentra por ejemplo el personal de aseo de una de estas organizaciones.

Tratándose del segundo tipo de organizaciones que no cumplen fines propiamente ideológicos, pese a su estrecha vinculación con una ideología, no cabría realizar ningún tipo de distinción, en atención a la religión, pensamiento o afiliación política, u otro factor ideológico, es más estaría vedado cualquier forma de indagación a esta respecto, de los postulantes y trabajadores de la empresa, sin importar cual sea la función que estos realicen. Pudiendo además en este último caso tener y practicar el

trabajador una ideología totalmente distinta a la de la empresa en que preste sus servicios, siendo ello absolutamente irrelevante para la relación de trabajo.

1.3.2.- La libertad religiosa.

El art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica consagra la libertad de conciencia y de religión, precisando que este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

Por su parte el art. 19 N° 6 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas la libertad para la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

La ley 19.638, en su art. 1° establece como deber del Estado el garantizar la libertad religiosa y de culto en los términos que establece la Constitución, además el art. 6° de la referida ley consagra una serie de

facultades a las personas, a fin de hacer efectiva su libertad religiosa y de culto.

Como podemos apreciar en nuestro ordenamiento existe una serie de disposiciones que consagran y protegen esta libertad, materia que también alcanza al derecho del trabajo, así el art. 2 del Código del Trabajo establece la religión como un factor sospechoso de discriminación, pero esto hace referencia sólo al derecho a no ser discriminado, que es uno de los derechos fundamentales de toda persona, sin embargo la libertad religiosa implica mucho más que el no ser discriminado por esta causa y presenta una serie de otros problemas en materia laboral, en especial con la práctica de los ritos y creencias que implica una determinada fe, por ejemplo ¿Que ocurre con aquella creencia religiosa que plantea como día de descanso semanal uno diferente del domingo que contempla la legislación laboral, inspirada en la fe Católica?, ¿Tiene derecho esta persona a exigir se le respeten sus prácticas religiosas, como por ejemplo podría esta persona suspender sus funciones laborales una cierta cantidad de veces al día para realizar sus oraciones, cuando su creencia religiosa lo establezca?, ¿Podrían constituir una situación excepcional las organizaciones religiosas respecto de la fe de sus trabajadores?. Estas y una serie de otras interrogantes y problemas

surgen en torno a la relación laboral al momento de hacer efectiva la práctica de la fe que se haya elegido.

Cabe reiterar la precisión que ya se advirtió en cuanto a que la libertad religiosa es una de las posibles manifestaciones que tiene la libertad de conciencia, concepto este mucho más amplio y que en palabras de Jaime Guzmán E. en la sesión N° 130 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución sostiene “La libertad de conciencia es la libertad de fuero interno, que se entiende siempre en forma absoluta e inviolable, en la cual nadie puede penetrar y a la cual la esfera del derecho no alcanza. Así entendida, la libertad de conciencia se puede extender a materias religiosas en forma prioritaria, pero se puede extender a otras materias”, de esto se concluye que la libertad religiosa en la medida en que se encuentre en su faz subjetiva no está al alcance del derecho ya que no sale del fuero interno de cada sujeto. El problema se presenta cuando se produce una manifestación externa de esta libertad religiosa, nuestra legislación positiva ampara y garantiza esta libertad en su faz objetiva como un derecho fundamental, y lo limita sólo en cuanto se oponga a la moral, el orden público y las buenas costumbres, de manera tal que en la medida en que no sea opuesta a estos

conceptos de carácter subjetivo, ya que obedecen a concepciones sociales de una época determinada, está amparada constitucional y legalmente.

Nuestro derecho positivo no sólo garantiza el derecho a la libertad religiosa, sino que además se ampara, tanto constitucional como legalmente, el ejercicio de todos los cultos, según se desprende de lo que establece la Constitución en el art.19 N°6 inciso 1° y la ley 19.638 art. 6° que consagra una serie de facultades que implica la libertad religiosa y de culto para toda persona.

De la normativa legal, que garantiza el ejercicio de un culto determinado que libremente se haya elegido, se desprenden una serie de interrogantes como las ya enunciadas y que trataré de dilucidar a continuación:

a) ¿Que ocurre con aquella creencia religiosa que plantea como día de descanso semanal uno diferencia del domingo, que contempla nuestra legislación laboral inspirada en la fe Católica?.

El Código del Trabajo en el art. 35 establece los días domingo como de descanso semanal, sin perjuicio de las actividades autorizadas por ley o por resolución de la Dirección del Trabajo para trabajar en esos días.

El art. 6 letra b de la ley 19.638, establece que toda persona, de acuerdo a su creencia religiosa, tiene la facultad de “observar su día de descanso semanal”.

Como podemos ver existe una contradicción entre las normas citadas anteriormente, lo que nos hace pensar en dos posibles soluciones. La primera implica la aplicación del principio de especialidad de la ley, según el cual tendría que prevalecer la norma de la ley 19.638, en cuya virtud tiene la facultad el trabajador de observar un día de descanso semanal, de acuerdo a su creencia religiosa, que puede ser diferente al día que establece el Código del Trabajo. Para hacer efectivo lo anterior sería necesario que las partes de común acuerdo así lo establezcan en el contrato de trabajo, señalando cual es el día de descanso semanal. Esto no representaría problemas a no ser por el art. 5 inciso 2° del Código del Trabajo que establece que los derechos establecidos por leyes laborales son irrenunciables, y el descanso semanal en día domingo que señala el art. 35 del citado cuerpo legal es un derecho de ésta naturaleza, por tanto no podría renunciarse.

Una segunda posibilidad frente a la disyuntiva legal enunciada, es que en virtud de la disposición del art. 6 letra b de la ley 19.638, se ha producido

una derogación tácita de la normativa legal que establece, en materia laboral, el domingo como día de descanso semanal, con lo cual tenemos que las partes pueden libremente establecer en su lugar, como día de descanso el que corresponda a su creencia religiosa, debiendo pactarlo en el contrato de trabajo.

Cualquiera de las soluciones planteadas presenta dificultades, como ya lo señalábamos en la primera situación, se estaría vulnerando la irrenunciabilidad de los derechos laborales, por su parte en la segunda hipótesis podría ésta prestarse para abusos de una de las partes, como por ejemplo el empleador que hace trabajar en domingo, a los trabajadores para los cuales ese día corresponde al de descanso según su fe, obteniendo dicha declaración contractual desde su posición de poder privilegiado.

A mi juicio el error fue no haber establecido en el Código del Trabajo, una norma que diera la posibilidad, a las partes, de pactar un día de descanso semanal distinto al domingo, estableciendo algunos resguardos a fin de evitar que este pacto pueda prestarse para abusos, como por ejemplo la autorización de la Dirección del Trabajo, previa acreditación de que el día elegido corresponde efectivamente al de descanso de la fe o creencia religiosa del trabajador, y a falta de dicho pacto o no profesando creencia

religiosa alguna, se aplique la normativa general del Código del Trabajo. Pero no sólo deben adoptarse resguardos en dicho sentido, sino que también deberían establecerse en orden a evitar los abusos de parte del trabajador, ya que el ejercicio de la libertad religiosa no puede atentar contra la estabilidad jurídica, base de toda nuestra organización social, jurídica y económica, como ocurriría al otorgar al trabajador la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo en el caso de que éste cambie de fe religiosa, y que esta nueva fe establezca un día distinto de descanso, por cuanto ello implicaría un atentado en contra de otro derecho fundamental como es el desarrollar cualquier actividad económica, que comprende la facultad de organizar dicha actividad, llamado también libertad de empresa.

La norma de la ley 19.638, fue producto de una proposición de los señores senadores Ríos y Andrés Zaldívar, los cuales tuvieron como objetivo acrecentar las garantías legales al desarrollo libre de las actividades religiosas, de acuerdo a la creencia religiosa que libremente se elija, por cuanto corresponde éste a un derecho fundamental de la persona, que ya veíamos se encuentra reafirmado por los tratados internacionales, la Constitución Política de la República y la ley.

b) ¿Tiene derecho toda persona a exigir se le respeten sus prácticas religiosas, como por ejemplo podría una persona suspender sus funciones laborales una cierta cantidad de veces al día para realizar sus oraciones, cuando su creencia así lo establezca?

Respecto de esta segunda interrogante que aquí hemos planteado, tanto la Constitución en el artículo 19 N°6, como la ley 19.638 art.6 letra b, garantizan el ejercicio de las prácticas religiosas correspondientes a la creencia que se profesa, sean estas realizadas en público o privado, individual o colectivamente y en la medida que estas no vulneren las limitaciones que establece la Constitución, no existiría problema para su desarrollo.

Cabe además reiterar el hecho de que la ley 19.638, en el art.3 establece al Estado la obligación de garantizar que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas, puesto que es garante de la libertad religiosa y de culto en los términos que establece la Constitución, la cual reconoce como únicas limitaciones lo que se oponga a la moral, las buenas costumbres o al orden público.

El establecimiento de un día de descanso distinto al que contempla el Código del Trabajo, así como las prácticas religiosas durante el trabajo,

como sería el caso de las oraciones diarias que ciertas religiones imponen la obligación de realizar, a mi juicio, no se opone a la moral, tampoco a las buenas costumbres, ni al orden público, entendido este último como el orden básicamente necesario para la mantención del equilibrio social, la moral pública y la armonía económica.

Por último, respecto de la primera interrogante que tratamos de dilucidar, señalaremos una solución que se ha adoptado en la jurisprudencia comparada, el Tribunal Constitucional Español estimó que la fijación del descanso semanal en día domingo, no atenta contra aquella fe religiosa que impiden la actividad laboral en un día distinto de la semana, por cuanto esto obedece sólo a la costumbre.

1.3.3.- Libertad política.

Es otra de las manifestaciones de la libertad de conciencia que ampara la Constitución y la cual el empleador está obligado a respetar. Nuestra legislación laboral contempla expresamente la opinión política como un factor sospechoso de discriminación en materia laboral, pero no hace referencia alguna a la libertad política de los trabajadores lo cual es

coherente con el ordenamiento jurídico por cuanto se trata ésta de una libertad de carácter general garantizada constitucionalmente y que no esta restringida a ningún campo del derecho, de manera tal que si se mencionara expresamente en el Código del Trabajo se estaría incurriendo en el mismo error que sostengo se ha cometido al establecer expresamente factores sospechosos de discriminación y no dejar una formula abierta como la consagrada en el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República, por cuanto esta enumeración expresa implica el deber de incorporar cada nuevo factor que aparezca como sospechoso de discriminación en el futuro.

Respecto de esta libertad nos enfrentamos nuevamente a eventuales conflictos que puedan presentarse en las llamadas empresas ideológicas o de tendencia, temática que fue abordada en el punto 1.3.1.

1.3.4.- La Libertad sindical.

Cabe hacer mención a ella por cuanto la libertad sindical no es otra cosa que una opción de carácter ideológico, lo que cobra especial relevancia en la medida en que se encuentra protegida en el artículo 19 N° 19 de la

Constitución Política de la República, así como también por la ley según reza el artículo 214 del Código del Trabajo al señalar el carácter de voluntaria que esta tiene, que no es otra cosa que una manifestación de la libertad ideológica del trabajador. No creo sea apropiado extenderse más sobre la materia por cuanto la libertad sindical es un derecho fundamental del trabajador de naturaleza netamente laboral, por sobre un derecho del trabajador como ciudadano, cual es el tema del presente trabajo, independiente de ser considerado como un factor sospechoso de discriminación en la relación laboral.

1.3.5.- Libertad de expresión.

Este es quizás una de las más controvertidas libertades y que daría fácilmente para la elaboración de una serie de trabajos como éste en torno a ella si que se sobrepongan de manera alguna. Por lo que en esta oportunidad la abordaremos sólo desde la perspectiva del trabajador, al respecto cabe señalar que los trabajadores gozan de este derecho como ciudadanos al interior de la empresa.

Es necesario, a mi juicio, realizar una distinción en cuanto a lo que es la libertad de expresión y la libertad de difusión de información, debiendo entender por libertad de expresión o de opinión como el derecho constitucionalmente reconocido de toda persona a expresar, manifestar, exteriorizar su opinión, parecer, pensamiento o crítica y por libertad de difusión de información o simplemente informar se entiende como la posibilidad que le cabe a toda persona de transmitir uno o más antecedentes o información que sea veraz y contrastada, aunque resulte en definitiva errónea. Creo que ambos aspectos interesan al ámbito laboral, por una parte la libertad de expresión es una manifestación de ciudadanía y que no puede estar limitada de manera alguna, de modo tal que todo trabajador tiene el derecho constitucional de manifestarse de acuerdo a sus propias convicciones y postulados, sin que sea impedimento alguno la labor que desempeñe al interior de la organización, ahora podría sin embargo admitirse una cierta restricción a la libertad de expresión pero no en cuanto al derecho en sí mismo sino en cuanto a la oportunidad, y este tipo de límites estaría dado por el cumplimiento de las obligaciones de carácter laboral que asume el trabajador en virtud de su vínculo contractual con el empleador, siendo consecuente con lo anterior habría que distinguir la

libertad de expresión dentro de la empresa y fuera de ésta, en la primera situación podría darse cabida a algún tipo de restricción en cuanto se obstaculice el cumplimiento de la función que es obligación del trabajador, pero sin que esto importe conculcar el derecho en sí, otra situación de restricción, referida al ejercicio de una función que se desarrolla se presenta en las que se han denominado empresas ideológicas o de tendencia, tema que fue abordado en el punto 1.3.1 de este capítulo. En el segundo de los casos, es decir la libertad de expresión fuera de la empresa no admite ningún tipo de restricción en las manifestaciones privadas que el trabajador pueda realizar ya que la existencia de estas restricciones atentaría no solo contra el derecho que estamos tratando, sino que gravemente contra el derecho a la vida privada y el derecho a la intimidad, ahora bien si la manifestación de la libertad de expresión por parte del trabajador fuera de la empresa es en el ámbito público tampoco puede admitir ningún tipo de restricción sin perjuicio de la responsabilidad que ésta pueda traer para el trabajador como ciudadano y como miembro de una organización, como podría ser el caso que la manifestación pública de su libertad de expresión traiga consigo un compromiso de la imagen de la organización o empresa

en que labora, la revelación de información confidencial, de manera tal que le ocasione perjuicios.

La importancia de la diferenciación entre libertad de expresión y libertad de difusión de información radica en el manejo que muchas veces los trabajadores tienen de procesos productivos que se llevan a cabo dentro de la empresa en las labores específicas que ellos desarrollan o el manejo de información que implica una posición estratégica de dicha empresa por sobre su competencia, de manera tal que su difusión atentaría en contra de los legítimos intereses del empresario. Puestas las cosas en este plano se podría dar una limitación a la libertad de expresión del trabajador en cuanto se le prohíba la difusión de información, como parte de la relación contractual de carácter laboral, que emanaría del complejo de derechos y obligaciones que surgen de dicha relación contractual, que en otro contexto serían actuaciones legítimas del trabajador. La jurisprudencia española ha señalado al respecto que “el interés empresarial debe ser lo suficientemente importante para que la limitación del derecho fundamental sea la única

solución para el logro de un legítimo interés empresarial, lo que deberá deducirse caso por caso.³⁴

1.4.- DERECHO A LA VIDA PRIVADA, A LA INTIMIDAD Y A LA HONRA.

Estos son otros de los derechos que tiene el trabajador como miembro de la sociedad políticamente organizada como ciudadano que es, que no son de naturaleza propiamente laboral, sino que de los derechos objeto de este trabajo llamados derechos fundamentales del trabajador, derechos del trabajador como ciudadano al interior de la empresa o en términos de Palomeque derechos constitucionales laborales inespecíficos.

Dentro de lo que es el derecho a la vida privada podríamos distinguir distintos aspectos de ésta, por una parte la intimidad del trabajador en el desarrollo de ésta, concepto que a mi juicio, abarca todo cuanto comprende las relaciones de los sujetos al interior de su núcleo familiar, así como sus manifestaciones individuales en los distintos campos del comportamiento

³⁴ Tribunal Constitucional Español, 143/ 1 julio de 1991. Ver LÓPEZ G. J. 2000. Las obligaciones del empresario: Otros derechos del trabajador. En: (ob cit) Derecho del trabajo, Fuentes y contratos individuales. 2000. Por ALBID M. I. “et al”. 2º ed. Valencia España.

de la persona como ser social. Esto en contraposición a lo que es la vida pública que se entiende como la que “engloba actuaciones de las personas que por su naturaleza deban ser conocidas por la sociedad, a pesar de que si se consideran aisladamente pudieran estimarse como pertenecientes a la vida privada”³⁵, por otro lado tenemos que los avances de la tecnología moderna permite plantear una nueva faceta o variable de la vida privada como es la intimidad informática, tema que acaba de ser abordado en nuestro país por la legislación positiva, por último podría considerarse dentro de este derecho fundamental el derecho a la imagen propia del trabajador, ideas todas que desarrollaré a continuación.

Por su parte tenemos el derecho a la honra del trabajador, bien jurídico de carácter espiritual que forma parte de la personalidad humana reconocido por la Constitución en el artículo 19 N°4, respecto del que doctrinariamente es posible distinguir un aspecto subjetivo correspondiente al sentimiento de nuestra propia dignidad moral y un aspecto objetivo como es la estimación que los demás realizan de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social. De manera que el artículo 5 del Código del Trabajo vino a reafirmar lo contemplado en la Constitución respecto de toda

³⁵ VERDUGO, M.. 1996, Derecho Constitucional. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. Tomo I.

persona, y de no haberse incluido este derecho en la legislación laboral igualmente el trabajador habría gozado de su protección.

1.4.1.- El respeto a la intimidad del trabajador.

La ley 19.759 modificó el artículo 5 del Código del Trabajo, en el sentido de incorporar expresamente en la legislación laboral un límite a las facultades que la ley le reconoce al empleador, y que previamente se encontraba reconocido por la propia Constitución en el artículo 19 N° 4 que asegura a todas las personas “el respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”. Como se puede ver se establece y consagra la protección de la vida privada, como un derecho fundamental, la que comprende lo que diga relación con la intimidad de la persona y de su familia, sin señalar un límite a su respecto, no se expresan que medidas debe adoptar el empleador para lograr un debido respecto a la intimidad del trabajador, al establecer esta limitación en términos amplios, lo cual permite una mayor flexibilidad en cuanto a la determinación de una conducta como infractora de este derecho, pasando a ser una cuestión casuística que el juez deberá determinar en cada caso particular.

Este derecho es en cierta medida una manifestación del derecho a la libertad personal.

Con esta modificación al artículo 5 del Código del Trabajo se incorporó lo que se venía afirmando por la jurisprudencia administrativa y por la doctrina laboralista. “Se establece así que el empleador, al ejercitar las facultades que le son propias, deberá hacerlo con especial consideración a las garantías constitucionales que se refieren a estos derechos básicos.”³⁶

Cabe preguntarse a que se coloca este límite, la respuesta es en apariencia simple, a la libertad de empresa del empleador y su derecho de propiedad, lo que nos presenta nuevamente el cuestionamiento que hiciera en su oportunidad respecto de la superioridad de ciertos derechos o garantías constitucionales por sobre otros, respecto de lo cual me remito a lo señalado anteriormente.

Tal es la trascendencia del derecho a la vida privada que la Declaración Universal de Derechos Humanos lo ha conceptualizado de manera descriptiva y contemplado su protección al señalar que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su

³⁶ HUMERES N. HECTOR. 2001. Reforma laboral ley N° 19.759, Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. 20p.

correspondencia..... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias.....”³⁷.

Ahora bien el respeto de la intimidad implica el derecho al resguardo de la esfera de la vida privada frente a cualquier intromisión en ésta, que no sea libremente consentida. Nuestra doctrina laboralista ha sostenido que se vulnera el derecho a la intimidad “con el conocimiento por extraños de aspectos de la vida personal que suscitan en el afectado una turbación moral”³⁸.

Este aspecto del derecho a la vida privada atraviesa las distintas facetas del desarrollo de la relación laboral, desde los procesos de selección para un determinado puesto de trabajo en donde cualquier indagación en relación de antecedentes que constituyan parte de la vida privada del trabajador como su condición familiar, genética o de salud, o cualquier otro que no diga relación con la aptitud para el puesto de que se trata, implica una vulneración del derecho a que se le respete su intimidad, igual situación se mantiene durante la relación de trabajo y la prestación de los servicios contratados. Sin embargo en la práctica este aspecto del derecho del trabajo resulta frecuentemente vulnerado, existiendo situaciones de máxima

³⁷ Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Art.12.

evidencia, como empresas del ámbito nacional que a los postulantes a un trabajo les obligan como condición para su postulación llenar un formulario en que se entregan datos relativos a su vida familiar, en otros casos se somete a determinados exámenes previos al establecimiento de una relación laboral o durante el desarrollo de ésta tomando conocimiento de los resultados de dichos exámenes, otra situación bastante reiterada en las prácticas laborales de nuestro país y que atenta en contra del respeto que se debe a la intimidad, es la indagación que realiza el empleador de los eventuales antecedentes penales del trabajador en el desarrollo del proceso de selección para ocupar un puesto de trabajo, solicitándole se adjunte a sus antecedentes de aptitud para el cargo un Certificado de Antecedentes Penales que expide el Registro Civil, en circunstancias que ello no guarda relación con la aptitud para la labor de que se trata, situación en que de existir antecedentes coloca al postulante al margen de toda posibilidad de acceder a dicho trabajo, siendo un obstáculo a su efectiva reinserción social y una merma en cualquier proceso de rehabilitación. Distinto es el caso en que la condición de intachable pasado del trabajador sea un requisito de idoneidad personal para el trabajo, situación que de todas formas no está

³⁸ Ob. Cit. (35). 20p.

exenta de controversias. Todas las circunstancias anteriormente descritas revelan lo que puede ser una irrupción violentamente en la vida privada.

En estrecha vinculación con el derecho a la protección de la vida privada de una persona está el derecho contemplado en el número 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República que establece la inviolabilidad del hogar, derecho indispensable para la salvaguarda de la vida privada y por consiguiente la intimidad. Cabe precisar que se entiende por hogar, para lo cual estaremos al concepto adoptado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución al tratar esta garantía, quienes señalan que se incorpora el concepto dado por don Raimundo del Río en su libro Elementos de Derecho Penal: “Se entiende por hogar, casa o morada el recinto de las habitaciones y sus dependencias en que una persona vive o ejerce sus actividades de trabajo y también los recintos cerrados que tenga bajo su control a cualquier título, aunque no concurren las circunstancias de vida o actividad dentro de él”³⁹.

Estos derechos constitucionales reconocidos a toda persona y que además han sido incorporados en la legislación laboral implican un límite al poder de dirección del empresario, teniendo además el carácter de

³⁹ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, 1980, cesión N°129. 23-24p.

irrenunciables para el trabajador puesto que de lo contrario se incurriría en un grave atentado en contra del orden público constitucional. Como podemos ver el trabajador no debe estar sujeto a ninguna relación de subordinación con respecto al empresario en el ámbito que comprende su vida privada, por cuanto implicaría su renuncia.

En conclusión podemos señalar que “Cualquier menoscabo o intromisión indagatoria utilizada por el empresario en orden a obtener información o datos relativos a la esfera de la vida privada del trabajador, que no esté suficientemente causalizada o apoyada en la necesaria preservación de otros derechos fundamentales, sería inconstitucional”⁴⁰.

1.4.2.- Derecho a la intimidad informática.

Los avances de la tecnología han hecho aparecer distintas situaciones que hacen necesario una regulación legal, la informática ha sido una de ellas, teniendo importantes efectos sobre lo que es la intimidad de las personas especialmente con el manejo de bases de datos y formas de comunicación actualmente en boga, como es por ejemplo el correo

⁴⁰ Ob. Cit. (2) 54p.

electrónico, lo anterior presenta nuevas interrogantes y desafíos para lograr la debida protección de derechos fundamentales como la vida privada, siendo una de sus variables el derecho a la intimidad, todas ellas con manifestación en los distintos campos del comportamiento humano. En este trabajo el interés se centrará únicamente en el campo de las relaciones laborales.

La introducción de la informática en la empresa ha hecho incrementarse notablemente la capacidad de almacenamiento, procesamiento y distribución de datos de carácter personal, cuya utilización podría provocar situaciones de intromisión en la vida privada, vulnerándose de esta manera dicho derecho fundamental, como una forma de regular ello en nuestro país se dictó la ley 19.628 sobre protección de la vida privada y datos de carácter personal, por éstos debemos entender como “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables”⁴¹, la cual establece un tratamiento para el almacenamiento de datos en bases, utilización de datos personales con especial énfasis en los relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o

⁴¹ Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada, 28 de agosto de 1999, Art.2° letra f.

comercial, derechos de los titulares de dichos datos, manejo y responsabilidad aparejada a éste.

Esta nueva dimensión de la intimidad también tiene repercusiones en el campo del derecho del trabajo en donde se encuentran situaciones como la obtención por parte del empleador de datos personales del trabajador, el manejo de éstos, la vigilancia en las comunicaciones del trabajador, la utilización que éste realiza de dichos medios durante la jornada laboral, etc., en estas y otras situaciones de actualidad podemos ver conflictos de derechos fundamentales.

En un análisis más acabado de los aspectos mencionados de la intimidad informática, cual es el tratamiento de las bases que contengan datos personales del trabajador, creo que se deben distinguir tres oportunidades distintas; antes de la relación laboral, durante ésta y una vez terminada.

En la primera situación el empleador se puede hacer de datos de carácter personal del trabajador, por distintas vías como son los organismos públicos o privados que proporcionan este tipo de información de acuerdo a la normativa legal o por medio de aquellos datos que entregue el propio trabajador o postulante a un determinado puesto de trabajo en forma voluntaria, siendo obligación del empleador comunicar al trabajador el

propósito para el cual sé está solicitando la información y el destino que tendrán los datos proporcionados, debiendo consentir expresamente y por escrito en su utilización y fin.

Por su parte, coherente con lo establecido por la ley 19.628, la ley 19.759 que modificó el Código del Trabajo incorporó una disposición que regula la comunicación de los datos de carácter personal del trabajador a que tenga acceso el empleador, señalando al respecto “El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”⁴², con ello se reafirma el derecho a la intimidad y vida privada de los trabajadores, estableciéndose límites a las facultades del empleador.

La obtención de datos está por otro lado limitada por la dignidad del trabajador, existiendo algunos datos personales que en virtud de la especial protección que les entrega la legislación no pueden ser recabados por el empleador ni menos incorporados a las bases de datos como son la ideología, religión, origen racial, salud, vida sexual, etc., según lo que se ha analizado durante el desarrollo de este trabajo.

⁴² Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Código del Trabajo. art.154 bis.

Ahora una vez obtenidos los datos por cualquier vía legítima se podrán aplicar única y exclusivamente al fin para el cual fueron solicitados, salvo que se trate de aquellos datos obtenidos de fuentes accesibles al público.

Por otra parte creo además que es obligatorio para el empleador eliminar los datos personales una vez cumplido el objetivo que se tuvo en vista, y de no ser así el postulante o el trabajador en su caso, tienen el derecho a exigir la eliminación de dichos antecedentes desde el registro o banco de datos.

Similar a lo anteriormente descrito ocurre tras el término de una relación laboral, debiendo a mi juicio el ex empleador proceder a la eliminación de los datos de carácter personal del trabajador que permanezca en su poder, a menos que este consienta o hubiere consentido expresamente y por escrito en su utilización posterior, conservando en todo caso el derecho a solicitar en cualquier momento su eliminación, sin que ello traiga para éste ningún costo asociado.

Una situación especial se da en materia laboral en el caso de los antecedentes de tipo comercial o financiero que pueda tener el trabajador, los cuales en ningún caso pueden representar una condicionante para el ingreso o permanencia de éste en el respectivo puesto de trabajo, sin perjuicio de aquellos trabajadores que en razón de la labor que desempeñan

la propia ley los ha excluido, así lo establece por lo demás el artículo 2 inciso sexto del Código del Trabajo, inciso recientemente agregado por la ley 19.812, publicada en el diario oficial con fecha 13 de junio de 2002.

Por último quisiera destacar ciertos principios que se pueden desprender de la ley 19.628, con relación al manejo de bases de datos de carácter personal, estos son la legalidad en la obtención de los datos, pertinencia y finalidad de su obtención, veracidad, accesibilidad a los titulares y cancelación cuando dejen de ser necesarios o pertinentes.

Otro aspecto de la intimidad informática que merece ser tratado es el relativo a las formas modernas de comunicación a las que puede tener acceso el trabajador, esto nos plantea distintas interrogantes como por ejemplo: ¿Puede un trabajador utilizar con fines personales las instalaciones del trabajo que permiten acceder a correo electrónico?, de ser posible ¿Es confidencial la información recepcionada por esta vía?, ¿Puede el trabajador utilizar en los lugares de trabajo su propio equipo de telefonía móvil?, ¿Es legítimo para el empleador utilizar equipos que permiten el rastreo del trabajador mientras este se encuentra fuera del lugar en que presta sus servicios, en horarios de trabajo, como un medio para ejercer su facultad de

vigilancia y supervisión?. Todas estas y otras, son interrogantes nuevas a las que trataré de dar una respuesta.

Creo que el trabajador al momento de celebrar un contrato de trabajo y por tanto admitir el vínculo de subordinación y dependencia, en cierta medida lo que está realizando es una enajenación de su tiempo y conocimientos o pericia, el cual “vende” al empleador para que este realice de él el uso que mejor le parezca con el debido respeto a los derechos que le asisten al trabajador ya sean estos de naturaleza laboral y como ciudadano o derechos fundamentales, en el marco de la normativa legal existente. En virtud de esta enajenación que se ha señalado cualquier desviación en el trabajo implica un menoscabo para el empresario, por cuanto está disponiendo para efectos personales de un tiempo que en definitiva no pertenece al trabajador, sino que ha consentido en desprenderse de él a favor del empleador por un precio determinado, representado por la remuneración.

Por su parte cualquier utilización, para fines personales del trabajador, de los medios de producción que el empleador ha puesto a disposición de éste para el desempeño de su labor, implica un menoscabo al derecho de propiedad del empleador, lo que nos lleva a concluir que no le es lícito al

trabajador hacer un uso no consentido expresamente de dichos bienes, sin embargo el empleador tiene la facultad de autorizar el uso de estos para fines extra laborales, en cuyo caso tratándose de la interrogante planteada respecto del uso del correo electrónico habría que señalar que una vez autorizado, el empleador está obligado a respetar el uso de estos medios de comunicación y la confidencialidad de las mismas, no siendo legítimo para éste entrometerse en dicho aspecto de la intimidad informática del trabajador, es más podría configurarse un ilícito, como la violación de correspondencia. Pero aún en el caso de que el empleador no haya autorizado al trabajador la utilización del correo electrónico con fines personales, las comunicaciones que por esta vía sostenga el trabajador se encuentran igualmente protegidas por el derecho a la intimidad, siendo la confidencialidad de las comunicaciones parte de este derecho. Lo anterior independiente de las compensaciones que en su caso el trabajador pueda deber al empleador por los perjuicios que este experimenta en su derecho de propiedad derivados del mal uso dado a los medios que éste pone a disposición del trabajador.

Por su parte cabe señalar que, si bien es cierto que según la ley el empleador tiene la facultad de vigilancia respecto del trabajador en el

desempeño de su labor, ello no puede implicar una intromisión en la intimidad de éste, como sería en el caso de la utilización de un medio de rastreo de la persona del trabajador, ni aún cuando este sea utilizado durante la jornada laboral y mientras el trabajador se encuentre fuera del lugar de trabajo. Distinta es la situación con el rastreo de los bienes de propiedad del empleador y que sirvan de apoyo a la prestación laboral, los que a mi juicio en razón del derecho de propiedad que el empleador tiene sobre estos y del fin para el cual están dispuestos, sería legítimo para el empleador conocer la utilización que de ellos se realice, lo que por lo demás no implica una violación del derecho a la intimidad en ninguna de sus formas.

1.4.3.- Derecho a la propia imagen.

Podríamos señalar que este es otro derecho del trabajador que corresponde propiamente al aspecto personal que este desea mantener y su eventual colisión con el derecho del empleador a la administración de la empresa.

Al respecto creo que el empleador está en condiciones de exigir al trabajador un determinado aspecto personal que vaya acorde con las labores

que se realizan o que correspondan a una imagen pública que la empresa desea mantener o proyectar, siempre que lo anterior no implique un atentado en contra de la dignidad del trabajador.

Estas condiciones que eventualmente el empleador pueda imponer a los trabajadores deben además estar incorporadas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, así por lo demás ha sido reafirmado por la jurisprudencia administrativa “Se rechaza la impugnación del artículo 35 N° 20 (del reglamento interno de la empresa que establece la obligación de utilizar uniformes, el que estaba siendo impugnado por los trabajadores), dado que ordenar a los trabajadores usar un vestuario y lucir una presentación personal adecuada, forma parte, a juicio de la suscrita, de las facultades de administración de la empresa que detenta el empleador”⁴³.

Como podemos ver está dentro de las facultades de administración del empleador poder establecer ciertas condiciones a la apariencia física que deben mantener los trabajadores, esto sin embargo tiene ciertos límites como el respeto a la dignidad del trabajador y demás derechos fundamentales y el desarrollo de la función propia del trabajo, de manera que estas condiciones impuestas a la apariencia del trabajador no pueden

⁴³ Dirección del Trabajo. 2000. Dictamen N° 3140/240 del 28/07/2000.

abarcarse el ámbito de su vida privada, es decir no podría condicionarse ni establecerse requisitos a la apariencia personal del trabajador fuera de la jornada y del lugar de trabajo.

Si bien es cierto que se admiten limitaciones a la apariencia personal de los trabajadores sin que ello implique una vulneración al derecho a la propia imagen, ello no es cuestionado en cuanto a la obligación de utilizar un determinado uniforme o vestimenta durante la jornada laboral, sin embargo respecto de otras limitaciones que puedan ir más allá y que afecten otros aspectos más relacionados con la propia imagen corporal, la facultad del empleador de establecerlas es más controvertida, por ejemplo se cuestiona si podría el empleador ordenar a uno de sus trabajadores utilizar el pelo de un determinado largo o prohibir la utilización de barba, etc.

Creo que respecto de lo anterior se podría admitir algún tipo de limitación como las ejemplarizadas, sólo en la medida que tengan una justificación y siempre con un criterio restringido, así por ejemplo, el trabajador que se encuentre en contacto o tenga a su cargo la manipulación de alimentos podría imponérsele la obligación de utilizar las uñas, el pelo y la barba de un largo razonable a las funciones que este realiza o aquel trabajador que se encuentre en permanente contacto con el público se podría

también establecer alguna de estas restricciones. En definitiva dichas limitaciones dependerán de la naturaleza de las funciones que desarrolla, ello en virtud de las facultades de administración de la empresa que detenta el empleador.

CAPITULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONVENIOS INTERNACIONALES

Los convenios internacionales del trabajo son los principales instrumentos con que cuenta el derecho laboral internacional. Con el objeto de determinar cual es el valor de éstos en Chile, especialmente aquellos que contemplan derechos fundamentales del trabajador que se han venido tratando en esta Memoria, se analizarán en su origen y valor normativo.

2.1.- ORIGEN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES.

Tienen estos su origen en la Conferencia Internacional del Trabajo, la que por medio de procedimientos pre - establecidos le corresponde pronunciarse sobre la adopción de estos, para lo cual se someten a su consideración textos previamente preparados que reflejan la opinión técnica de los estados miembros.

Entre las características esenciales de los convenios a juicio del profesor Manuel Montt Balmaceda están: las de emanar estos de un organismo internacional y no de una acuerdo bilateral entre Estados; el ser adoptados en la Conferencia Internacional del Trabajo que tiene el carácter de órgano tripartito, compuesto no sólo por representantes de los gobiernos de los Estados miembros de la OIT, sino que además por representantes de los trabajadores y de lo empleadores de los respectivos sectores nacionales; por último se caracterizan por ser normas que aún en el evento de no ser ratificadas generan ciertas obligaciones para los Estado miembros, estas características se consideran además como las diferencias con los tratados internacionales.

2.2.- OBLIGACIONES QUE SURGEN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES PARA LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OIT.

Cabe destacar que en todo el proceso de generación de los convenios prima la autonomía de cada uno de los Estados, quienes con plena libertad han decidido formar parte de la OIT, gozando de los derechos que esta

otorga y aceptando las obligaciones por ésta impuestas. Con dicha libertad se cuenta además para que en un acto voluntario ratifique o no un determinado Convenio, por cuanto ello es manifestación de soberanía del respectivo Estado, debiéndose por ende respeto a la legislación nacional de cada Miembro sin perjuicio de las obligaciones que impone la Constitución de la OIT. Al respecto la propia Conferencia Internacional del Trabajo ha recordado 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”⁴⁴

Tratándose de un Estado miembro de la OIT, aprobado que sea un convenio por la Conferencia Internacional, éste resulta obligado a la adopción de ciertas medidas, de acuerdo a lo que establece la propia Constitución de dicho organismo internacional, “Cada uno de los Miembros se obliga a someter el convenio en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia a la autoridad o autoridades a

⁴⁴ Organización Internacional del Trabajo. 1998. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, octogésima sexta reunión. Ginebra. 1p.

quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas (independiente de cual haya sido la postura de éste frente a la aprobación del convenio). Los miembros informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo, para someter el convenio a la autoridad o autoridades competentes, comunicándole al mismo tiempo los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y a las medidas por ellas adoptadas”⁴⁵.

Como podemos ver se desprende de esta disposición citada que los Estados miembros de la OIT tienen primordialmente dos obligaciones, frente a la aprobación por la Conferencia de un Convenio, una es la de someter el asunto a la discusión efectiva del órgano competente en el respectivo país, entendiendo por órgano competente aquel que tenga facultades normativas de carácter general, el que normalmente será el parlamento o poder legislativo, como en el caso nuestro. La segunda obligación consiste en la información que el Estado debe entregar al Director General de la Oficina respecto de las medidas adoptadas para dar

⁴⁵ Organización Internacional del Trabajo. 1982. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo. Art 19 N°5, letra b) y c).

cumplimiento a la primera obligación referida.

Del cumplimiento de lo anterior se pueden presentar dos circunstancias distintas, que el convenio no sea ratificado por el órgano competente de su respectivo país, en cuyo caso el Estado miembro igualmente habrá cumplido su obligación, otra posibilidad es que el Convenio se ratifique situación en la que el Estado deberá, además de las obligaciones ya referidas, cumplir con lo dispuesto en la Constitución de la OIT “Si el miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”⁴⁶, cabe además agregar a lo anterior que la ratificación debe ser sin reservas. “Tales medidas, a que hace referencia la Constitución de la OIT, pueden o no ser legislativas, de acuerdo al sistema institucional vigente en el respectivo país”⁴⁷.

Para que un Convenio, que haya sido ratificado entre en vigencia requiere además que éste cuente con un número mínimo de ratificaciones y el transcurso de un período de tiempo.

⁴⁶ Ob. Cit. (44). Art.19 N° 5 letra d).

⁴⁷ MONTT BALMACEDA, M. 1984. Principios de Derecho Internacional del Trabajo. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. 70p.

Pese a todo lo anteriormente expuesto la OIT ha señalado que “todos los miembros aún cuando no hayan ratificado un convenio determinado 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.....”⁴⁸.

2.3.- VALIDEZ EN CHILE DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES ADOPTADOS POR LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

Ya analizada la forma en que se generan los convenios internacionales de la OIT y cuales son las obligaciones que se derivan para el Estado miembro de la Organización, como lo es Chile, frente a la adopción de un Convenio Internacional por la Conferencia, cabe analizar las obligaciones que puedan suscitarse en el derecho interno Chileno, para ello es necesario distinguir dos estadios distintos en que podemos encontrar el Convenio, estos son antes de la ratificación y una vez que lo haya sido.

⁴⁸ Oficina Internacional del Trabajo. 1998. Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento. 86 reunión. Ginebra.

La Constitución chilena establece entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de “Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso.....”⁴⁹, por su parte se señala respecto del Congreso Nacional y su rol con relación a los tratados internacionales que: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los tramites de una ley ”⁵⁰, como se puede apreciar en estos artículos para que un tratado pueda tener efectos en Chile se hace necesaria su ratificación, cuya iniciativa corresponde al Presidente de la República, siendo indispensable la aprobación por el Congreso Nacional mediante el procedimiento al que se ve sometida la tramitación de una ley.

De lo anteriormente expuesto nos queda claro cuales son los órganos competentes y cual es la tramitación a que queda sujeta la ratificación de un convenio en Chile, pero no dice nada respecto de cual es el valor que

⁴⁹ Chile. 1980. Constitución Política de la República. artículo 32 N° 17.

este tendrá en el derecho interno y cual es su posición jerárquica dentro de las normas de derecho positivo. Si bien es cierto que la ratificación de los convenios (tratados internacionales) está sometida a los trámites establecidos para la aprobación de una ley, la función que cumple el Congreso en este caso no es la propiamente legislativa, ya que debe limitarse a aprobar o no el convenio que le someta el Presidente, sin que pueda efectuar modificaciones producto de la discusión que se lleve a cabo, lo que resulta ser la esencia de la función legislativa, por tanto no podría hablarse de ser el convenio propiamente una ley, sin perjuicio de que pueda en definitiva admitirse el tener jerarquía de ley o incluso superior a esta, tampoco implica esta limitación que se coarte la soberanía de Chile por cuanto el Congreso Nacional siempre tiene la alternativa de no ratificar el tratado o convenio, o ratificarlo con reserva, modalidad que no es admitida por el derecho internacional del trabajo para la ratificación de los convenios internacionales del trabajo, así como ninguna otra, debiendo la ratificación ser pura y simple.

Para el caso de que se ratifique, y una vez dictado el decreto promulgatorio y efectuada la correspondiente publicación en el diario

⁵⁰ Ob. Cit. (48), artículo 50 N°1.

oficial, a mi juicio, el tratado pasa a incorporarse como norma de derecho positivo siendo ésta obligatoria en los mismos términos que lo es una ley, aún cuando nuestra legislación no contempla una norma expresa que salve el problema en términos generales, sí existe mención en términos particulares en la Constitución Política de la República a aquellos tratados que contengan normas relativas a derechos esenciales, al respecto se señala “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”⁵¹. Como podemos ver en esta norma se contempla expresamente la fuerza obligatoria de los tratados internacionales y se les otorga el carácter de normas de derecho positivo, ello por cuanto nuestra Constitución tiene una inspiración iusnaturalista viniendo los tratados, a ser nada más que el reconocimiento formal de un derecho pre – existente, en lo que a derechos esenciales se refiere, produciendo su ratificación una reforma tácita de la Constitución. De esta manera, a mi juicio este tipo de convenios internacionales que contemplan

⁵¹ Ob. Cit. (48), artículo 5 inciso 2°.

derechos esenciales tendrían una jerarquía asimilable a una norma constitucional.

Una postura distinta es la planteada por quienes adhieren a la doctrina dualista frente al orden internacional, la que afirma existir una separación y diferenciación entre el orden normativo interno y el internacional, sosteniendo que además de la ratificación, para hacer aplicable dentro del Estado lo dispuesto en el convenio, se hace necesario una adecuación de la normativa legal interna por medio de los cursos legislativos ordinarios, incluso tratándose de derechos fundamentales es necesario la modificación de la Constitución, “la modificación de la Constitución requiere de los trámites expresamente previstos para ello, por lo que los tratados internacionales que contengan derechos fundamentales no rigen en forma automática por sobre su actual contenido y que el principio de la supremacía constitucional, claramente recogido en nuestro sistema normativo, no admite reformas tácitas de la Carta Fundamental, sino sólo aquellas operadas conforme a las reglas que ella misma contiene para su reforma.”⁵².

⁵² Halpern C. 2000. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile. Revista Actualidad Jurídica (2): 112p.

De las posturas anteriormente expuestas podría concluir, de acuerdo a lo sostenido en este trabajo, que los derechos fundamentales del trabajador contemplados en convenios ratificados por Chile, son sin lugar a dudas normas obligatorias, por cuanto estamos en presencia de derechos esenciales, en conformidad a lo dispuesto en la Constitución en el artículo 5 inciso 2°. Pero tratándose de otro tipo de derechos distintos a los que interesan a este trabajo, el asunto es más cuestionable, respecto de la necesidad adecuar el derecho positivo interno para hacerlo coherente con el compromiso adquirido al ratificar un convenio, aun cuando a mi juicio este tipo de convenios internacionales del trabajo, ratificados por Chile, tienen igual valor normativo que una ley.

Dada la temática de este trabajo cabe citar como ejemplo los Convenios que contemplan derechos de esta naturaleza y que han sido ratificados por Chile, el N° 111 de la OIT de 1958 sobre las distintas formas de discriminación; el N°138 de 1973 sobre la edad mínima para el trabajo; el N° 156 de 1994 sobre Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras; el N° 182 de 1999 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil, y la Acción Inmediata para su

Eliminación, todos los cuales contendrían normas obligatorias según lo expuesto.

Creo es adecuado destacar en esta parte la renovación del compromiso internacional de los Estados Miembros de la OIT en junio de 1998, en que la Conferencia General adoptó una declaración relativa a lo Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, en que se renueva el compromiso de los Estados de eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Una situación particular se nos presenta con las normas legales dictadas con posterioridad a la ratificación de un convenio y cuyo contenido es contrario a éste, en dicho caso tenemos que la norma dictada con posterioridad que vaya en contra de lo dispuesto por un tratado internacional, en materia de derechos fundamentales o esenciales, resultaría a lo menos, inconstitucional e incluso para quienes afirman el carácter supra – constitucional de los derechos esenciales, ni siquiera una disposición de la más alta jerarquía legislativa podría afectarlos por cuanto la incorporación de dichos derechos a la Constitución Chilena o a un tratado internacional no es más que el reconocimiento positivo de un derecho pre – existente.

Cualquiera sea la postura que se adopte el contrariar lo establecido en un convenio internacional ratificado por Chile, implica el incumplimiento por parte del Estado de una obligación de carácter internacional, voluntaria y soberanamente asumida, con las implicancias que ello puede traer en un mundo cada vez más inter - relacionado y dependiente, por ello se hace necesario la adopción de las medidas que se juzguen necesarias según sea el caso.

Otras posturas doctrinarias, que incluso se contienen entre las medidas que la propia OIT señala que pueden adoptarse por los Estados para ratificar los convenios, son aquellas que señalan que “La correcta técnica legislativa en materia de ratificación de convenios sería la previa promulgación de leyes para poder aplicarlos plenamente y sin contradicciones con el derecho interno vigente y luego ratificarlos, o bien, que dicha ratificación se posponga para disponer de tiempo a efectos de proceder a ello.”⁵³

Como podemos ver el tema no encuentra zanjado en la discusión doctrinaria nacional, quedando espacio a su debate.

⁵³ Ob. Cit. (51) 110p.

CAPITULO III

TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La incorporación de los derechos fundamentales del trabajador a la legislación positiva es sólo una parte del proceso de reconocimiento y protección de estos, siendo necesaria una etapa final de tutela efectiva, que se da por medio de la viabilidad en la protección de ellos, al establecerse mecanismo procesales que permitan impetrar y obtener la protección de los derechos fundamentales e incluso las compensaciones y sanciones respectivas frente a su vulneración.

La protección que se entrega en nuestra legislación a los derechos fundamentales tras las reformas de las leyes 19.759 y 19.812 y anteriormente con las leyes números 19.739 y 19.591, es de un alcance escuálido, puesto que no se establecen mecanismos procesales explícitos dirigidos a su efectivo ejercicio, sino que más bien se ha hecho un reconocimiento expreso de la existencia de estos derechos, incorporándolos

a la legislación propiamente laboral, los que anteriormente se encontraban contenidos únicamente a nivel constitucional y de manera genérica.

Sin embargo pese a la falta de establecimiento de mecanismos procesales, se han adoptado y sostenido por la doctrina laboralista ciertos mecanismos jurisdiccionales y administrativos de protección de los referidos derechos fundamentales de que trata esta memoria, cuya naturaleza no es propiamente laboral.

En el marco de estas alternativas de protección esta quienes desde la doctrina han afirmado la eficacia directa de los derechos fundamentales del trabajador en sus relaciones laborales.

3.1.- EFICACIA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR COMO CIUDADANO.

En el desarrollo del trabajo hemos entendido y demostrado que los trabajadores como ciudadanos que son tienen la titularidad de derechos fundamentales cuya naturaleza no es propiamente laboral, que sin embargo llevan al interior de sus empresas, sosteniéndose además la subjetividad de

estos derechos, lo que da como resultado su eficacia en las relaciones incluso entre privados.

En el origen de la consagración positiva de estos derechos se contemplaban como garantías del sujeto frente a la acción del Estado y sus órganos, pero ajenos a las relaciones entre privados. Desde finales de la primera mitad del S.XX, se comienza a elaborar por la doctrina alemana la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*, según la cual los derechos fundamentales afectan no sólo las relaciones con el Estado, sino que también aquellas que se dan entre particulares, surgiendo así la teoría de la eficacia horizontal, directa o inmediata de los derechos fundamentales. Sin embargo pronto la jurisprudencia alemana abandonaría esta teoría para sostener la eficacia mediata de los derechos fundamentales, “así el Tribunal Constitucional Federal de la *Drittwirkung*, acogerá una vía intermedia, señalando que la eficacia de los derechos fundamentales es mediata, esto es, requiere la previa actuación de los poderes públicos al cumplir el mandato constitucional de configurar la situación jurídica de los particulares con arreglo a los derechos fundamentales”⁵⁴.

⁵⁴ Ob. Cit.(3) 42p.

En nuestra legislación no cabe duda de la acogida que tiene la eficacia directa de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, así por lo demás se desprende de lo que ésta señala “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (órganos del Estado) como a toda persona, institución o grupo.”⁵⁵, el alcance que tiene en nuestro país la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales involucraría las relaciones que se dan en el ámbito laboral, entre trabajador y empleador, por cuanto según se ha venido analizando a lo largo de este trabajo y como se verá más adelante al tratar la disponibilidad de los derechos fundamentales del trabajador, no es posible establecer limitaciones a dichos derechos más allá de las que la propia ley establece o permite.

Se refuerza la tesis de la acogida en nuestro derecho del efecto horizontal, por la posibilidad que se otorga de aplicar la Acción de Protección cuando se vulnera por un particular alguno de estos derechos fundamentales del trabajador como ciudadano, que no gozan de una naturaleza propiamente laboral, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República. Por su parte lo propia ha realizado la

⁵⁵ Ob. Cit. (48). Art 6° inciso 2°.

Dirección del Trabajo al sostener “que al empleador le es exigible directa e inmediatamente, junto con la normativa común de la legislación laboral, el respeto por los derechos constitucionales de sus empleados.”⁵⁶, numerosos son los dictámenes en que la Dirección ha reconocido, en las relaciones entre empleador y trabajador, la eficacia de los derechos fundamentales de este último como ciudadano, inherentes a toda persona, de manera que representan un límite a las facultades de dirección del empleador.

3.2.- ACCIONES CONFERIDAS AL TRABAJADOR PARA LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Esta es tal vez una de las deudas más importante que mantiene la legislación del trabajo con los sujetos de una relación laboral y especialmente con los trabajadores, por cuanto contempla expresamente la existencia de los derechos fundamentales del trabajador de naturaleza ciudadana o no propiamente laboral, pero no contempla mecanismos procesales laborales que permitan impetrar directamente la protección de los referidos derechos y su ejercicio, debiendo recurrirse a figuras mediatas

⁵⁶ Ob. Cit. (15) 174p.

o que indirectamente la proporcionan, y cuya aplicación trasciende los límites propiamente laborales.

Es importante destacar que, aún cuando no se establezcan normas expresas respecto de la protección de estos derechos, el juez por principio constitucional debe velar por la aplicación efectiva de las normas del derecho en todos los asuntos sometidos a su decisión, “como corresponde a cualquier Estado de Derecho, en todo asunto litigioso sometido al conocimiento de los Tribunales de Justicia, aunque la materia no vaya dirigida expresamente a dicho efecto, deben ser protegidos y amparados los derechos fundamentales de los trabajadores, atendido su carácter y rango constitucional.”⁵⁷

Una alternativa que se abre con el nuevo inciso sexto del artículo 2 del Código del Trabajo es la posibilidad de dar cabida al ejercicio de acciones del derecho civil en el campo de las relaciones laborales, incluso se podría dar lugar a indemnización de perjuicios por daño moral, al considerar como incorporadas al contrato tanto las concepciones de lo que se entiende por actos discriminatorios como las obligaciones que de ellos emanan.

⁵⁷ Ob. Cit (20) 179p.

Ahora estos mecanismos indirectos que podrían utilizar las partes de una relación laboral para lograr el restablecimiento de su derecho vulnerado son:

3.2.1.- La Acción Constitucional de Protección.

La Acción de Protección, mal llamado Recurso de Protección, es una de las posibles vías que tiene el trabajador para lograr el amparo de un derecho fundamental que esté siendo vulnerado, pero sólo en la medida que sea alguno de aquellos que contempla el artículo 19 de la Constitución y que son amparados por esta acción.

La procedencia en esta materia de la acción de protección estaría dada por lo señalado en el artículo 20 de la Constitución, que establece la protección de los derechos fundamentales de la persona, en todo el espectro de sus relaciones sin hacer excepciones frente a las de carácter laboral, y consista su violación en una acción u omisión ilegal o arbitraria cualquiera sea el que la ocasione, siempre que produzcan una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de estos derechos. Como podemos ver la vulneración del derecho fundamental puede ser por obra de cualquiera, lo

que viene a reafirmar lo anteriormente señalado respecto del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

“Dicha acción constituye un verdadero hito procesal en nuestra tradición jurídica, ya que permite otorgar a los derechos constitucionales no sólo efecto directo en la relación entre particulares, sino que, además, le otorga vigencia inmediata, al permitir acudir de amparo constitucional a los órganos respectivos, fundado directa e inmediatamente en los actos de otro particular.”⁵⁸

3.2.2.- La acción de despido indirecto.

Otra de las alternativas que se tienen para lograr el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, es el considerar la vulneración de estos derechos como un incumplimiento de las obligaciones del empleador que tiene dichos derechos como un límite, según lo señala el artículo 5° del Código del Trabajo que dice: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores”, de manera que su incumplimiento por

⁵⁸ Ob. Cit (15) 178p.

el empleador habilitaría al trabajador para demandar su despido indirecto con indemnización de perjuicios, por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, o por falta de probidad, según cual sea la situación particular, en conformidad a lo establecido en el artículo 170 del Código del Trabajo.

Otra parte de la doctrina sostiene la procedencia de la acción de indemnización por despido indirecto por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato al empleador, toda vez que los derechos fundamentales del trabajador los considera elementos de la naturaleza del contrato de trabajo y su vulneración implicaría un incumplimiento grave, dando lugar a esta acción.

Cualquiera sea la postura doctrinaria, lo cierto es que esta acción puede significar para el trabajador la obtención del debido respeto de su derecho, pero a la vez implica el término de la relación laboral, lo que es claramente un factor de desincentivo para su ejercicio.

3.2.3.- Despido injustificado.

Una tercera fórmula es la acción de indemnización de perjuicios por despido injustificado, podría darse la circunstancia de verse enfrentado el trabajador al despido, por una conducta que no es otra cosa que el ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales, como por ejemplo el de libertad de expresión, que mal entendido por el empleador y en conducta abusiva procede a despedirlo por conducta indebida conforme a lo establecido en el artículo 160 N°1 del Código del Trabajo, que en definitiva no resulta ser debidamente comprobada, teniendo el trabajador derecho a ser indemnizado laboralmente.

3.2.4.- La vía administrativa.

La vía administrativa, o lo que es lo mismo las facultades interpretativas y fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo, es otra alternativa a la que se puede recurrir por el trabajador para lograr el respeto de sus derechos fundamentales, “Si se entiende que la Dirección del Trabajo se encuentra, como cualquier órgano público sometido a las normas constitucionales,

entre las cuales se cuenta la contenida en el inciso segundo, artículo 5° de la Constitución, no cabe duda alguna, que dicho órgano de la administración del trabajo debe asumir como un deber dar protección, en el ejercicio de sus funciones públicas, a los derechos fundamentales de los trabajadores.”⁵⁹

Otra de las facultades entregadas a la Dirección del Trabajo es la del inciso final del artículo 153 del Código del Ramo, inciso modificado por la ley 19.759, que señala “El delegado del personal, cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva podrán impugnar las disposiciones del reglamento interno que estimaren ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o ante la Dirección del Trabajo, según corresponda. De igual modo, esa autoridad o esa Dirección podrán, de oficio, exigir modificaciones al referido reglamento en razón de ilegalidad. Asimismo, podrán exigir que se incorporen las disposiciones que le son obligatorias de conformidad al artículo siguiente.”, la modificación realizada a este precepto vino a facultar a la Dirección del Trabajo para obligar a la incorporación, en el reglamento interno, de cláusulas obligatorias faltantes.

⁵⁹ Ob. Cit. (15) 184p.

Dentro de la vía administrativa se encuentra además la facultad de la Dirección del Trabajo de aplicar multas a los infractores de las normas del Código del Trabajo y de sus leyes complementarias, conforme los establece el Título Final del Libro V de dicho Código. En el caso particular de los derechos de que se trata esta memoria la infracción de las normas que los contempla, podrían llegar a ser sancionadas con multas que van de una a sesenta unidades tributarias mensuales, según la gravedad del asunto y conforme a lo prescrito en el artículo 477 del Código del Trabajo.

Si bien es cierto la aplicación de multas es un disuasivo para el empleador, su efecto es menor debido al bajo monto de las multas y al hecho de que ello de ninguna forma compensa la vulneración sufrida por el trabajador, puesto que serán siempre a beneficio fiscal.

3.2.5.- El ejercicio de acciones civiles.

Ya se había enunciado la posibilidad que surgía del ejercicio de acciones indemnizatorias del derecho común en el campo de las relaciones laborales. Con las modificaciones de la ley 19.759, se incorporan ciertas obligaciones que guardan relación con derechos fundamentales, especialmente con

relación a conductas discriminatorias, según se desprende del inciso séptimo del artículo 2° del Código del Trabajo que señala “Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren”. Este nuevo inciso incorpora al contrato dichas obligaciones, de manera que su vulneración ocasiona un incumplimiento de una obligación no sólo legal, sino que además contractual dando paso a la posibilidad de una demanda de indemnización de perjuicios, por responsabilidad contractual, pero lo que es más novedoso es la posibilidad que surge de demandar indemnización por responsabilidad extra contractual, fundado en el daño moral que ocasiona una práctica discriminatoria.

Existe daño toda vez que se ocasiona un perjuicio, detrimento, dolor, descrédito a otro, este daño puede ser material o moral. “El daño moral es aquel que proviene de toda acción u omisión que puede estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana, todo aquello que signifique

un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño”⁶⁰, ahora no todo daño de esta naturaleza da lugar a indemnización, sino que para ello se requerirá que el perjuicio sea cierto, es decir que realmente exista, personal es decir afectar la subjetividad del que sufre el atentado en su derecho fundamental, y por último debe ser consecuencia de la lesión ocasionada a un interés lícito no patrimonial, debe considerarse además el descrédito que se ocasiona a la víctima del daño en el medio laboral en que este se desenvuelve. Dadas estas condiciones a mi juicio es plenamente procedente la indemnización de perjuicios por daño moral respecto del trabajador cuyo derecho fundamental haya sido vulnerado.

3.3.- DISPONIBILIDAD Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.-

El Código del Trabajo señala “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo. Los

⁶⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 39, segunda parte, Sec.1, 203p, considerando 29 de primera instancia.

contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”⁶¹. Esta disposición que establece la indisponibilidad de los derechos del trabajador, se contempla como un resguardo a éste, para evitar pueda verse privado de sus derechos sin obtener a cambio una contraprestación de parte del empleador, salvo aquellos casos en que el legislador ha señalado su indisponibilidad absoluta, como por ejemplo las vacaciones legales, o cuando se ponga en riesgo la salud del trabajador, así mismo existiría una indisponibilidad de los derechos en que se encuentra involucrado un principio de orden público, lo anterior en el supuesto de que la renuncia sea fruto de un acto bilateral.

Otra situación que puede presentarse es la renuncia unilateral a un derecho, que conforme a lo establecido por el derecho común es admisible siempre que esta mire al sólo interés del renunciante, a mi juicio en el caso de los derechos laborales esta renuncia unilateral no sería admisible bajo ningún respecto, sino sólo aquella producto de un acto bilateral que traiga consigo una compensación para el trabajador, pero ni aún ésta en el caso de

⁶¹ Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Código del Trabajo. Artículo 5° incisos 2° y 3°.

los derechos fundamentales del trabajador sean estos de naturaleza laboral o inespecífica, por cuanto las normas que los contienen son de orden público.

Por último tratándose de la renuncia que se realice en forma anticipada, no será ésta admisible en ningún caso.

CAPITULO IV

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se aborda el tema de los Derechos Fundamentales del Trabajador, llamado también derechos inespecíficos, que no son otros que los derechos de todo ciudadano llevados al ámbito de las relaciones laborales, los que no se adquieren por tener la calidad de trabajador, como tampoco son privativos de las relaciones laborales, sino que están presentes en diversas otras relaciones jurídicas, y que además se caracterizan por ir adaptándose frente a los cambios que experimenta la sociedad, lo cual se refleja en el campo del pensamiento jurídico y normativo.

Por ello es que el campo de los derechos fundamentales no se agota en su positivización en la forma en que se ha dado en nuestra legislación, sino que además de la paulatina incorporación de nuevos derechos, aún ausentes en las diversas parcelas jurídicas, el reforzamiento de los ya existentes y los cauces más adecuados y eficaces para su reconocimiento y protección,

aspecto este último en el cual nuestra legislación es débil, al no establecer mecanismos de protección directa.

A lo largo del trabajo se abordan las modificaciones introducidas por la ley 19.759 en lo que a derechos fundamentales se refiere, la que efectivamente incorpora a la legislación laboral derechos de dicha naturaleza, que anteriormente habían sido reconocidos constitucional o sólo administrativamente, de ellos se realiza un acabado análisis.

Entre los distintos derechos fundamentales del trabajador se encuentra la dignidad del trabajador, la cual debe ser respetada bajo toda consideración, siendo un límite a las facultades del empleador, sin perjuicio de que a este le es legítimo adoptar medidas que le permitan resguardar las pertenencias de su empresa por medio de ciertos controles respecto de sus trabajadores, con tal que se encuentren incorporadas en el reglamento interno y con ciertas condiciones, las que deben ser siempre de carácter preventivo y bajo ningún respecto implementarlas frente a una situación puntual aparentemente anómala o de carácter delictivo, por cuanto esto implicaría que la medida tiene un carácter investigador y prepolicial, vulnerándose el respeto a la honra y dignidad del trabajador.

Otro de los derechos fundamentales del trabajador que quizás resulte ser uno de los más relevantes a la luz de la modificación de la legislación laboral y su antecedente constitucional es el derecho a no ser discriminado, no siendo tolerable ningún tipo de discriminación, en materia laboral tal como lo señala el artículo 19 número 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República, que no se base en la capacidad o idoneidad personal, lo novedoso de esta disposición constitucional es que apartándose de la fórmula comúnmente dada no establece una enumeración de cuáles son los criterios considerados como sospechosos de discriminación sino por el contrario establece una fórmula abierta, lo cual no es recogido por la ley 19.759, ya que incorpora en el Código del Trabajo una serie de factores considerados sospechosos de discriminación, con lo cual la aparición de nuevos factores podría dejar al margen de la tipificación legal ciertas conductas claramente discriminatorias.

Difícil es que por medio de una sola ley se pretenda solucionar el problema de las discriminaciones, que continuara en forma evidente o solapada, en las distintas etapas de desarrollo de la relación laboral, e incluso antes de que surja la relación, como ocurre en los avisos de empleo recientemente regulados y en el proceso de selección de los trabajadores,

más aún con una modificación legal que surge carente de mecanismos expresos que permita la protección de dichos derechos y las correspondientes compensaciones frente a su vulneración, haciéndose necesario recurrir a figuras indirectas y no siempre eficaces para obtener un amparo relativo.

Como se evidenció en el análisis del trabajo casi la totalidad de los casos de discriminación tienen un origen netamente cultural, obedeciendo a patrones tradicionales y de prejuicios que se incuban a través del tiempo y que en ocasiones llegan a transformarse en normas jurídicas, el cambio cultural que nos lleve a un fin de la discriminación es extremadamente lento, por lo que se hace necesario el incentivo e intervención a fin de ir creando patrones culturales distintos que admitan las diferencias que en otro tiempo dieron origen a la discriminación, algunas de estas formas de intervención es a través de la regulación legal, las denominadas en el derecho norteamericano acciones positivas y por las discriminaciones positivas.

Lo anteriormente expuesto me ha llevado a concluir que la norma que realmente contiene el derecho fundamental de un trabajador a no ser discriminado en las relaciones laborales se encuentra en la Constitución

Política de la República, que lo contempla con un criterio amplio, y señalando afirmativamente cuales son los factores de distinción aceptados, por ende todos los demás son discriminatorios, sin necesidad de entrar a señalar expresamente factores sospechosos, de manera que la normativa legal se entiende sólo como facilitadora de la función de identificación de los factores de discriminación en materia laboral, pero en ningún caso como norma taxativa a su respecto.

Otros derechos fundamentales que se abordaron son la libertad de conciencia o ideológica, la que es consubstancial a la condición humana, y se desarrolla en diversos campos, siendo de nuestro especial interés la religión del trabajador y su libertad política, ambas en su aspecto subjetivo y en su manifestación o expresión externa. En relación a la primera se aborda la situación particular que presentan las empresas ideológicas, concluyéndose al respecto que la ideología del trabajador es parte de la idoneidad personal para el trabajo, pero debe esto precisarse en atención a la labor concreta que desarrolla el trabajador en la empresa u organización ideológica, así en el caso de las organizaciones que identificamos como aquellas que no cumplen fines propiamente ideológicos, pese a su estrecha

vinculación con una ideología, no cabría realizar ningún tipo de distinción, sin importar cual sea la función que el trabajador realice.

Un paso adelante se ha dado en esta materia con la dictación de la ley 19.638, como en su oportunidad lo analizamos, pero no en cuanto al derecho de libertad religiosa o de culto, que ya tenía consagración constitucional, sino en cuanto a las condiciones que garanticen el ejercicio de dicho derecho, en lo que he llamado la faz objetiva o de manifestación externa de esta libertad, puesto que como se ha concluido en la medida en que se encuentre en su faz subjetiva no está al alcance del derecho por cuanto no sale del fuero interno de cada sujeto.

Uno de los derechos fundamentales de toda persona más importantes es la libertad de expresión de modo tal que todo trabajador tiene el derecho constitucional de manifestarse de acuerdo a sus propias convicciones y postulados, sin que sea impedimento alguno la labor que desempeñe al interior de la organización, sin embargo según se analizó se podría admitir una cierta restricción a este derecho, no en cuanto al derecho en sí mismo sino en cuanto a la oportunidad, límites que estarían dados por el cumplimiento de las obligaciones de carácter laboral que asume el trabajador en virtud de su vínculo contractual con el empleador.

Por último dentro de los derechos fundamentales tenemos el derecho a la vida privada, a la intimidad y a la honra. Debemos entender que se comprende dentro de este último el derecho a la imagen propia, respecto del que se cuestiona la posibilidad que tiene el empleador de establecer limitaciones a la apariencia personal de los trabajadores, cuestionamiento que ha surgido frente a la imposición de la obligación de utilizar un determinado uniforme o vestimenta durante la jornada laboral, o mantener una determinada apariencia corporal, al respecto se puede concluir que el empleador tiene la posibilidad de establecer ciertos límites, pero sin que ello importe una vulneración del derecho en su esencia, y en la medida en que guarde relación con la actividad desarrollada por el trabajador. Pese a lo anteriormente señalado en términos generales podemos afirmar que el trabajador no puede estar sujeto a una relación de subordinación con respecto al empresario en el ámbito que comprende su vida privada.

Un aspecto importante de destacar es la regulación que por medio de la ley 19.628, se ha dado al manejo de bases de datos de carácter personal, los que son una importante parte del derecho a la vida privada y a la intimidad, y de la cual son destacables ciertos principios como la legalidad en la obtención de los datos, pertinencia y finalidad de su obtención, veracidad,

accesibilidad a los titulares y cancelación cuando dejen de ser necesarios o pertinentes, aspecto todos que vienen a reforzar este derecho fundamental.

La serie de derechos fundamentales que se han abordado en este trabajo y que se encuentran consagrados en la Constitución Política de la República, incorporados además en la legislación laboral, implican un límite al poder de dirección del empresario, con el carácter de irrenunciables para el trabajador, puesto que de lo contrario se incurriría en un grave atentado en contra del orden público constitucional.

Pero la consagración de dichos derechos fundamentales se presenta no sólo en la normativa emanada de los órganos legisladores nacionales, sino que además comprende los reconocidos en los Convenios Internacionales, que a mi juicio y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política de la República tienen fuerza obligatoria, por cuanto estamos en presencia de derechos esenciales, dándoles además el carácter de normas de derecho positivo, por cuanto nuestra Constitución tiene una inspiración iusnaturalista, viniendo los tratados a ser nada más que el reconocimiento formal de un derecho pre – existente, en lo que a derechos esenciales se refiere, produciendo su ratificación una reforma tácita de la Constitución. Tratándose de otro tipo de derechos distintos a los que

interesan a este trabajo, el asunto es más cuestionable, aun cuando a mi juicio este tipo de convenios internacionales del trabajo, ratificados por Chile, tienen igual valor normativo que una ley.

El último aspecto que se aborda en este trabajo y en el cual más débil se encuentra nuestra legislación, sin que haya recibido un aporte tras la última reforma laboral de la ley 19.759, es la tutela efectiva de los derechos fundamentales, puesto que la incorporación de los derechos fundamentales del trabajador a la legislación positiva es sólo una parte del proceso de reconocimiento y protección de estos, siendo necesaria la etapa final de tutela efectiva, que se obtiene por medio de la viabilidad en la protección de ellos estableciendo mecanismos procesales que permitan impetrar y obtener su protección o las compensaciones y sanciones respectivas frente a su vulneración, este aspecto y dichos mecanismos no se contemplan en nuestra legislación.

El trabajador frente a la falta de mecanismos explícitos se ha visto obligado a recurrir a mecanismos alternativos o indirectos de protección, los que en cierta medida son factibles gracias a la eficacia directa de los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano. Pero aún cuando no se establezcan normas expresas respecto de la protección de estos

derechos, el juez por principio constitucional debe velar por la aplicación efectiva de las normas del derecho en todos los asuntos sometidos a su decisión.

Uno de aquellos mecanismos indirectos de protección a que me he referido, aun cuando sea de alcance limitado, lo encontramos en el ejercicio de la Acción de Protección frente a la vulneración por un particular alguno de los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República y en conformidad al artículo 20 del mismo cuerpo normativo, esta posibilidad se funda en la acogida en nuestro país de la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales, conforme a la cual se involucrarían las relaciones que se dan en el ámbito laboral, entre trabajador y empleador.

En definitiva podemos concluir que la reforma de la ley 19.759 en materia de derechos fundamentales resultó insuficiente, aún cuando se debe reconocer el haber incorporado en la legislación laboral varios de los derechos fundamentales del trabajador, reconocidos constitucionalmente o por medio de tratados internacionales con anterioridad a ésta, lo que de todas formas constituye un avance, aunque deja ésta una deuda en materia de protección de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ALBID MONTESINOS IGNACIO, CAMPS RUIZ LUIS MIGUEL, LOPEZ GANDÍA JUAN, SALA FRANCO TOMÁS, Derecho del Trabajo y Contrato Individual, Valencia, España, segunda edición, 2000.
- 2.- ALONSO OLEA Y CASAS BAHAMONDES MARÍA EMILIA, Derecho del Trabajo, Madrid, España, décimo octava edición, editorial Civitas Ediciones, 2000.
- 3.- APARICIO, JOAQUIN y BAYLOS ANTONIO, Autoridad y democracia en la empresa, Madrid, España, Editorial Trotta. (Colección estructuras y procesos. Serie 1º de mayo), 1992.
- 4.- BOLETIN OFICIAL DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Santiago, Chile, 2002.
- 5.- CASEN, encuesta 1998.
- 6.- CÓDIGO DEL TRABAJO, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- 7.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, 2000.

- 8.- DIARIO DE CESIONES DEL SENADO, 2001.
- 9.- DIARIO DE CESIONES CAMARA DE DIPUTADOS, 2001.
- 10.- DIARIO OFICIAL, Ley 19.591, 9 de Noviembre de 1998.
- 11.- DIARIO OFICIAL, Ley 19.628, 28 de Agosto de 1999
- 12.- DIARIO OFICIAL, Ley 19.638, 14 de Octubre de 1999.
- 13.- DIARIO OFICIAL, Ley 19.759, 5 de Octubre de 2001.
- 14.- DIARIO OFICIAL, Ley 19.812, 13 de Junio de 2002.
- 15.- DIARIO OFICIAL, Ley 19.779, 14 de Diciembre de 2001.
- 16.- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ordinario N°2060/0176, de 22/05/2000.
- 17.- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2000. Dictamen N° 3140/240 del 28/07/2000.
- 18.- EVANS DE LA CUADRA ENRIQUE, Los Derechos Constitucionales, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1999.

19.- GAMONAL C. S. La lucha contra la discriminación femenina y las acciones positivas y su constitucionalidad, Santiago, Chile. Revista Laboral Chilena (99), 2002.

20.- GARCÍA MARTÍNEZ ROBERTO, Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Teoría General de los Principios e Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad – Hoc, 1998.

21.- HALPERN MONTECINO CECILY, Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile. Revista Actualidad Jurídica (2), Universidad del Desarrollo, 2000.

22.- HUMERES NOGUER HECTOR. Reforma Laboral ley N° 19.759, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

23.- KOCH SALAZAR SALAZAR. Proyecto de reforma del Código del Trabajo. Indicaciones sustitutivas (comentarios a algunas proposiciones de reforma), Santiago, Chile, Revista Laboral Chilena, abril de 2001.

24.- LIZAMA PORTAL LUIS, UGARTE CATALDO JOSÉ LUIS, Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa, Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Limitada, 1998.

- 25.- MEJIA SERGIO, Convenios Internacionales del Trabajo: El Compromiso del País, En: Revista Temas Laborales del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 2001
- 26.- MEJIA VIEDMAN SERGIO y LIZAMA PORTAL LUIS, Reformas Laborales Su Contenido e Impacto en la Empresa Ley 19.759, Santiago, Chile, Editorial Cono Sur Lexis Nexis Chile, 2001.
- 27.- MONTT BALMACEDA MANUEL, Principios de Derecho Internacional del Trabajo, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1984.
- 28.- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio N° 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958.
- 29.- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1982.
- 30.- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, octogésima sexta reunión. Ginebra, 1998.
- 31.- PECES-BARBA, GREGORIO, Curso de derechos fundamentales, Madrid, España, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1999.

32.- Revista Temas Laborales del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 2001.

33.- SALGADO PEREZ GABRIELA, Deberes y Derechos del Empleador y Del Trabajador, En: IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y De La Seguridad Social “Globalización Económica y Derecho Individual del Trabajo”, Santiago, Chile, 1998.

34.- TEXTOS HISTORIA DE LA LEY, Sesiones del Congreso Nacional de la República de Chile, ley 19.759.

35.- VERDUGO MARIO, Derecho Constitucional, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.