



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR MOTIVOS DE RELIGIÓN O CREENCIAS

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

CAROLINA VANESSA FUENTES QUEZADA

Profesores Guías: Héctor Huméres Nogueira

Verónica Fernández Omar

Santiago de Chile

2021

“Islam sier det samme som alltid. At alle mennesker i denne verden er like mye verdt, og at ingen mennesker skal baksnakkes, krenkes, dømmes eller latterliggjøres. Så hvis du hører noen bruke religion for å argumentere for hatet sitt, ikke hør på dem. Fordi hat kommer ikke fra religion, det kommer fra frykt.”

El islam dice lo que siempre ha dicho. Que todas las personas en este mundo tienen el mismo valor, y que ninguna persona merece que hablen de ella a sus espaldas, ser ofendida, juzgada o ridiculizada. Así que, si escuchas a alguien usar la religión como argumento para legitimar su odio, no los escuches. Porque el odio no viene de la religión, viene del miedo.

Sana Bakkoush, *Skam*.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	1
INTRODUCCION.....	2
a) Sobre los derechos fundamentales.....	2
b) Sobre los derechos fundamentales de los trabajadores.....	3
CAPITULO I: INTRODUCCION AL TEMA DE LA DISCRIMINACION.....	6
1.1. Conceptos de discriminación.....	6
1.1.1. Sociológico.....	7
1.1.2. Jurídico.....	8
1.1.3. Discriminación en el empleo.....	8
1.2. Discriminación por motivos de religión o creencias.....	10
1.2.1. Antecedentes históricos.....	11
1.2.2. Panorama religioso en Latinoamérica y Chile.....	12
1.2.3. Minorías y Minoría Religiosa.....	13
1.2.3.1. Derechos individuales y colectivos de las minorías religiosas.....	16
1.3. Tratados Internacionales sobre la discriminación.....	16
1.3.1. Tratados sobre la discriminación en el empleo.....	17
1.3.2. Tratados sobre la discriminación basada en motivos de religión o creencias....	18
1.4. La no discriminación -en el empleo- en Chile: regulación constitucional y legal.....	20
1.4.1. La no discriminación en la Constitución Política de la República.....	20
1.4.2. Análisis del artículo 2 del Código del Trabajo.....	21
1.4.3. Discriminación laboral en Chile.....	22
1.4.4. Ley N° 20.609: Establece medidas contra la Discriminación.....	24
1.4.5. Ley N° 19.638: Establece normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas.....	26
CAPITULO II: DISCRIMINACION EN LA RELACION LABORAL POR MOTIVOS DE RELIGION O CREENCIAS.....	27
2.1. Libertad religiosa y trabajo en Chile.....	27
2.2. Libertad religiosa y Trabajo en el derecho comparado.....	31
2.2.1. España.....	31
2.2.1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero.....	33
2.2.1.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares 958/2002, de 9 de septiembre.....	35
2.2.1.3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 2170/1997, de 27 de octubre.....	36
2.2.2. Estados Unidos.....	37
2.2.2.1. EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Supreme Court of the United States (2015).....	38

2.2.3. Canadá	39
2.2.3.1. Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears (Supreme Court of Canada, 1985).	40
2.2.4. Argentina	42
2.2.4.1. Belotto Rosa contra Asociación Bancaria, Suprema Corte de Buenos Aires (SCBA), 2014.	43
2.2.5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	44
2.2.5.1. Casos de la Comisión Europea de Derechos Humanos.....	44
2.2.5.1.1. Konttinen v. Finland, 1996.	44
2.2.5.1.2. Stedman v. United Kingdom, 1997.....	45
2.2.5.2. Casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	45
2.2.5.2.1. Thlimmenos v. Greece, 2000.	45
2.2.5.2.2. Kostas v. The former Yugoslav Republic of Macedonia, 2006.....	45
2.2.5.2.3. Eweida and others v. The United Kingdom, 2013.	46
 CAPITULO III: LA TUTELA DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACION LABORAL. TIPOS DE DISCRIMINACIÓN, PROCEDIMIENTOS Y CASOS EN CHILE	48
3.1. Tópicos y prácticas objeto de protección en la manifestación religiosa en el trabajo	48
3.1.1. Acoso laboral.....	52
3.2. Análisis sobre el procedimiento de tutela laboral y su aplicación en protección de la no discriminación en la relación laboral.	54
3.3. Sentencias que han acogido demandas de tutela judicial sobre no discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias	58
3.3.1. Inspección Provincial del Trabajo de Santiago con TP Chile S.A.	58
3.4. Sobre otros mecanismos y vías de protección.	62
3.4.1. Acción de protección	62
3.4.1.1. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°460-2014, sentencia de 4 de abril de 2014.	63
3.4.2. Despido indirecto o auto despido.	64
3.4.3. Despido por causal de caducidad del artículo 160 número 1 letra f) del Código del Trabajo	66
3.4.4. Acción civil de Indemnización de Perjuicios	66
3.4.5. Reglamento interno de orden, higiene y seguridad	67
3.4.6. Acomodación razonable	68
3.4.7. Buenas prácticas laborales	70
 CAPITULO IV: ANALISIS CRÍTICO DE LA REGULACION EN MATERIA DE DISCRIMINACION POR MOTIVOS DE RELIGION O CREENCIAS.	72
4.1. Diagnóstico y evaluación de la problemática.	72
4.2. Desafíos en la regulación	74
4.3. Propuestas y soluciones	74
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	83

RESUMEN

La religión o la creencia, para quienes la profesan, constituye uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida, un rasgo trascendental e intrínseco de su personalidad.

Uno de los ámbitos en los cuales puede revelarse el vivir conforme a las propias creencias es el trabajo, donde confluyen la faceta de creyente y de trabajador y pueden presentarse conflictos entre la manifestación de la religión -a través de sus prácticas y observancias- y el poder de dirección del empleador. En este sentido, resulta relevante revisar el tema de la discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias, frente al mandato de la legislación laboral que prescribe que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona.

Si bien el legislador ha estimado a la religión y a las creencias como motivos respecto de los cuales pueden verificarse actos discriminatorios contrarios a los principios de las leyes laborales, y a la libertad religiosa dentro de uno de los derechos fundamentales respecto de los cuales puede invocarse el procedimiento de tutela laboral, la protección de este derecho se concentra más bien en la etapa post ocupacional.

En este trabajo se revisará cómo se hace operativa la protección que la normativa vigente -en el derecho internacional, comparado y en Chile- ha establecido para el derecho a la no discriminación y el derecho a la libertad religiosa, en el lugar de empleo, con la finalidad de que los trabajadores no sean afectados por conductas discriminatorias basadas en la religión o las convicciones, y si es posible el reconocimiento del ejercicio de la libertad religiosa a través de garantías, es decir, si existe un derecho a comportarse en lo posible de acuerdo a las propias convicciones también en el lugar de trabajo.

INTRODUCCION

a) Sobre los derechos fundamentales.

Un rasgo importante de nuestra época es la significación cada vez mayor de los derechos fundamentales. Este carácter ha quedado de manifiesto con la propensión, desde el siglo XVII, hacia las declaraciones de derechos: el *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra, las declaraciones de las excolonias norteamericanas y las primeras diez enmiendas a la Constitución federal en Estados Unidos, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 en Francia, entre otras; que tuvieron como finalidad primaria desde sus orígenes la protección de los particulares frente al Estado¹.

Las declaraciones de derechos han evolucionado históricamente, principalmente en el transcurso del siglo XX, en especial en dos aspectos: ampliación e internacionalización. Respecto al primero, se ha verificado un crecimiento y diversificación del catálogo de derechos fundamentales, desde la consagración de derechos individuales de carácter civil y político, hacia la incorporación de derechos sociales -en oposición al esquema clásico de derecho-libertad-, culminando, no definitivamente, con la categoría de los derechos colectivos. Al mismo tiempo, esta mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas *generaciones* de derechos². Respecto a la internacionalización de las declaraciones de derechos, fenómeno que surge post Segunda Guerra Mundial, se ha planteado su efecto benéfico con el surgimiento de una especie de *derecho común* de los derechos humanos, permitiendo así dar respuestas, bajo un standard mínimo, a muchos de los problemas jurídicos que surgen en la práctica³.

En la doctrina se ha discutido acerca de la naturaleza de los derechos recogidos en estas declaraciones⁴; de cualquier forma, la recepción positiva de los derechos fundamentales (tanto su correcta denominación -derechos humanos, derechos subjetivos públicos, derechos morales, o garantías constitucionales- como su fundamentación -histórica, positiva o ética-) es un hecho indiscutible, y forma parte del proceso que se ha llamado de *positivización* de los derechos fundamentales, es decir, la incorporación progresiva y continua de normas de derecho positivo dentro de los Estados⁵. Esta evolución en la positivización de los derechos fundamentales da cuenta de un

¹ Hesse, K. Manual de Derecho Constitucional. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons (2004), pp.83-84.

² Perez Luño, A. Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons (1996), pp.14.

³ Díez-Picazo, L. Sistema de derechos fundamentales. Serie Derechos fundamentales y Libertades Públicas. 2ª ed. Thomson Civitas (2005), pp.35.

⁴ Así, para la concepción formal lo crucial de estos derechos se encuentra en el rango de la norma que los reconoce, y su máxima fortaleza jurídica se produce cuando son declarados a nivel constitucional, habiendo vías para su aplicación jurisdiccional (véase Díez-Picazo, pp. 37) ; otros, en cambio, ponen el acento en su contenido, surgiendo así el concepto material de los derechos fundamentales, que los define como aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas, o en su caso solo a los ciudadanos, por el mero hecho de serlo (véase Ferrajoli, en Díez-Picazo, pp. 37)

⁵ Lizama Portal, L. y Ugarte Cataldo, J. L. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago (1998), pp. 155

quiebre durante el siglo XX con el Estado liberal, lo que se manifiesta en la ampliación en el campo de acción de estos derechos, que ya no se restringen al control del poder político del Estado, sino que extienden su aplicación directa e inmediata también entre privados⁶.

Uno de los valores básicos que cimientan los derechos fundamentales en la actualidad es la dignidad. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “*de la dignidad que singulariza a toda persona humana, derivan una serie de atributos con los que nace y conserva durante toda su vida. Entre estos aspectos, destacan los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos que detentan las personas y cuya existencia es asegurada por el ordenamiento jurídico, catalogándolos de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento*”⁷.

b) Sobre los derechos fundamentales de los trabajadores

El Derecho del trabajo tiene su fundamentación en la innata disparidad existente entre trabajador y empleador, ambos elementos esenciales de toda relación jurídica laboral, siendo esta disciplina protectora de una de las partes. En este sentido, uno de los fines del Derecho del Trabajo -junto con el fin organizador- es el fin tutelar, esto es, la protección a la parte débil de esta relación; del trabajador frente al poder económico del empresario, y su posición de fragilidad atendida esta dependencia en la que se desenvuelve al realizar sus tareas, exponiéndose a las directrices del empleador. Frente a ello, se ha generado una regulación de equilibrio entre la dirección de la empresa y los derechos básicos de los trabajadores. La legislación laboral se construyó así alrededor de estos dos grandes grupos de intereses, dotando a empleadores de amplios poderes de organización y dirección del trabajo, y por el otro construyendo un catálogo de derechos reforzando a los trabajadores su posición frente al empresario⁸.

Esta relación de asimetría que inspira la protección de la parte más débil se ve enfrentada a un desafío presentado post Segunda Guerra Mundial: la idea de que en las relaciones entre privados tienen plena vigencia los derechos fundamentales de las personas⁹, consecuencia del quiebre de la asociación entre Estado liberal -cuya mentalidad inspiró a la primera generación de derechos fundamentales y que estableció la autonomía contractual como principio de las relaciones laborales- y los derechos fundamentales. Así, se da paso a la aplicación directa en las relaciones entre privados, abriendo una nueva dimensión para la tutela de los trabajadores. Esta idea ha sido conocida universalmente como la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte*, o del efecto horizontal o entre particulares de los derechos

⁶ *Ibíd.*, pp. 156

⁷ Tribunal Constitucional, en sentencia de 26 de junio de 2008, Rol N° 976-07

⁸ García Murcia, J. *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa*, 20 casos de Jurisprudencia Constitucional. Editorial Aranzadi, Pamplona (2013), pp. 27.

⁹ Lizama Portal, L. y Ugarte Cataldo, J. L. (1998), pp. 150.

fundamentales del trabajador. Su formulación originaria es del Tribunal Constitucional alemán y ha sido recogida sin reformas normativas relevantes en la doctrina comparada. El profesor Carlos Peña la define como *“la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de sus relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor”*¹⁰.

Bien sabemos que el escenario natural y propio de una relación jurídica laboral es la empresa, donde dada la relación de subordinación y dependencia de quienes interactúan en su interior, pueden afectarse derechos del trabajador como la vida privada, el honor, la propia imagen, el pensamiento político, religioso, la libertad de expresión, entre otros. En el ámbito de las relaciones laborales esta problemática surge del ejercicio de los derechos fundamentales denominados *inespecíficos* o de la personalidad en el marco del contrato de trabajo, es decir, de aquellos que surgen a partir de la asimilación de la denominada *ciudadanía en la empresa*, los que sin ser netamente laborales sino que inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, permiten al derecho laboral garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática¹¹. A pesar de esta realidad, por motivos más bien culturales, durante buena parte del siglo XX la empresa fue entendida como un espacio típicamente privado y de fuerte connotación patrimonial, sin dar espacio a estos mencionados derechos.

En nuestro país, el reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales ha abierto una nueva dimensión para la tutela de los trabajadores. Así, la Dirección del Trabajo, citando al profesor italiano Luigi Ferrajoli, ha señalado que los derechos fundamentales son *“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autos de los actos que son ejercicio de éstas”*¹². De esta manera, los derechos fundamentales en el ámbito del derecho del trabajo son aquellos que el individuo posee por el solo hecho de ser tal, en atención a

¹⁰ Peña, C. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Cuaderno de Análisis Jurídico N°6, Universidad Diego Portales. Santiago (1996), pp. 667.

¹¹ Ugarte Cataldo, J.L. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de Erizo a Zorro. Revista de Derecho, Vol. XX N°2, Valdivia (2007), pp. 52.

¹² Dictamen Dirección del Trabajo, ORD. N° 2210/035, de 10 de junio de 2009.

su propia naturaleza y dignidad. Son facultades o títulos que detentan los individuos por el hecho de pertenecer a la especie humana.

Se ha señalado la importancia de la dignidad en el entendimiento de los derechos fundamentales, en tanto expresión del desarrollo del ser personal de cada individuo, y en este sentido resulta de interés en el derecho del trabajo la protección -y delimitación- del derecho a la libertad religiosa en el ámbito laboral, consagrado en nuestra carta fundamental a través del derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, en tanto la relación laboral como escenario de confluencia de diversas culturas y costumbres individuales.

La interacción entre relaciones laborales y prácticas religiosas ha ido en aumento durante el curso de las últimas décadas ante el quiebre de la sociedad homogénea, a causa de la proliferación de movimientos de carácter religioso, de nuevas o no tradicionales religiones, de nuevos flujos migratorios, entre otros fenómenos, adquiriendo así relevancia para las sociedades democráticas el reconocimiento del pluralismo religioso y el respeto a la diferencia. Sin embargo y a pesar de estos cambios, las legislaciones internas, especialmente en Chile, no han respondido al mismo ritmo de este fenómeno en crecimiento, produciéndose vacíos de regulación específica frente a la actitud activa, positiva, de prevención y protección que le corresponde al empleador en cuanto garante de la vida y salud de los trabajadores en razón de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la empresa, no conformándose con la abstención, especialmente en lo que respecta a las minorías. Igualmente, se advierte que los tribunales laborales no han asumido un papel activo en esta materia, existiendo a la fecha una sola sentencia respecto a una denuncia en procedimiento de tutela laboral del artículo 485 del Código del Trabajo, habiéndose invocado el derecho a la integridad psíquica de la persona (artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República), el derecho y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (artículo 19 N°4 del mismo cuerpo legal) y el derecho a la no discriminación por religión (artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo, en relación con el artículo 2° del mismo cuerpo legal), en el contexto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

CAPITULO I: INTRODUCCION AL TEMA DE LA DISCRIMINACION

1.1. Conceptos de discriminación

Para referir al problema de la discriminación en el empleo, es necesario entender, en primer lugar, qué se entiende por discriminación.

El diccionario de la lengua española brinda dos acepciones del verbo discriminar. En primer lugar, lo define como *seleccionar excluyendo*, definición que, a priori, no contiene una valoración negativa, por cuanto refiere a escoger u optar, discerniendo entre dos cosas. Luego, lo define como **dar trato desigual a una persona por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etcétera**¹³. Esta acepción nos acerca al problema que se plantea respecto al tema de la discriminación en el empleo, por cuanto *dar trato desigual* implica dar trato de inferioridad o diferenciar a alguna de dos o más partes involucradas, fundado en un prejuicio o estigma social o cultural.

La profesora Issa Kohler-Hausmann define discriminación como “*an action or practice that excludes, disadvantages, or merely differentiates between individuals or groups of individuals on the basis of some ascribed or perceived trait*”¹⁴.

Robin Williams, en su libro “The reduction of intergroup tensions”, la define como “*the differential treatment of individuals considered to belong to a particular social group*”¹⁵

El profesor Claudio Marcelo Kiper define discriminación como “*una distinción establecida a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, más bien que según sus propios méritos*”¹⁶.

Así entonces, la discriminación se ve reflejada en acciones o prácticas -acciones repetitivas en el tiempo- que implican exclusión o desventajas basadas en ciertos tópicos, como la raza, el sexo, el aspecto físico, o en aspectos que constituyen parte esencial de la espiritualidad, como la religión.

La discriminación ha sido abordada por un amplio rango de disciplinas, incluyendo la sociología, la antropología, la ciencia política, la psicología, la economía y, por supuesto, el derecho; todas tienen

¹³ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española (Edición del Tricentenario) Consultado en <<http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2>>

¹⁴ Traducción libre: una acción o práctica que excluye, perjudica, o simplemente diferencia entre individuos o grupos de individuos sobre la base de algunos rasgos atribuidos o percibidos. Kohler-Hausmann, I. Discrimination. (en línea) <<https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756384/obo-9780199756384-0013.xml>>

¹⁵ Traducción libre: el trato diferenciado de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado. Williams, R. M. The reduction of intergroup Tensions: a survey of research on problems of ethnic, racial, and religious group relation. Social Science Research Council Bulletin, New York (1947), pp. 39.

¹⁶ Kiper, C. M. Derechos de las Minorías ante la Discriminación, ed. Hammurabi, Buenos Aires (1998), pp. 33.

en común la búsqueda de razones de por qué ocurre el fenómeno, y qué condiciones le dan lugar y reproducen su práctica.

Así también, la discriminación se diferencia de otros fenómenos similares como el racismo, que conlleva una más fuerte condena moral implícita; el prejuicio, definido como una antipatía basada en una generalización defectuosa e inflexible, dirigida hacia un grupo o hacia un individuo como miembro de él¹⁷, tal como señala la profesora María de la Luz Casas, “no es solamente una declaración de opinión o de creencia, sino una actitud que incluye sentimientos tales como desprecio, disgusto o total repudio”; y el estereotipo, que hace referencia a reproducciones mentales de la realidad sobre las cuales se generaliza acerca de miembros u objetos de algún grupo¹⁸. Estas ideologías, actitudes o creencias pueden (o no) que se traduzcan en acciones (discriminatorias); la discriminación se refiere a un conjunto de conductas o comportamientos, y si bien no se desconoce que puede estar motivada por prejuicios, estereotipos o por el racismo, su definición no presume ninguna única causa subyacente¹⁹.

Respecto a la ubicación temporal del concepto de discriminación, las primeras menciones aparecen ya entrado el siglo XX; así, ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se señala que “*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*”²⁰

1.1.1. Sociológico

Lo que distingue a un enfoque sociológico sobre la discriminación en comparación al de otras disciplinas es el análisis de este fenómeno desde un nivel macro, explicándolo como un resultado de procesos sociales no necesariamente reductibles a un nivel individual de preferencias, o a procesos cognitivos. Así, los sociólogos han abordado la discriminación como explicación a un hecho: la estratificación social, esto es, la desigual distribución de estatus, de beneficios materiales y derechos políticos²¹. En definitiva, en términos sociológicos, la discriminación se suele ligar a problemas estructurales de la sociedad, y se analiza como fenómeno social y cultural, vinculado con la dinámica

¹⁷ Ungaretti, J., Muller, M. y Etchezahar, E. El estudio psicológico del prejuicio: Aportes del autoritarismo y la dominancia social. Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales, Vol. 12 N°1, Asunción (2016), pp. 75.

¹⁸ Casas Martínez, M. de la L. Prejuicios, estereotipos y discriminación: reflexión ética y psicodinámica sobre la selección de sexo embrionario. En Acta Bioeth, Santiago (2008), pp. 151.

¹⁹ Pager, D. y Sheperd, H. The Sociology of Discrimination: Racial Discrimination in Employment, Housing, Credit, and Consumer Markets. Annual Review of Sociology (2008), pp. 182.

²⁰ **Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos** (en línea) <<https://dudh.es/7/>>

²¹ Kohler-Hausmann, I. Discrimination (en línea) <<http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756384/obo-9780199756384-0013.xml#firstMatch>> (consulta 02 de septiembre de 2018)

inclusión/exclusión²². Los estudios sociológicos sobre discriminación se concentran en patrones de dominación y opresión, visualizados como expresiones de una lucha por el poder y el privilegio²³; en definitiva, se interesan sobre la manera como las estructuras sociales, históricamente construidas, tienden a suscitar, difundir, generalizar y estabilizar los actos de discriminación²⁴.

1.1.2. Jurídico

La discriminación ha sido también abordada en la literatura jurídica. Como ya se anticipó, este concepto fue incluido por primera vez en un instrumento internacional ya entrado el siglo XX, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; sin embargo, la primera definición propiamente tal es dada por el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, del año 1958, que señala *“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”*²⁵.

En la literatura nacional se ha revisado también el concepto de discriminación. Así, por ejemplo, para Enrique Evans implica *“toda diferencia o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual, es decir, que no tenga justificación racional o razonable”*²⁶. Luego, los profesores Luis Lizama y José Luis Ugarte han abordado el concepto desde una arista negativa, de la no discriminación en relación con el principio de igualdad ante la ley, siendo para ellos una misma idea enfocada desde ángulos diversos, refiriéndose a la prohibición de la discriminación como aspecto normativo que compone al principio de igualdad, definiendo al primero como *“la disposición prohibitiva de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de desigualdad”*²⁷.

1.1.3. Discriminación en el empleo.

El profesor Luis Lizama define discriminación laboral como *“toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo u ocasión de una relación de trabajo, se base en un*

²² Gracia, A. y Horbath, J. Expresiones de la discriminación hacia grupos religiosos minoritarios en México. Revista Sociedad y Religión, N°39 Vol. XXIII (2013), pp. 13.

²³ *Ibíd.*, pp. 18.

²⁴ Prevert, A., Navarro Carrascal, O. y Bogalska-Martin, E. La discriminación social desde una perspectiva psicosociológica. (en línea) <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-48922012000100002> (consulta 02 de septiembre de 2018), pp. 9-10.

²⁵ **Artículo 1 N°1 del Convenio N°111 OIT.**

²⁶ Castro, J. F. Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares. Boletín Oficial Dirección del Trabajo. N°146, Editorial Publitexsa, Santiago (2001), pp. 7.

²⁷ Lizama Portal, L. y Ugarte Cataldo, J. L. (1998), pp. 196.

*criterio de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por objeto alterar o anular, la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”*²⁸. Así, la discriminación laboral puede producirse en la relación laboral propiamente tal como fuera de ella, sea porque aún no se ha configurado o porque ya se ha extinguido.

En términos generales, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que los actos discriminatorios en el trabajo pueden presentarse a través de dos formas: la discriminación directa e indirecta.

La discriminación directa se presenta cuando el factor diferencial que se considera reprochable aparece como móvil inequívoco del tratamiento diferenciado que constituye la discriminación, es decir, cuando existe un trato perjudicial que se ha basado en una distinción explícita y expresa²⁹, resultando impertinente cualquier justificación³⁰, lesionando con tal conducta, consideración o tratamiento, la dignidad del trabajador.

A su vez, la discriminación directa puede ser de dos tipos: abierta u oculta. Es abierta cuando el criterio de diferenciación prohibido es el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a otro que se encuentra en una situación laboral comparable³¹; es decir, cuando se manifiesta expresa y abiertamente que la razón que motiva la diferencia de trato es la adscripción a la categoría objeto de discriminación³². La discriminación directa puede también ser oculta, cuando la motivación que desencadena una medida discriminatoria que afecta a un trabajador es escondida, fundamentando su decisión en otros motivos de carácter neutro³³ o bajo denominaciones o instituciones en los que la trascendencia de dicho factor es secundaria, o no es en absoluto evidente.

Por el otro lado, la discriminación indirecta es una figura novedosa, e implica aquellas situaciones en donde la diferencia de trato aparentemente no resulta discriminatoria, pero la reprochabilidad deriva de los efectos que la exigencia tiene en los sujetos destinatarios³⁴. La noción de discriminación indirecta parte de la constatación de que las normas y otras pautas de comportamiento social no son

²⁸ *Ibíd.*, pp. 218 y 219.

²⁹ Dictamen Dirección del Trabajo, ORD. N°3704/134, de 11 de agosto de 2004.

³⁰ Caamaño Rojo, E. *El Derecho a la No Discriminación en el Empleo*. Ed. Lexis Nexis, Santiago (2007), pp.85.

³¹ *Ibíd.*, pp. 83.

³² Alvarez del Cuvillo, A. Apunte “Derechos fundamentales en la relación de trabajo. Cuestiones generales sobre discriminación”. (En línea) https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2530/mod_resource/content/2/Tema%202.%20Cuestiones%20generales%20sobre%20discriminaci%C3%B3n.pdf > (consulta 12 de septiembre de 2018), pp. 8.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Sáez, L. F. y Melis, C. *El contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo*. Ed. Legal Publishing, Santiago. (2009), pp. 247.

neutras, sino que están condicionadas por las desigualdades existentes entre los grupos sociales, precisando y siendo necesaria una mirada transversal, teniendo en cuenta a los grupos minoritarios en términos de poder³⁵. Así entonces, estamos frente a discriminación indirecta en el trabajo cuando una disposición, criterio o práctica reviste una apariencia neutra, alejándose del factor diferencial que resulta reprochable, afectando de manera adversa a una proporción de personas pertenecientes a cierto grupo victimizado, sin que medie razón objetiva que lo justifique³⁶. Si bien en nuestro país no hay referencias jurisprudenciales en torno a esta forma de discriminación, el concepto ha sido abordado por la Dirección del Trabajo, que ha señalado que ésta se refiere a comportamientos formales y aparentemente neutros, es decir, no discriminatorios; a conductas que utilizan como criterios diferenciadores aquellos permitidos por los ordenamientos jurídicos -en el caso chileno, la capacidad o idoneidad personal para el puesto de trabajo- pero de los que igualmente se derivan diferencias de trato en razón de las situaciones disímiles en las que pueden encontrarse los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo en relación a otro, produciendo un resultado desventajoso para unos y para otros no³⁷.

1.2. Discriminación por motivos de religión o creencias.

Habiendo revisado ya los diversos conceptos de discriminación, precisando que ésta implica una afectación al principio de igualdad, en cuanto se efectúan distinciones basada no en características personales objetivas (no arbitrarias), sino en factores como su raza, sexo, y la religión, entre otros³⁸; se revisará a continuación la discriminación que afecta el derecho de las personas a profesar y practicar su propia religión, especialmente, aquellas que pertenecen a minorías religiosas.

En este sentido, las comunidades con características religiosas propias, diferentes del resto de la población, son grupos cuya situación es especial o que requieren una protección jurídica específica³⁹. Para entender las razones de esta histórica protección especial, se presentará un breve panorama sobre las religiones, su contexto en Latinoamérica, luego un concepto de minoría, para posteriormente distinguir las especiales características de las minorías religiosas.

³⁵ Alvarez del Cuvillo, A, pp. 11.

³⁶ Caamaño Rojo, E. (2007), pp. 92.

³⁷ Dictamen Dirección del Trabajo, ORD. N°3704/134, de 11 de agosto de 2004.

³⁸ Kiper, C. M. (1998), pp. 33.

³⁹ Capotorti, F. Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Informe para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Nueva York, Naciones Unidas (1991), pp. 102.

1.2.1. Antecedentes históricos

Es posible definir a la religión como un “conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”⁴⁰, presentándose, así, como un sistema cultural de comportamiento y creencias. La relación de las personas con la creencia de un ser supremo -de un dios o de varios dioses- es un fenómeno de larga data, como pocos en la historia de la humanidad.

En el ámbito individual, ha influido e influye en la forma de auto identificación de cada persona, y de su relación consigo misma y con las demás personas. La religión en este sentido ha servido como modelo y guía de conducta de fuerza para los creyentes, toda vez que ocupa para ellos el lugar más importante dentro de las reglas que regulan su comportamiento. Esta idea es respaldada incluso por normas internacionales, en tanto se ha señalado que “la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y (...), por tanto, la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada”⁴¹.

La mayoría de las religiones se basan en principios éticos, como *amar al prójimo como así mismo*; así, esta idea se repite en el cristianismo, el judaísmo, el islamismo, en varias ramas del budismo, el confucianismo, el hinduismo, y también en las enseñanzas de muchas creencias no religiosas⁴².

La religión es un importante factor de influencia social, siendo inevitable por tanto que la ética y moral de cada una de ellas, sus leyes, normas, costumbres y conductas se reflejen en el comportamiento de sus fieles al interactuar con la sociedad. También ha sido un importante factor de poder político y motivo de profundas crisis, siendo ejemplo de ello los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y su (supuesto) origen terrorista de base fundamentalista islámica *yihadista*, el que causó un punto de inflexión en la historia de las relaciones internacionales, y desató islamofobia y hostigamientos hacia árabes en Estados Unidos y el mundo. Así, el factor religioso ha sido al mismo tiempo que factor social, detonante de grandes luchas entre los pueblos, y no obstante el sentido de unidad de la humanidad que recogen varias religiones, la historia acumula ejemplos de horrores y excesos cometidos en nombre de la religión o de una creencia. En algunos períodos las religiones organizadas han desplegado una intolerancia extrema, han restringido o denegado las libertades

⁴⁰ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española (Edición del Tricentenario). Consultado en <<https://dle.rae.es/religi3n>>

⁴¹ Preámbulo de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por resolución 36/55 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981.

⁴² Krishnaswami, A. Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas. Nueva York, Naciones Unidas (1960), pp.1.

humanas, o han detenido el desarrollo del arte y la cultura; estas manifestaciones, cabe recalcar, son por lo general resultado de tradiciones, prácticas e interpretaciones fundamentalistas generadas en torno a las religiones o creencias organizadas, ante la consideración de algunos de sus fieles de que la suya es la única poseedora de la verdad, y que le corresponde el deber de combatir a las demás⁴³.

Esta situación ha sido considerada también en la positivización de normas internacionales, señalando por ejemplo la Asamblea General de Naciones Unidas que *“el desprecio y la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de cualesquiera convicciones, han causado directa o indirectamente guerras y grandes sufrimientos a la humanidad, especialmente en los casos en que sirven de medio de injerencia extranjera en los asuntos internos de otros Estados y equivalen a instigar el odio entre los pueblos y las naciones”*⁴⁴.

Finalmente, es posible señalar que, dentro de un amplio proceso de alteraciones culturales, estamos frente a un cambio religioso caracterizado por la pluralidad y diversidad de sus expresiones, lo que hace importante repensar la relación entre lo religioso y lo cultural, en cuanto los conflictos interreligiosos actuales son, casi sin excepción en el mundo, conflictos interculturales⁴⁵.

1.2.2. Panorama religioso en Latinoamérica y Chile.

La mayoría de los países latinoamericanos se ha caracterizado por la hegemonía del catolicismo, vinculada principalmente con la colonización hispánica, la que derivó en intolerancia y exclusión hacia religiones y cosmovisiones previas. Históricamente la Iglesia Católica estuvo ligada estrechamente al Estado; luego, tras los procesos de independencia y posterior secularización, los Estados siguieron identificándose con una religión oficial⁴⁶.

Ahora bien, el panorama religioso latinoamericano se encuentra en un proceso de diversificación acelerada. Nuevos actores están compartiendo el escenario religioso; por ejemplo, hay un notable crecimiento en el número de protestantes y de personas sin afiliación religiosa, como también otras minorías tanto de religiones tradicionales como de los llamados nuevos movimientos religiosos⁴⁷.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Preámbulo de la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, proclamada por resolución 36/55 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981.

⁴⁵ Gracia, A. y Horbath, J. (2013), pp. 15.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Vives, J. M. La acomodación razonable para la religión en el lugar de trabajo en EE. UU., Canadá y Europa. Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, Vol. 3 Núm. 1 (2017), pp. 2.

Especialmente, se puede apreciar esta *plurirreligiosidad* en nuestro país, donde según datos de la ONAR (Oficina Nacional de Asuntos Religiosos) el 60% de la población se identifica como católica, el 18% como protestante o evangélica, y poco menos del 5% como perteneciente a otra denominación o no especificada (dentro de los cuales se comprenden la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, las Iglesias Ortodoxas -que alcanzan las comunidades Armenia, Griega, Persa, Serbia y Ucraniana-, Adventistas del Séptimo Día, Baha'is, Budistas, Judíos, Musulmanes y miembros de la Federación de Familias para la Paz y la Unificación del Mundo); finalmente, el 17% se considera sin identificación religiosa⁴⁸.

1.2.3. Minorías y Minoría Religiosa

Es posible definir a las minorías como “un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”⁴⁹. Así, la relación numérica de estos grupos en comparación al resto de la población no es su única característica, sino que se suman criterios subjetivos que lo diferencian. Este conjunto de población distinta es, entonces, una situación de hecho, que debe también ser amparada por el derecho, a fin de que puedan conservar y desarrollar sus tradiciones o características particulares.

A través de la inclusión del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se demuestra la atención que comienza a prestarse a la protección internacional a las minorías; este señala que “*en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*”. Esta es la primera norma de protección de las minorías de alcance mundial.

Como señala Francesco Capotorti, la actitud oficial de los Estados frente a los grupos minoritarios varía mucho dependiendo de cada país, transitando desde un reconocimiento constitucional de su existencia -sea a través de la condición de persona jurídica o de sujetos de derecho- pasando por leyes

⁴⁸ 2018 Report on International Religious Freedom: Chile, United States Department of State. (en línea) <<https://www.state.gov/reports/2018-report-on-international-religious-freedom/chile/>> (consulta 30 de septiembre de 2018)

⁴⁹ Gracia, A. y Horbath, J. (2013), pp. 20. Traducción de la definición de Francesco Capotorti (1991), pp. 96: “*A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members-being nationals of the State-possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language*”.

especiales, medidas administrativas, el encargo a instituciones privadas de su representación, hasta la falta total de reconocimiento⁵⁰. De cualquier forma, la cuestión del reconocimiento de las minorías religiosas no parece un asunto del todo trascendental, esto en cuanto el derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia, y a participar en el culto y los ritos de la religión, es un asunto consagrado en el derecho interno de casi todos los Estados.

Especificando en el campo de la religión y creencias, las **minorías religiosas** constituyen el origen histórico de la protección de las minorías, y aún más, de los derechos humanos. Más allá de la cuestión numérica, para comprender las razones de la importancia otorgada a lo largo de la historia a la protección de las minorías religiosas, y del derecho a la libertad de conciencia y de religión, se debe tener presente que es un tema de actualidad y de creciente sensibilización, tanto del derecho interno de los Estados como de la comunidad internacional. Dentro de las razones que justifican su protección se encuentran:

- a) Las minorías están en el origen de muchos de los conflictos armados actualmente existentes en el mundo;
- b) Los grandes movimientos de población de las últimas décadas, lo que trae como consecuencia múltiples cambios culturales y sociales en los países, especialmente en sociedades que hasta este momento han sido consideradas como homogéneas;
- c) El fenómeno de los nuevos movimientos religiosos;
- d) El resurgimiento de graves formas de intolerancia religiosa, identificadas con los movimientos integristas o fundamentalistas⁵¹.

A partir del concepto que ha sido dado de minoría, es posible definir a la minoría religiosa como un grupo de personas residentes en un Estado que, siendo proporcionalmente numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista religioso unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su religión⁵².

De todas formas, es difícil tener una definición universalmente aceptable de que es una minoría religiosa; no existe ninguna definición universal satisfactoria del término, debido a los desafíos que la conceptualización misma plantea: qué grupos sociales deben ser reputados como minoría, cuáles

⁵⁰ Capotorti, F. (1991), pp. 12.

⁵¹ Contreras Mazarío, J. M. La protección internacional de las minorías religiosas: Algunas consideraciones en torno a la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al Convenio-Marco sobre la protección de las minorías. Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 15 (1999), pp. 160.

⁵² *Ibíd.*, pp. 174.

son sus condiciones de existencia, el papel que juega el regionalismo y concentración geográfica, la necesidad o no de reconocimiento nacional e internacional, entre otros. A pesar de estas dificultades, la doctrina y la comunidad internacional ha optado por el establecimiento de un estatuto protector aplicable a esta categoría implícita, especialmente dados sus elementos característicos, indudablemente deducibles de la realidad⁵³.

Así pues, la doctrina internacional, para construir una definición especialmente a partir de los conceptos bajo los cuales han trabajado los órganos de la Organización de Naciones Unidas en sus estudios sobre el tema, ha indicado es necesario contar con ciertos criterios objetivos; entre los cuales se encuentran:

- a) La existencia en un Estado determinado de un grupo de población distinto que posee la característica “de lo religioso” que lo define e individualiza del resto. Esta se ha identificado con la existencia de cualquier convicción o creencia, siempre que sea compartida por un conjunto de personas, de manera solidaria⁵⁴;
- b) Que en principio las minorías religiosas han de ser inferiores numéricamente, y se encuentran en posición no dominante comparado con el total de la población del país; al mismo tiempo, es suficientemente representativa de su grupo;

Se agrega a ello un criterio subjetivo:

- c) El deseo manifestado por sus miembros de conservar sus propias características y de ser aceptados como parte del grupo por los demás miembros⁵⁵.

Así entonces, la minoría religiosa se define en función de su ubicación en un Estado-Nación y por detentar rasgos que le confieren identidad, características que comparte con las minorías étnicas o lingüísticas y que la alejan de las minorías basadas en otros criterios, como las minorías sexuales o las personas con discapacidad, por ejemplo⁵⁶.

Como nos señala Francesco Capotorti, la cuestión de los derechos de las personas pertenecientes a minorías religiosas presenta dos aspectos: por un lado, la no discriminación, que entraña el examen de los problemas que plantea el goce y ejercicio de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que debe reconocerse evidentemente a todas las personas sin discriminación de ninguna clase; y también, por otro lado, las medidas especiales de protección. Por la naturaleza misma de las

⁵³ *Ibíd.*, pp. 170.

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 171.

⁵⁵ Capotorti, F. (1991), pp. 101.

⁵⁶ Gracia, A. y Horbath, J. (2013), pp. 21.

religiones y de las comunidades religiosas, el ejercicio de la libertad de religión tiene muchas derivaciones no solo en el plano individual, sino también en el plano colectivo. Desde el punto de vista de las medidas especiales de protección, hay que concentrarse más bien en las medidas que pueden permitirle al Estado promover la igualdad material de las comunidades religiosas. Mediante una política de subvenciones, el Estado puede, por ejemplo, apoyar la labor de las comunidades minoritarias. Existe una tendencia a olvidar este aspecto de la cuestión, y se concede generalmente mayor atención a las múltiples consecuencias de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en el plano colectivo⁵⁷.

1.2.3.1. Derechos individuales y colectivos de las minorías religiosas

En cuanto a los derechos individuales reconocidos a las minorías religiosas, se encuentran un conjunto de derechos que se pueden reconocer con carácter general a cualquier persona, pero que son de especial importancia cuando se enfocan en la protección de un grupo vulnerable -esto, en cuanto adherimos a que la existencia de derechos propios de minorías religiosas no se da únicamente por el contenido del derecho fundamental de libertad religiosa. Estos derechos son los siguientes:

- a) Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicciones;
- b) Derecho a profesar y a mantener las propias creencias, convicciones o religión;
- c) Derecho a salirse del grupo religioso al que pertenecía, así como a no ser obligado a adoptar las creencias, convicciones o religión profesadas por la mayoría de la población;
- d) Derecho a practicar su religión, creencias o convicciones, en público o en privado, individual o colectivamente, mediante la observancia o el culto;
- e) Derecho a difundir las propias ideas, creencias o convicciones;
- f) Derecho a educarse y a educar a sus hijos o pupilos en las creencias, convicciones o religión de la minoría religiosa;
- g) Derecho al uso del propio idioma en la realización de sus prácticas religiosas.

1.3. Tratados Internacionales sobre la discriminación

La prohibición de discriminación es una obligación que se encuentra consagrada en diversos tratados internacionales, entre ellos diversas normas jurídicas suscritas y vigentes en Chile, los que la reconocen como un derecho fundamental de todas las personas. Resulta importante señalar que el principio de igualdad y no discriminación internacionalmente recepcionado no solo genera

⁵⁷ Capotorti, F. (1991), pp. 12.

obligaciones entre los Estados, sino que también se reconoce su aplicación entre particulares, al ser considerado como imperativo del derecho internacional general⁵⁸.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el artículo 2 señala que *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) señala en su artículo 26 que *“todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Así también, en su artículo 27 señala *“en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*.

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969) indica en su Artículo 1.1 que *“los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. A su vez, en su artículo 24 señala que *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

1.3.1. Tratados sobre la discriminación en el empleo

Existen diversas normas de derecho internacional que reconocen el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito del trabajo. Especial importancia reviste la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que se ha ocupado del derecho fundamental a la no discriminación a través de convenios y recomendaciones sobre la materia, siendo la igualdad de oportunidades y de trato uno de sus objetivos fundamentales; en este sentido, la Parte II de la Declaración de Filadelfia, en concordancia con el artículo I de la Constitución de la OIT dispone que *“todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo*

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003.

espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”⁵⁹.

El Convenio N°111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la OIT (1956), ratificado por Chile el 20 de Septiembre de 1971, especifica la noción de discriminación en el desarrollo de un trabajo subordinado, señalando su artículo 1 que ésta comprende: “a) *Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismos apropiados.*” Con todo, se señala en el punto 2 del mismo que “*las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*”. Respecto a este artículo, el profesor Caamaño señala que no se refiere solo a evitar la discriminación garantizando la posibilidad de obtener empleo, sino también a evitar las dificultades que pudieran afectar a los trabajadores en torno a obtener un mejor empleo o ascender a otro de jerarquía superior; así también, están dentro del ámbito de aplicación del convenio la discriminación indirecta y la segregación profesional⁶⁰.

El Convenio también define los términos empleo y ocupación⁶¹, con lo que es posible señalar que tanto la formación, promoción, retribución, establecimiento y fijación de la jornada, como los sistemas de clasificación profesional, el periodo de prueba de contrato de trabajo y los sistemas de participación en la empresa, todos estos en tanto condiciones de trabajo son componentes susceptibles de protección⁶².

1.3.2. Tratados sobre la discriminación basada en motivos de religión o creencias

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) señala en su artículo 27 “*En los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dicha minoría el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener una propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear*

⁵⁹ Caamaño Rojo, E. (2007), pp. 57.

⁶⁰ Caamaño Rojo, E. (2007), pp. 61.

⁶¹ **Artículo 1.3 del Convenio N°111 sobre la discriminación (empleo y ocupación):**

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

⁶² Caamaño Rojo, E. (2007), pp. 61.

su propio idioma". El Pacto amplía el contenido y ámbito de aplicación del derecho a la libertad religiosa y de cultos, señalando en su artículo 18 que *"toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza"*.

La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992) ha sido adoptada como simple resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y por lo tanto no tiene naturaleza vinculante para los Estados Miembros. Señala en su artículo 2 que *"las personas pertenecientes a minorías (...) religiosas tendrán derecho a (...) practicar su propia religión, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo"*. La misma idea se contiene en el artículo 3, que señala que *"las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos, incluidos los que se enuncian en la presente Declaración, individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna"*, y en su artículo 4, donde se prescribe que *"los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley"*.

La Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (1981), en su artículo 2.1 entrega una definición de intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones, señalando que se entiende como tal *"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales"*. Este es el documento más completo que regula el derecho a la libertad religiosa y de cultos, describiendo las diferentes libertades que son objeto de protección, erigiéndose como referente válido para la determinación del avance que en materia religiosa han tenido los países, en relación con la construcción de una cultura de tolerancia y respeto por la diferencia⁶³.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1966) señala en su artículo 5: *"En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación"*

⁶³ Nieto Martínez, L. El derecho a la libertad religiosa y de cultos en la legislación colombiana (tesis de pregrado). Facultad de Derecho Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. (2005), pp. 80.

racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (1995), aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 1 de febrero de 1995, y ratificado o adherido por 24 Estados Miembros, señala en su artículo 7 que *“Las Partes asegurarán a toda persona perteneciente a una minoría nacional el respeto de los derechos (...) de libertad de pensamiento, de conciencia o de religión”*. En el artículo 8 indica que *“Las Partes se comprometen a reconocer que toda persona perteneciente a una minoría nacional tiene el derecho a manifestar su religión o creencias, así como el derecho a crear instituciones religiosas, organizaciones y asociaciones”*.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales estipula que la libertad religiosa incluye el derecho a cambiar de religión o de convicciones y la libertad de manifestarla individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos; además, establece sus límites: la seguridad pública, la protección del orden, salud o moral pública, y la protección de los derechos o las libertades de los demás⁶⁴.

Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su artículo 22 el respeto de esta comunidad política a la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

1.4. La no discriminación -en el empleo- en Chile: regulación constitucional y legal.

El principio de prohibición de la discriminación en el empleo se encuentra ampliamente reconocido en nuestro orden jurídico interno.

1.4.1. La no discriminación en la Constitución Política de la República

La Constitución Política de la Republica es la más relevante fuente formal del derecho del trabajo. Esta recoge en su artículo 19, numerales 16, 17 y 19, un conjunto básico de derechos laborales, entre los cuales se encuentra la no discriminación. A su respecto, el artículo 19 N°16, en

⁶⁴ **Artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:**

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en publico o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las practicas y la observancia de los ritos.*
2. *La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de mas restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*

su inciso tercero, consagra el principio de igualdad en materia laboral, señalando que “*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”. Así entonces, la norma constitucional establece la prohibición de discriminación arbitraria en el trabajo de modo amplio, aceptando solo la capacidad y la idoneidad personal como criterios de diferenciación; a contrario sensu, toda otra discriminación se encuentra prohibida.

Así también, y de forma más amplia, el artículo 19 N°2 consagra la igualdad ante la ley, señalando que *En Chile no hay persona ni grupos privilegiados*, y finaliza indicando que *ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*. De esta forma, la disposición del artículo 19 N°2 es una manifestación particular del principio jurídico de igualdad, fijándose así el rango constitucional del principio de no discriminación en materia laboral.

1.4.2. Análisis del artículo 2 del Código del Trabajo

El Código del Trabajo solo contiene una disposición expresa referida a la prohibición de discriminación en el empleo: el artículo 2, ubicado en el Título Preliminar.

En lo que compete a este trabajo, resulta atingente referirse al inciso segundo de esta disposición: “*Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona (...)*”, en cuanto consagra la importancia del resguardo de la dignidad del trabajador en la relación laboral.

A continuación, el inciso tercero señala que “*son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación*”. Luego, el inciso cuarto entrega una definición de lo que se entiende por actos de discriminación, siendo “*las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”, diferenciándose del artículo 19 N°16 inciso tercero de la Constitución Política de la República, e incorporando la técnica del Convenio N°111 de la OIT al establecer un catálogo de criterios enumerados que son considerados discriminatorios, confirmando y especificando el principio constitucional ya revisado; de esta forma, cualquier distinción de trato que se base en un criterio distinto a la capacidad e idoneidad personal debe ser considerado discriminatorio, aun cuando no sea

alguno de los señalados en el artículo 2 del Código del Trabajo⁶⁵, lo que se confirma a través de su inciso quinto: “*con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación*”.

A estos efectos, resulta relevante también destacar que la Cuarta Sala de la Corte Suprema ha señalado, a propósito de la protección a la garantía de no discriminación o principio de igualdad otorgada por el procedimiento de tutela laboral, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo ésta no queda limitada únicamente a aquellos actos discriminatorios basados en los motivos o criterios que expresamente prevé el artículo 2 inciso cuarto, sino que se extiende a todas aquellas discriminaciones o diferencias arbitrarias prohibidas por el artículo 19 N°16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y por el Convenio OIT N° 111 de 1958⁶⁶, descartando que se trate de un catálogo cerrado o taxativo, por cuanto la norma legal otorgaría una protección contra la discriminación más limitada que aquella que declaran otorgar estas normativas, lo que importaría concluir que el procedimiento de tutela laboral protege solo parcialmente el derecho a la no discriminación, excluyendo actuaciones basadas en otros criterios, los no previstos expresamente en la norma laboral, que el legislador nacional sí ha prohibido por otras vías de mayor rango legal⁶⁷.

1.4.3. Discriminación laboral en Chile

Según se ha podido revisar, y como lo señala el profesor Ugarte, el contenido del derecho a no discriminación en el derecho del trabajo es en rigor una prohibición, y “consiste en la interdicción de cualquier trato en materia laboral que se funde en un criterio sospechoso o prohibido y que carezca de una justificación proporcionada”⁶⁸.

Desde esta perspectiva, el contenido del derecho a no discriminación en nuestro país ha sido abordado desde dos concepciones: en la primera, lo prohibido constitucionalmente con las distinciones de trato negativo que carecen de justificación, lo que las convierte en arbitrarias, por lo que el empleador

⁶⁵ Castro, J. F. (2001), pp. 11.

⁶⁶ Corte Suprema, en sentencia de 5 de agosto de 2015, Rol N° 23.808-14 (Considerando Octavo):

“Que, asimismo, de ampararse aquella interpretación efectuada por el tribunal recurrido, esta Corte estaría autorizando que se consagre una distinción cuya justificación y razonabilidad es del todo cuestionable, al otorgar protección mediante este procedimiento a quienes sufran discriminaciones fundadas en “... motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social...”, y negándola a quienes sean víctimas de discriminaciones motivadas por otras razones, distintas de la sola “capacidad o idoneidad personal”, aun cuando aquellas puedan ser tan o más ilegítimas como las mencionadas. Resultando del todo evidente que el catálogo contemplado en el artículo 2° del Código del Trabajo no puede en caso alguno tener pretensiones de exhaustividad, no solo por resultar más acotado que la protección otorgada por la norma constitucional, sino porque también ha sido superado por normas posteriores que han ampliado dicho catálogo de conductas o criterios sospechosos.”

⁶⁷ Corte Suprema, en sentencia de 5 de agosto de 2015, Rol N° 23.808-14 (Considerando Séptimo).

⁶⁸ Ugarte Cataldo, J. L. Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo. Ed. Thomson Reuters, Santiago (2018), pp. 143.

lesiona este derecho cuando adopta un trato que afecta negativamente al trabajador sin tener una justificación que respalde esa conducta, a contrario sensu, la discriminación está justificada cuando es razonable y objetiva, cuando carece de arbitrariedad (razonabilidad); en la segunda concepción, el derecho regula como conducta prohibida las distinciones de trato negativas que operan sobre un criterio socialmente disvalioso, y la discriminación será jurídicamente reprochable cuando no exista una justificación proporcionada que legitime esa diferencia (proporcionalidad)⁶⁹.

Dicho lo anterior, los elementos de la discriminación laboral en el derecho chileno son:

- a) Una diferencia de trato negativa, que afecta la posición laboral de un trabajador, porque pierde o deja de recibir un derecho o beneficio, o una situación jurídica anterior;
- b) Que esta diferencia de trato se funda en un criterio sospechoso o prohibido, que aparece como disvalioso desde el punto de vista de la ética social, por suponer un desprecio o subvaloración de un colectivo.

Junto con establecer el principio de no discriminación, el legislador ha reconocido las etapas en que la discriminación laboral puede producirse. Puede ocurrir en la etapa ocupacional, esto es, dentro de la relación laboral propiamente tal; desde la celebración del contrato de trabajo hasta su extinción, cualquiera sea su causa, girando la problemática en torno a las facultades que tiene el empleador para enfrentar y ejercer sus poderes en determinadas circunstancias, las que pueden derivar en conductas discriminatorias. También puede producirse en una etapa pre ocupacional: en la oferta de empleo, o bien previo a la celebración del contrato de trabajo, donde la cuestión reside en los requisitos y el acceso al empleo, prohibiéndose que el empleador condicione la contratación a alguno de los motivos señalados en el inciso cuarto⁷⁰, y encontrándose facultada la Dirección del Trabajo para fiscalizar y sancionar a cualquier empleador que formule una oferta de trabajo que contenga una condición discriminatoria⁷¹. Finalmente, puede surgir en la etapa post ocupacional, una vez extinguida la relación laboral, donde ha de verificarse en qué condiciones el despido puede ser considerado injustificado por discriminatorio⁷².

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ **Artículo 2 inciso sexto del Código del Trabajo:**

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.

⁷¹ Dictamen Dirección del Trabajo, ORD. N°850/29, de 28 de febrero de 2005.

⁷² Lizama Portal, L. y Ugarte Cataldo, J. L. (1998), pp. 221.

1.4.4. Ley N° 20.609: Establece medidas contra la Discriminación.

El artículo 1 de la Ley N° 20.609 señala su propósito: instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Luego, señala que corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidas por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El artículo 2, por su parte, define discriminación arbitraria como *“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes de Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”*. La técnica legislativa por tanto se asemeja al artículo 2° del Código del Trabajo, en cuanto fija un catálogo de criterios sospechosos; pero se diferencia de él en cuanto pareciera que el listado es taxativo al no utilizar una fórmula residual que le dé carácter de enumeración no cerrada⁷³.

La ley establece una acción de no discriminación arbitraria, la que puede ser interpuesta por el afectado directamente por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria ante el juez de letras de su domicilio o ante el domicilio del responsable, dentro de 90 días corridos desde su ocurrencia, o desde el momento en que haya adquirido conocimiento cierto de ella, y en ningún caso luego de un año de acontecida.

Resulta necesario señalar que no se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria cuando se ha recurrido de protección o de amparo (siempre que hayan sido declaradas admisibles), tampoco cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo. Así entonces, la acción que establece esta ley es incompatible con las ya señaladas, y en

⁷³ No obstante, se ha señalado que al utilizar la expresión “en particular cuando se funden en”, se abre la posibilidad para entenderla como una enumeración no cerrada, lo que parece de todas formas un punto falto de precisión jurídica. Díaz, J. y Harsch, A. Implicancias y Alcances de la Ley N°20.609 contra la discriminación arbitraria en materia laboral (tesis de pregrado) Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago (2017).

caso de interponerse cualquiera de estas después de que haya sido admitida a tramitación la de no discriminación arbitraria, el proceso iniciado mediante esta última acción terminará por ese solo hecho.

Si el tribunal en su fallo declara que ha existido discriminación arbitraria, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando en este caso un plazo prudencial para cumplir con lo dispuesto, pudiendo además adoptar las demás providencias que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección del afectado; aplicando además una multa de 5 a 50 U.T.M., a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio. En caso de que la sentencia establezca que la denuncia carece de todo fundamento, se aplicará al recurrente una multa de 2 a 20 U.T.M. mensuales, a beneficio fiscal.

Dentro de las críticas que se han planteado ante esta ley, encontramos que su finalidad no es prevenir o poner fin a las discriminaciones, ni crear una política pública respecto al tema, sino que solo establece una acción judicial que se suma a las otras garantías jurisdiccionales ya existentes. En este sentido, no impone obligaciones generales a los órganos del Estado en materia de igualdad y no discriminación, no hay sanción por el incumplimiento del deber genérico de no discriminar, no plantea condiciones prácticas para el cumplimiento de este deber -como la creación de programas de educación preventiva o de un órgano que impulse políticas generales- ni contiene acciones afirmativas; tampoco contempla actos o mecanismos de reparación o medidas especiales temporales para los afectados, sin perjuicio de que al establecer que el tribunal “podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias”, pudiera éste decretar una indemnización en su favor. Aún más, la existencia de una multa al demandante que no pudiese probar el acto de discriminación (por cuanto no existe inversión de la carga de la prueba en favor de las víctimas) desincentivaría a accionar por esta vía.

Especialmente en lo que respecta al litigio antidiscriminación, otra de las críticas apunta a que la definición de discriminación de esta ley solo contempla la discriminación directa, omitiendo otros tipos de discriminación usuales y ocurrentes en la práctica y especialmente en sede laboral, como la discriminación indirecta⁷⁴.

Así también, establece una cláusula de limitación general, de la que se desprende la existencia de una especie de jerarquía de derechos, quedando reducida la acción a una protección solo excepcional, por cuanto señala que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 23.

obstante fundarse en algunos de los criterios señalados en el artículo 2 inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4 (derecho a la honra), 6 (libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos), 11 (libertad de enseñanza), 12 (libertad de emitir opinión e informar), 15 (derecho de asociación), 16 (libertad de trabajo y su protección) y 21 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica) del artículo 19 de la Constitución, o en otra causa constitucionalmente legítima.

1.4.5. Ley N° 19.638: Establece normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas.

La Ley N° 19.638, también conocida como “Ley de cultos”, fue publicada en el Diario Oficial el 14 de octubre de 1999, y establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, regulando por primera vez aspectos del ejercicio de la libertad religiosa en relación con los derechos de asociación, reunión y educación. Junto con ello, y de forma principal, modificó la situación de privilegio en que se encontraba la Iglesia Católica chilena respecto a la constitución jurídica de entidades religiosas, asentando el principio de igualdad jurídica de las organizaciones confesionales y el principio de libertad religiosa⁷⁵.

En su artículo 2 se establece el principio de no discriminación en el contexto de la libertad religiosa, disponiendo que *“ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán estas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley”*.

⁷⁵ Sin perjuicio de ello, diversos autores han criticado la deficiencia de esta ley como marco de la libertad religiosa en Chile, tanto ante su surgimiento a causa de la insistencia de confesiones Evangélicas por obtener personalidad jurídica de derecho público, en relación con su naturaleza jurídica y a derechos y beneficios asociados, como por cuanto su contenido esencial y mayoritario se refiere a la personalidad jurídica de las iglesias y confesiones religiosas. Sandoval, A. y Terminel, M. Entidades derivadas creadas por una iglesia, confesión o institución religiosa. Análisis comparativo y aplicación práctica (tesis de pregrado). Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago (2016), pp. 10.

CAPITULO II: DISCRIMINACION EN LA RELACION LABORAL POR MOTIVOS DE RELIGION O CREENCIAS.

2.1. Libertad religiosa y trabajo en Chile.

El derecho fundamental de libertad religiosa se encuentra consagrado en el derecho internacional ratificado por Chile y vigente, siendo normativa relevante aquella contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Su contenido en estas dos normativas se resume en los siguientes enunciados: (i) toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, que implica la libertad de conservar, cambiar, adoptar, profesar, manifestar o divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza; (ii) nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar la libertad de adoptar, conservar o cambiar de religión o creencias; (iii) la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás; (iv) los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones⁷⁶.

Es posible advertir en este derecho fundamental dos dimensiones. Su dimensión subjetiva “implica la facultad de desarrollar o no una fe en un ser superior, asumiéndola individual o colectivamente, practicándola en privado o en público, mediante el culto, las practicas, las enseñanzas, el cumplimiento de los ritos y ordenando su vida según sus exigencias”⁷⁷; también incluye el derecho a no declarar la religión que se profesa. En tanto, la dimensión objetiva implica la pertenencia o no a una comunidad de creyentes. Así entonces, este trabajo se limita a la revisión de la dimensión subjetiva de la libertad religiosa en el empleo.

La libertad religiosa también puede examinarse como derecho; siendo también posible clasificarla en dos dimensiones: objetiva y subjetiva.

La primera implica el deber del Estado de respetar las diversas expresiones religiosas, y junto con ello, la remoción de los obstáculos a que se enfrente, garantizando protección al reconocimiento de

⁷⁶ **Artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

⁷⁷ Nogueira Alcalá, H. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 2 Universidad de Talca (2006), pp. 21.

esta libertad como derecho fundamental, junto con el derecho de cada persona de explicitar o no su religión o creencia; en nuestra legislación se asegura en el artículo 6 letra a) de la Ley N° 19.638⁷⁸.

En tanto, la subjetiva (o la libertad religiosa como derecho subjetivo), implica un derecho de la persona humana que garantiza un espacio de autodeterminación respecto a la fe y la práctica pública o privada de la religión. Esta dimensión externa y organizada de la libertad religiosa, que comprende el derecho a comportarse y conformarse a creencias o valores, es la libertad de culto, que permite “el ejercicio de todas las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”⁷⁹, tales como ceremonias, concurrencia a lugares de culto, recibir asistencia religiosa, recibir e impartir enseñanza e información religiosa de acuerdo con las propias convicciones, exhibición de símbolos religiosos, la observancia de fiestas religiosas, entre otros. En nuestra legislación se asegura en el artículo 6 letras b), c), d) y e) de la ley N°19.638⁸⁰. La problemática que suscita esta dimensión externa en el ámbito laboral radica en que estas libertades se ven condicionadas tanto por los derechos fundamentales del empresario, de los trabajadores y de las demás personas en contacto con la empresa, como por las obligaciones contractuales propias de la relación de trabajo, y el principio de buena fe entre las partes⁸¹. Así, como señala la profesora Rebeca Aparicio, resulta

⁷⁸ **Artículo 6° de la Ley N° 19.638:**

La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de:

a) *Profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba.*

⁷⁹ Nogueira Alcalá, H. (2006), pp. 24.

⁸⁰ **Artículo 6° de la Ley N° 19.638:**

La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de:

b) *Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos;*

c) *Recibir asistencia religiosa de su propia confesión donde quiera que se encuentre.*

La forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros del culto, para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, cárceles y lugares de detención y en los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad, serán reguladas mediante reglamentos que dictará el Presidente de la República, a través de los Ministros de Salud, de Justicia y de Defensa Nacional, respectivamente;

d) *Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí -y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado-, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y*

e) *Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con el ordenamiento jurídico general y con esta ley.*

⁸¹ Álvarez del Cuvillo, A. Apunte “Derechos fundamentales en la relación de trabajo. La libertad de pensamiento y comunicación” (En línea)

<<https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18991/Tema%206%20DF.pdf?sequence=10&isAllowed=y>> (consulta 12 de septiembre de 2018), pp. 3.

esencial determinar si el ejercicio de esta libertad es legítimo, o si constituye una práctica abusiva dentro de las relaciones laborales⁸².

Por su parte, en el derecho internacional de Derechos Humanos, el derecho fundamental de libertad religiosa se consagra en diversas convenciones, como ya se revisó en el Capítulo I. No obstante, es necesario referirse brevemente al **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** (CPDHLF) de 4 de noviembre de 1950⁸³. Su importancia radica en que este instrumento crea para sus partes contratantes, una importante institución: **el Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (TEDH), con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del Convenio y sus protocolos. La relevancia del Convenio y del Tribunal se analizarán más adelante en el capítulo.

En Chile el derecho fundamental de libertad religiosa se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República, el que dispone que:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N°6: La libertad de conciencia, 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.

Así, es posible identificar tres derechos en el precepto: (i) la libertad de conciencia; (ii) la libertad de creencias; (iii) la libertad de culto. Por cuanto ya se revisó este último, me referiré brevemente a los dos primeros.

La **libertad de conciencia** protege el proceso racional, reflexivo e intelectual del ser humano y su adhesión o rechazo a concepciones valóricas o creencias, cualquiera sea su naturaleza, estructurando la ética de la persona humana, su integridad moral y el libre desarrollo de la personalidad. Así, el aspecto protegido es “la selección o determinación de valores de acuerdo con los cuales formula su proyecto de vida, a través de su actividad externa personal y social”⁸⁴.

⁸² Aparicio Aldana, R. La libertad religiosa y de conciencia en las relaciones de trabajo. Un intento de armonización desde el derecho español y lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Vol. 2, núm. 1 (2016), pp. 8.

⁸³ **Artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Traducción):**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

⁸⁴ Nogueira Alcalá, H. (2006), pp. 16.

Respecto a la **libertad de creencias**, si bien algunos autores la identifican solo con la expresión de creencias religiosas⁸⁵ -que comprende las referencias a una relación con un ser superior- también incluye a la libertad ideológica, en tanto dimensión del mundo sensible. Así, la manifestación de todas las creencias ampara las opiniones, difusión y propagación de ideas de carácter religioso y el pluralismo de opciones en cuanto a religión⁸⁶.

En este trabajo se ha considerado que la libertad religiosa comprende estos tres derechos: la libertad de conciencia, la libertad de culto y la libertad de creencias, no limitándose al análisis de este último.

Finalmente, la disposición del artículo 19 N°6 establece cuáles son los límites al ejercicio de la libertad religiosa: la moral (conjunto de reglas de conductas admitidas en un momento histórico); el orden público (conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones); y las buenas costumbres.

Junto con la consagración constitucional, el contenido del derecho de libertad religiosa se encuentra en la Ley N°19.638, también llamada “Ley de Cultos”. Señala por una parte en su artículo 1 que *“el Estado garantiza la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República”*, al mismo tiempo que otorga un rol activo al Estado en materias religiosas, al disponer en su artículo 3 que *“(…) garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas”*.

Con el fin de garantizar este ejercicio, la ley otorga ciertas facultades a todas las personas, señaladas en su artículo 6, que ya ha sido revisado. Así entonces, si bien el texto constitucional reconoce la posibilidad de practicar la religión de forma individual o colectiva, pública o privada, a través del artículo 6 de la Ley N°19.638 la legislación nacional se acerca a la consagración del derecho internacional de la libertad religiosa. Como señaló el ejecutivo en el mensaje del proyecto de ley, su objetivo es *“que el Estado chileno acoja los anhelos expresados por diversas vertientes religiosas en el sentido de promover y buscar fórmulas jurídicas adecuadas que faciliten el ejercicio de este derecho y se aboquen a la implementación de iniciativas que lo perfeccionen legalmente”*⁸⁷.

Finalmente, el proyecto de ley de reforma a la llamada “Ley de Cultos”, de Michelle Bachelet (08/03), *perfecciona* el texto original en el sentido de enfatizar el principio de libertad religiosa como eje informador de toda la normativa, precisando sus ámbitos definitorios, al mismo tiempo que establece concordancia entre los principios de laicidad y cooperación, entendiendo al hecho religioso como uno

⁸⁵ Véase Molina, H.; Cea, J. L.

⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 25

⁸⁷ Historia de la Ley N°19.638, pp. 5

de relevancia social, e incorporando garantías para la libre expresión espiritual y religiosa de los pueblos originarios.

2.2. Libertad religiosa y Trabajo en el derecho comparado

2.2.1. España

España se caracteriza por ser un Estado aconfesional, no asumiendo oficialmente ninguna confesión religiosa en su Constitución Política; sin perjuicio de reconocer una especial colaboración del Estado con la Iglesia Católica⁸⁸, por ser la concepción religiosa mayoritaria de sus habitantes.

La sociedad española se caracteriza por la multiculturalidad de su población por efecto de las traslaciones demográficas⁸⁹. El país ha sido escenario de relaciones interculturales entre migrantes de América del Sur, Europa oriental y el norte de África en su mayoría. Como miembro del Consejo de Europa le es aplicable el CPDHLF, y, por consiguiente, está sujeto a la jurisdicción del TEDH.

La Constitución Española (CE) garantiza en su artículo 16.1 la libertad ideológica, religiosa y de culto, de forma individual y colectiva “*sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”. En su numeral segundo se consagra la libertad de manifestar la religión o creencia⁹⁰.

Respecto al estatuto antidiscriminatorio, el artículo 14 CE prohíbe la discriminación por razón de religión⁹¹. Resulta interesante la consagración constitucional específica de la prohibición de discriminación por motivos de religión, respondiendo a la interculturalidad e multirreligiosidad existente en el país.

En cuanto a la discriminación en el empleo, el Estatuto de los Trabajadores (ET) establece que los trabajadores tienen el *derecho básico* a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por su religión o convicciones, entre otras razones⁹². La técnica legislativa se diferencia así de la consagración chilena, en tanto se establece como un derecho.

⁸⁸ **Artículo 16.3 de la Constitución Española:**

Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

⁸⁹ Seglers, À. La “acomodación” de las festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral. *Ius Canonicum*, XLIV N°88 (2004), pp. 649.

⁹⁰ **Artículo 16.2 de la Constitución Española:**

Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

⁹¹ **Artículo 14 de la Constitución Española:**

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

⁹² **Artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores:**

Otra particularidad de la legislación española es la inclusión de la discriminación indirecta como situación protegida. Así, el artículo 17 ET consagra derechos y deberes derivados del contrato, estableciendo que “*se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de (...) religión o convicciones (...). Serán igualmente nulas las ordenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”.

Las disposiciones del Estatuto se complementan con la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR). De hecho, se trató del primer derecho fundamental del título I de la Constitución en ser ampliado por una Ley Orgánica, lo que demuestra la importancia que tiene para el legislador la protección de esta libertad⁹³. Esta recoge el precepto constitucional respecto al derecho fundamental de libertad religiosa y de culto mediante: (i) su garantía constitucional; (ii) el principio de no discriminación ante las creencias religiosas especialmente respecto al ejercicio de cualquier trabajo o actividad o del desempeño de cargos o funciones públicas; y (iii) confirmando el carácter aconfesional del Estado español. Además, la LOLR desarrolla el artículo 16 CE en cuanto al contenido, alcance y límites del derecho de libertad religiosa, a través de su artículo 3⁹⁴.

Por su parte, el artículo 4 LOLR recoge la tutela jurisdiccional de este derecho mediante amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional.

El artículo 7 LOLR dispone la suscripción de Acuerdos de Cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo. El Estado español aprobó estos Acuerdos, que se refieren especialmente a temas sobre descanso

Derechos laborales.

2. *En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:*
 - c) *A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de (...) religión o convicciones (...), dentro del Estado español.*

⁹³ Vellido Villegas, L. Hacia una reforma de la L.O.R.L. (Tesis de grado). Facultad de Derecho, Universidad de Cantabria. (2016), pp. 13.

⁹⁴ **Artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa:**

1. *El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.*
2. *Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos.*

semanal y horario laboral (omitiendo referencias a otros tópicos de conflicto como el vestuario - religioso-) a través de las Leyes 24, 25 y 26/1992 de 10 de noviembre, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y la Comisión Islámica de España (CIE), respectivamente. En estas tres leyes, su respectivo artículo 12 especifica un régimen especial de descanso laboral semanal, en sustitución del régimen general, siempre que medie acuerdo entre las partes: (i) para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la FEREDE, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender la tarde del viernes y el día completo del sábado; (ii) para los miembros de comunidades Israelitas podrá comprender la tarde del viernes y el día completo del sábado; (iii) los miembros de las Comunidades Islámicas podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las 13:30 hasta las 16:30 horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán), y las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna.

Además, en su caso, se establece un régimen especial que puede sustituir a las fiestas laborales establecidas con carácter general por el artículo 37.2 ET⁹⁵, con carácter de retribuidas y no recuperables, a petición del interesado y siempre que medie acuerdo entre las partes: (i) festividades que según la Ley y la tradición judías tienen el carácter de religiosas: Rosh Hashaná, Yon Kippur, Succoth, Pesaj y Shavuot; (ii) festividades y conmemoraciones que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas: Al Hiyra, Achura, Idu Al-Maulid, Al Isra Wa Al-Mi'ray, Idu Al-Fitr, e Idu Al-Adha.

A continuación, se revisarán algunos casos de interés respecto al tema de la discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias en España, de forma de revisar el razonamiento de los tribunales de justicia del derecho comparado.

2.2.1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero.

Una trabajadora de la empresa “Industrial Dik, S.A” se convirtió a la Iglesia Adventista del Séptimo Día⁹⁶ después de 11 años de relación laboral. La trabajadora comunicó al empleador su deseo de modificar la jornada de trabajo para cumplir con sus preceptos religiosos y descansar el sábado,

⁹⁵ **Artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores:**

Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales. En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de Mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España.

⁹⁶ De acuerdo con la doctrina de esta iglesia sus miembros deben descansar desde la puesta del sol del viernes a la del sábado, considerando a este último como día de reposo, debiendo dejar las ocupaciones de la vida diaria, y consagrar esas horas al descanso sano, al culto y a las obras santas.

pidiendo el cambio de turno o la ausencia al trabajo con pérdida de salario y compensación en otro horario distinto. Las propuestas no fueron aceptadas por la empresa, que al cabo de un tiempo despidió a la empleada por incumplimiento contractual disciplinario por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo.

En primera instancia la Magistratura del Trabajo número dos de Vigo calificó el despido como nulo radical por discriminatorio. La empresa interpuso recurso de suplicación, acogido por el Tribunal Central de Trabajo, que declaró procedente el despido. Frente a esta última resolución, la trabajadora interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC).

El TC resolvió a favor de la empresa, estimando procedente el despido, señalando (i) que el domingo es un día festivo secular sin especiales connotaciones religiosas, y que si se comprende como descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición, y (ii) que adquirida la obligación contractual -y siendo la pretensión de la empleada la dispensa del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó, no extrayéndose de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido⁹⁷-, los derechos fundamentales no pueden ser utilizados por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas. En su razonamiento, la libertad religiosa debe ponerse en consonancia con las exigencias derivadas del vínculo contractual, especialmente durante la jornada laboral y el lugar de trabajo, y su expresión debe ser compatible con el cumplimiento pleno y de buena fe de las obligaciones contractuales. Señala que “la empresa no la ha dispensado del régimen laboral que respecto a la jornada de trabajo tiene establecido, de modo que, bien entendido, no la ha posibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos, que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa⁹⁸”; así, el empresario no tiene la obligación de realizar una acomodación de la organización de su empresa a las creencias religiosas del trabajador, dependiendo de la buena voluntad del empleador que el trabajador vea respetadas sus creencias.

Esta doctrina ha sido criticada por algunos juristas⁹⁹, quienes entienden que el conflicto no se basa en cláusulas contractuales, sino entre un derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16.1 CE) y el derecho del empresario a organizar libremente su empresa (artículo 38 CE). Otros autores destacan que, con la denegación del amparo, “se traslada la posibilidad del respeto a esta objeción de conciencia en el ámbito laboral al campo del marco discrecional del empresario, sin matizar que (...)”

⁹⁷ Seglers, À. (2004), pp. 668.

⁹⁸ Tribunal Constitucional de España, en sentencia 19/1985 de 13 de febrero de 1985, Recurso de Amparo N° 98-1984 (Considerando Segundo).

⁹⁹ Véase Valdés Dal-Ré, F; Rossell Granados, J.

no puede ser absoluta, sino razonable”¹⁰⁰, con lo que el poder de dirección lesiona gravemente un derecho fundamental¹⁰¹.

La severidad de la doctrina asentada en esta sentencia dictada hace casi 30 años entra en conflicto con la creciente diversidad ideológica, religiosa y cultural de la sociedad española.

2.2.1.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares 958/2002, de 9 de septiembre.

Un conductor de la Empresa Municipal de Transportes de España, practicante de la religión judía, durante la jornada laboral acude a su puesto de trabajo cubriéndose la cabeza con la kipá¹⁰². Luego de consentir la conducta por más de 6 años, la empresa impone a los trabajadores completa uniformidad, prohibiéndole usarla en horas de trabajo, y siendo sancionado por conducir con gorra.

En primera instancia el Juzgado de lo Social número dos de Palma de Mallorca declara el derecho a la conducción con la cabeza cubierta con gorra, y contra dicha resolución la empresa deduce recurso de suplicación.

El tribunal de segunda instancia reconoce el derecho de la empresa a exigir uniformidad, pero advierte que la colisión entre la potestad de dirección del empleador con un derecho fundamental como la libertad religiosa “no admite una solución única, sino que dependerá de las circunstancias de cada situación concreta, **ponderando** hasta qué punto el comportamiento del trabajador a causa de sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa, o por el contrario incompatible con ellos¹⁰³”. Junto con ello, señala que en este caso no consta que la conducta del trabajador haya causado daño o menoscabo a la imagen de la empresa, ni algún trastorno durante la ejecución del servicio, no viéndose razón que justifique la decisión de la empresa; y especialmente atendida la naturaleza pública del empleador, reconoce finalmente el derecho a vestir la kipá durante su jornada laboral.

¹⁰⁰ Navarro-Valls, R. Las objeciones de conciencia, en Derecho Eclesiástico del Estado Español, Pamplona (1993), pp. 534.

¹⁰¹ Seglers, À. (2004), pp. 670.

¹⁰² Pequeña gorra usada tradicionalmente por los varones judíos, aceptada también por las corrientes no ortodoxas para uso femenino. Es de uso obligatorio al entrar y permanecer en determinados lugares de culto judío; los varones judíos observantes visten kipá durante todo el día y en toda ocasión. La costumbre de llevarla no proviene de un precepto o mandamiento, aunque se ha arraigado y convertido en uno de los atributos más emblemáticos del judaísmo. Sus orígenes se remontan al Talmud (Maséjet Kidushín 31:1), simbolizando la necesidad de tener presente en todo momento que Dios está por encima de los hombres, mujeres y las cosas. En definitiva, es un medio para exteriorizar el sentimiento interno de respeto por Dios.

¹⁰³ Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en sentencia N° 457 de 9 de septiembre de 2002, Recurso de Suplicación N° 958/2002 (Considerando Segundo).

También esta jurisprudencia estima que el derecho fundamental a la libertad religiosa incluye junto con la garantía de la existencia de un claustro íntimo de creencias, una dimensión externa de *agere licere*, que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros¹⁰⁴.

Algunos autores han cuestionado desde una perspectiva armonizadora el razonamiento de la ponderación del tribunal, señalando que la sentencia plantea el asunto como si ambas partes ejercieran derechos fundamentales, y uno de los dos tuviera que ser restringido dependiendo de cuál interés se considera preponderante. Así, la profesora Rebeca Aparicio señala que más bien habría que “delimitar si dentro de los contornos jurídicamente protegibles del derecho de libertad de empresa del empleador existe la posibilidad de prohibir a un trabajador, sin más razón que la completa uniformidad, el uso de un accesorio con connotaciones evidentemente religiosas que no pone en peligro, ni perjudica el adecuado ejercicio de sus funciones laborales, y que no afecta la estética uniformidad de los trabajadores, al tratarse de una gorra pequeña¹⁰⁵”.

2.2.1.3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 2170/1997, de 27 de octubre.

Luego de un proceso de selección, la empresa Aldeasa S.A. contrató a una vendedora para una boutique del aeropuerto Madrid-Barajas. Ésta, una vez contratada, dirigió una carta a la empresa manifestando que era de confesión musulmana, formulando una serie de peticiones: se le permita usar un uniforme que no atente contra sus creencias religiosas (que le impiden el uso de falda corta), la adecuación del horario de trabajo para cumplir los días viernes entre 13:30 y 16:30 con el rezo colectivo y solemne, la finalización del trabajo una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán, y que no se le traslade a ningún establecimiento en el que haya que manipular o vender productos derivados del cerdo y alcohol. La empresa denegó estas peticiones por escrito, por lo que la trabajadora inició un proceso de reclamación por la vulneración a su derecho a la libertad religiosa.

El Tribunal Superior de Justicia resuelve el recurso de suplicación de la demandante tras el fallo a favor de la empresa del Juzgado de lo Social, confirmando la sentencia. Si bien reconoce la importancia del derecho a la libertad religiosa y la necesidad de compatibilizar las convicciones con el trabajo -adaptando sus horarios “de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponiendo conductas o funciones

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ Aparicio Aldana, R. (2016), pp. 10

incompatibles con sus íntimas y respetables creencias”¹⁰⁶- también es exigible a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, a fin de que la futura empleadora estudie si puede encajar su situación especial en su infraestructura específica.

Esta jurisprudencia resulta importante en cuanto la empresa no tenía conocimiento previo a la contratación de la trabajadora de su religión, por lo que el Tribunal Superior resolvió considerando que la adhesión voluntaria al contrato importó una actuación contraria al principio de buena fe laboral.

2.2.2.Estados Unidos

Estados Unidos también se ha caracterizado, desde su origen, por la pluralidad religiosa. Como señala Rafael Palomino¹⁰⁷, la importancia del factor religioso en Estados Unidos tiene su reflejo jurídico en el *Bill of Rights* de 1789; así, la Primera Enmienda, que consignó y combinó la *Free Exercise Clause* con la *Establishment Clause*¹⁰⁸, ha servido de orientación fundamental para la legislación y la jurisprudencia¹⁰⁹.

La *Civil Rights Act* de 1964 (CRA) prohíbe, entre otros, la discriminación basada en la religión en la promoción, contratación y despido¹¹⁰, y creó la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), agencia gubernamental independiente encargada de implementar la ley y de la aplicación de una serie de estatutos federales que prohíben la discriminación en el empleo en todo tipo de situación laboral incluidas contrataciones, despidos, promociones, acoso, capacitación, salarios y beneficios¹¹¹.

La CRA define el término religión, el que incluye “*all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee’s or prospective employee’s religious observance or practice without undue hardship*”

¹⁰⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia N° 776 de 27 de octubre de 1997, Recurso de Suplicación N°2170/1997 (Considerando Segundo).

¹⁰⁷ Palomino Lozano, R. Las objeciones de conciencia en el derecho norteamericano. (Memoria de doctorado) Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid (1993), pp. 11.

¹⁰⁸ “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof*”.

¹⁰⁹ “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estriba en el valor del *case law* (derecho emanado de los tribunales con una fuerza o autoridad que se rige según las reglas del precedente, tanto para el propio tribunal, como para tribunales inferiores) en un sistema de *common law* (de tradición jurídica anglosajona)”. Palomino Lozano, R. (1993), pp.5

¹¹⁰ **Sec. 2000e-2. Unlawful employment practices**

(a) *Employer practices*

It shall be an unlawful employment practice for an employer:

1. *To fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or*
2. *To limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.*

¹¹¹ En National Archives (En línea) <<https://www.archives.gov/espanol/recursos-para-docentes/derechos-civiles-de-1964>> (consulta: 31 de enero de 2019)

on the conduct of the employer's business"¹¹². De esta forma, introduce el concepto de **reasonable accommodation (acomodación razonable)**, estableciendo el deber de los empleadores de acomodarse a las prácticas religiosas de los trabajadores. Por una parte, el trabajador tiene la carga de probar que profesa una determinada creencia religiosa y la sinceridad de esta creencia, y por otra, el empleador tiene la carga de probar que la acomodación es irrazonable o que le causa un **perjuicio, dificultad o carga excesiva u onerosa (undue hardship)**, que se define caso a caso; este puede consistir en que la adaptación sea costosa, comprometa la seguridad en el lugar de trabajo, disminuya la eficiencia en el lugar de trabajo, infrinja los derechos de otros trabajadores, o requiera que otros trabajadores hagan más de lo que les corresponde del trabajo potencialmente peligroso o pesado.

Algunas adaptaciones religiosas frecuentes pueden consistir en cronogramas de trabajo flexibles, intercambios o sustituciones de turnos de forma voluntaria, reasignaciones laborales y modificaciones a las políticas o prácticas laborales; así también, flexibilidad o excepciones respecto a prácticas de vestimenta o aseo personal¹¹³. En la práctica, cuando un trabajador o candidato necesite una adaptación por motivos religiosos debe notificar al empleador que necesita tal adaptación, y si el empleador necesita de modo razonable más información, ambos sujetos deben participar en un proceso interactivo para analizar la solicitud; si no representa una carga onerosa, el empleador deberá concederla.

A continuación, se revisará brevemente un caso que es novedoso respecto a la acomodación razonable por motivos religiosos de una futura trabajadora.

2.2.2.1. EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Supreme Court of the United States (2015)

En 2008 Samantha Elauf se presentó a una entrevista de trabajo en la compañía de moda Abercrombie & Fitch (A&F) en Oklahoma, usando hiyab¹¹⁴. El código de vestimenta de la tienda indicaba, entre otros, la prohibición de los empleados de cubrirse la cabeza; pese a sus buenos antecedentes y a la buena impresión que causó en su entrevistador, la postulante perdió puntos y no obtuvo el trabajo. Elauf presentó una queja ante la EEOC, que demandó en su representación a A&F. La empresa señaló

¹¹² **Título VII, sec.701 (j)**. Traducción libre: todos los aspectos de la observancia y práctica religiosa, como también las creencias, a menos que un empleador demuestre que es incapaz de acomodar razonablemente la observancia o práctica religiosa de un trabajador o futuro trabajador sin una dificultad excesiva en la dirección de los negocios del empleador.

¹¹³ En Discriminación por Religión, Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (En línea) <<https://www.eeoc.gov/spanish/laws/types/religion.cfm>> (consulta 31 de enero de 2019)

¹¹⁴ El hiyab o velo islámico es un código de vestimenta femenina, consistente en un pañuelo que utilizan las mujeres musulmanas para cubrir el cabello y a veces el cuello como símbolo de modestia y privacidad, dejando al descubierto el óvalo de la cara, el que no le impide la comunicación. Su tamaño, color y colocación depende de las costumbres de cada comunidad, así como de la intención de quien lo luce.

que no permitía a ninguno de sus empleados cubrirse la cabeza ni utilizar prendas de color negro, y que no sabía que la mujer era musulmana; reconoció que la joven no fue contratada por llevar el velo, pero argumentó que ella no pidió específicamente ser eximida de este código por su religión.

La District Court otorgó US\$20.000 a la demandante tras considerar responsable a la empresa, y la Tenth Circuit Court of Appeals revocó la resolución, señalando que un empleador no era responsable por no acomodar la práctica religiosa “*until the applicant (or employee) provides the employer with actual knowledge of his need for an accommodation*”¹¹⁵. Por el contrario, la Supreme Court of the United States dirimió que “*an applicant need only show that his need for an accommodation was a motivating factor in the employer’s decision, not that the employer had knowledge of his need*”¹¹⁶. El juez Antonin Scalia señaló que el empleador al menos debió sospechar que se trataba de una cuestión religiosa, y que su rechazo a contratarla por consiguiente estaba motivado por el deseo de evitar acomodarse a esa práctica¹¹⁷.

Los miembros de la Corte establecieron por 8 votos contra 1 que a la demandante le fue denegado el puesto en la empresa porque llevó el hiyab en la entrevista; y que un empleador no puede negarse a contratar una postulante por evitar acomodarse a una práctica religiosa, y condenó a la empresa al pago de US\$25.670 por concepto de daños.

En definitiva, la Corte parece haber sido más generosa con la trabajadora (o potencial trabajadora) en la interpretación del deber del empleador de acomodarse a sus prácticas religiosas. Sin embargo, parece aún pronto para visualizar plenamente las consecuencias que esta decisión tendrá en los tribunales inferiores¹¹⁸.

2.2.3. Canadá

Canadá es una sociedad profundamente diversa, y fue el primer país en adoptar oficial y expresamente una política multicultural. En 1971 se comenzó a legislar al respecto, conduciendo a la creación del actual Ministerio de la Ciudadanía e Inmigración¹¹⁹. Posteriormente fue promulgada la *Canadian Multiculturalism Act*, que declaró que es política de gobierno la promoción del multiculturalismo como característica fundamental de la sociedad canadiense, el aseguramiento de un igual trato y

¹¹⁵ Supreme Court of the United States, en sentencia de 1 de junio de 2015 “EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, inc.”

¹¹⁶ *Ibíd.*, pp. 3

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ Vives, J. M. (2017), pp. 13.

¹¹⁹ González Ulloa Aguirre, P.A. El multiculturalismo en Canadá: la redefinición de las políticas de la inclusión y sus teóricos. Norteamérica, Año 9, número 1 (2014), pp. 183.

protección para todos los individuos mientras que se respeta la diversidad, y el fortalecimiento del reconocimiento y la apreciación de las diversas culturas canadienses¹²⁰¹²¹.

En la década del 80 se profundizó en la lucha contra la discriminación: en 1982 la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (CCRF) consagró constitucionalmente la *cláusula multiculturalista*¹²², y recogió también el reconocimiento de la libertad religiosa y de conciencia¹²³. Junto con ello, la CCRF establece la plena igualdad de todas las personas ante la ley, sin que quepa discriminación alguna por motivos religiosos¹²⁴. Respecto al pluralismo religioso, el Censo Religioso de Canadá de 1991 recogió más de 92 grupos religiosos diferentes con instituciones propias: 4 pertenecientes al catolicismo, 56 al protestantismo, 9 a los ortodoxos del este, 11 a grupos del este no cristianos y 11 a grupos parareligiosos¹²⁵.

Sobre el estatuto antidiscriminatorio, Canadá ha adaptado el concepto de *reasonable accommodation* dentro de su legislación de protección de la igualdad, y ha sido uno de los países donde el concepto ha tenido un mayor desarrollo como herramienta en favor de la igualdad sustantiva¹²⁶. En 1998 la *Canadian Human Rights Act* fue enmendada para incluir explícitamente este deber, como consecuencia del desarrollo jurisprudencial.

A continuación, se revisará sucintamente un caso de acomodación razonable en Canadá.

2.2.3.1. Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears (Supreme Court of Canada, 1985).

Theresa O'Malley trabajó desde 1975 hasta 1978 a tiempo completo como vendedora en los almacenes Simpson-Sears, y su horario semanal comprendía los viernes y los sábados. En 1978 se convirtió a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, y consecuente con sus convicciones, señaló a la

¹²⁰ **Section 3 Canadian Multiculturalism Act.**

¹²¹ De todas formas, han surgido críticas al multiculturalismo i) desde el atentado a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001; ii) desde determinados sectores, como pueblos indígenas y grupos políticos que ven con recelo la apuesta del multiculturalismo como instrumento utilizado por el grupo mayoritario de la sociedad a fin de diluir su idiosincrasia particular. Véase Ruiz Vieyetz, E. Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (2009).

¹²² **Section 27 Canadian Charter of Rights and Freedoms:**

This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

¹²³ **Section 2 Canadian Charter of Rights and Freedoms:**

Everyone has the following fundamental freedoms: (a) freedom of conscience and religion; (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication.

¹²⁴ **Section 15 Canadian Charter of Rights and Freedoms:**

(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on (...) religion, sex, age or mental or physical disability.

¹²⁵ Relaño Pastor, E. El pluralismo religioso: el modelo canadiense. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (2003), pp. 5.

¹²⁶ Vives, J. M. (2017), pp. 9

empresa que no podía seguir trabajando el sábado, en tanto le resultaba imposible conciliar el horario laboral con los preceptos de su Iglesia. La empresa le ofreció un empleo en jornada parcial, con la consiguiente pérdida de sueldo y beneficios extras. Ambas partes firmaron una declaración que resumía las conversaciones y la aceptación del nuevo contrato, y el empleador se comprometió a reubicarla en otro puesto a jornada completa; no obstante, esto nunca llegó a materializarse.

La importancia de este caso radica en que es la primera vez que la Corte Suprema de Canadá (CSC) reconoce la existencia de discriminación indirecta, y es la primera aparición jurisprudencial del concepto de *reasonable accommodation*.

Para la CSC, una visión inflexible de los fenómenos discriminatorios significa poner una *barrera insuperable* en el demandante, al que resultaría extremadamente difícil probar la causa de la discriminación; de esta forma, las normas que imponen estándares iguales para todos los trabajadores son susceptibles de generar injusticias y discriminaciones a través de un idéntico tratamiento respecto de aquellos que no comparten las mismas características religiosas de la mayoría¹²⁷. Por tanto, para otorgar un resultado más flexible que el alcanzado hasta la fecha por el Código de Derechos Humanos de Ontario, lo que procedía era exigir a la empresa una adaptación razonable en beneficio de su trabajadora, en que el empresario debe adoptar una serie de pasos razonables para que la empleada, como parte débil de la relación contractual, pueda acomodarse sin por ello tener que sufrir *undue hardship*, debiendo demostrar que ha adoptado los pasos razonables para acomodarla. Esta responsabilidad recae en el empleador ya que es él quien mejor puede reunir y conocer toda información necesaria que le permitirá probar cuándo la acomodación podría significarle una carga excesiva¹²⁸.

La trabajadora actuó en todo momento de buena fe, comunicando a la empresa su creencia religiosa y aceptando el nuevo puesto de trabajo, aunque le significara una reducción considerable de su sueldo. Por su parte la empresa no dio todos los pasos razonables para encontrar una solución al problema, no demostró *undue hardship*, ni cumplió con el compromiso de reubicar a la trabajadora en un puesto a tiempo completo.

La CSC resolvió que no existían pruebas que denotaran *undue hardship* que perjudicara al empleador, y acogió la apelación, obteniendo la trabajadora la diferencia salarial que había dejado de percibir durante los nueve meses que prestó servicios en régimen de jornada parcial.

¹²⁷ Seglers, À. (2004), pp. 655

¹²⁸ *Ibíd.*

2.2.4. Argentina

La Constitución de la Nación Argentina garantiza la libertad religiosa mediante la inclusión en su artículo 14° del derecho de todos los habitantes del territorio de profesar libremente su culto¹²⁹.

Al igual que España, en Argentina la religión católica es especialmente sostenida por el Estado¹³⁰; así también, cuenta con normativa particular destinada a quienes profesen la religión judía¹³¹ e islámica¹³².

Respecto al estatuto antidiscriminatorio, la prohibición aparece en varios textos legales. Uno de ellos es la Ley 23.592 de Penalización de Actos Discriminatorios, que señala en su artículo 1: “*Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como (...) religión (...)*”.

Así, la ley previene dos efectos conjuntos: (i) dejar sin efecto la discriminación, o hacerla cesar; (ii) reparar el daño causado. Hasta hace un tiempo, la mayoría de la jurisprudencia se orientaba directamente hacia la segunda parte de la pena, admitiéndose la discriminación siempre y cuando se pagara una indemnización por ello, omitiendo el primer efecto de esta norma.

Por otro lado, la Ley 25.212 de 2002 del Pacto Federal del Trabajo tipifica como infracción muy grave del empleador cualquier acto que implique discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de religión¹³³.

¹²⁹ **Artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina:**

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de profesar libremente su culto (...).

¹³⁰ **Artículo 2 de la Constitución de la Nación Argentina:**

El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.

¹³¹ **Ley 26.089**, que declara no laborables los días del Rosh Hashaná, Yom Kippur y Pesaj.

¹³² **Ley 24.757**, que declara no laborable los días de Al Hiyra, Id Ai-Fitr e Id Al-Adha.

¹³³ Que, como señala su **artículo 5 numeral 3°**, son sancionadas con multa del 50% al 2.000% del valor mensual del Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por cada trabajador afectado.

2.2.4.1. Belotto Rosa contra Asociación Bancaria, Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA), 2014.

Rosa Belotto, empleada de un hotel, había solicitado tomar su descanso semanal los sábados luego de convertirse a la religión adventista, ofreciendo trabajar más horas y menos francos¹³⁴. La empresa suspendió sin goce de sueldo a la demandante en varias ocasiones por no presentarse a trabajar el sábado, sosteniendo que el motivo invocado no justificaba las inasistencias, habiendo la trabajadora suscrito el contrato sin formular objeciones; ella consideró que se encontraba en una situación de despido indirecto, y demandó las indemnizaciones correspondientes.

La SCBA confirmó la resolución del Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial de Dolores, que hizo lugar parcialmente a la demanda de despido indirecto.

En su razonamiento, la SCBA adscribe al concepto de acomodación razonable, definiéndola como “[la] obligación jurídica derivada del deber de no discriminar, consistente en tomar medidas prudentes y ecuánimes para armonizar una acción o una inacción exigida contrapuesta a una determinada demanda de ejercer un derecho, salvo que con ello se cause una carga excesiva”¹³⁵ y sosteniendo que “la determinación de un horario de prestación de tareas que abarque momentos o jornadas que, según el trabajador, están sólo reservadas a su fe, sólo puede ser admitida si esa determinación va acompañada de la demostración del agotamiento o insuficiencia de otras alternativas de cumplimiento del débito laboral, o de la inexistencia de medios menos lesivos a la dignidad del trabajador, o de preponderantes razones en contrario (como podrían ser las relacionadas con el orden público, el bienestar general, la moralidad o los derechos de terceros)¹³⁶”, y que “a la demandada correspondía cargar con la prueba de que la presencia y prestación de tareas por parte de la actora le resultaba insustituible, o de que, ante el conflicto de derechos suscitado, su interés resultaba superior o prioritario y que, en función de ello, debía ser restringida la libertad de la trabajadora”¹³⁷

Así, esta sentencia refleja un paso importante hacia el reconocimiento y la aplicación práctica y concreta del derecho de libertad religiosa en el empleo y de la acomodación razonable en Argentina.

¹³⁴ En Argentina, en virtud del **artículo 204°** de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, está prohibida la ocupación del trabajador desde las 13:00 horas del sábado hasta las 00:00 horas del día siguiente.

¹³⁵ Votación del Juez de Lázzari en sentencia de 3 de diciembre de 2014 “Belotto Rosa contra Asociación Bancaria”, de la Suprema Corte de Justicia.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

2.2.5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como ya se mencionó anteriormente, la Convención Europea de Derechos Humanos creó dos instituciones con el fin de permitir un control efectivo de los Derechos Humanos: la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Con la abolición de la Comisión en 1998, los ciudadanos y otras personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Miembros pueden presentar demandas directas ante este tribunal internacional independiente del Estado demandado, a fin de que examine su demanda conforme a los términos de la Convención y a la jurisprudencia del Tribunal, órgano jurisdiccional compuesto por 47 magistrados independientes nombrados por los Estados Partes en el Convenio.

No obstante, el Convenio afronta problemas que dificultan su aplicación, entre ellos (i) el excesivo número de demandas presentadas: en 2011 había más de 150.000 asuntos pendientes, mientras el TEDH había resuelto cerca de 52.000 -algunos autores apuntan a la falta de remedios nacionales en algunos Estados-; (ii) la ejecución de las sentencias del Tribunal sigue encomendada a los propios Estados a través del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Por otro lado, en Europa la noción de acomodación razonable no se ha afianzado como en EE. UU. y Canadá; no existe un deber legal explícito de acomodación razonable en el lugar de trabajo. Con todo, la legislación europea no está totalmente cerrada a la posibilidad de requerir una acomodación razonable con base en las creencias religiosas¹³⁸.

2.2.5.1. Casos de la Comisión Europea de Derechos Humanos

La ComEDH no consideraba la existencia de interferencia en el derecho de libertad religiosa, y justificaba las acciones disciplinarias que los empleadores hubiesen tomado a causa de las obligaciones contractuales de los trabajadores¹³⁹, señalando que más bien su derecho de libertad religiosa estaba garantizado por la posibilidad de renunciar al empleo.

2.2.5.1.1. Kontinen v. Finland, 1996.

En este caso, un empleado ferroviario solicitó a la empresa retirarse temprano del trabajo los viernes durante el invierno tras su conversión a la religión adventista. Ante la negativa al permiso y sus ausencias tal día, fue despedido.

¹³⁸ Vives, J. M. (2017), pp. 10.

¹³⁹ *Ibíd.*, pp. 14.

La ComEDH declaró inadmisibile la demanda, señalando que las ausencias no son entendidas como manifestación de su religión y que, si ésta era obstáculo para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el trabajador podría renunciar y así garantizar su derecho de libertad religiosa¹⁴⁰.

2.2.5.1.2. Stedman v. United Kingdom, 1997.

En este caso una agencia de viajes, después de casi dos años de relación laboral, decide modificar las condiciones de sus contratos de trabajo. La señora Stedman es requerida para trabajar durante varios domingos, y tras un tiempo cumpliendo con el nuevo horario, rechazó trabajar dicho día señalando que debía atender sus obligaciones cristianas, y ante la negativa de firmar el nuevo contrato de trabajo que incluía el domingo como día laboral, fue despedida¹⁴¹.

La ComEDH declaró inadmisibile la demanda, resolviendo que las ausencias laborales no autorizadas basadas en motivos religiosos no están protegidas cuando se trata de relaciones entre particulares, considerando que su despido se había producido por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, y entendiendo que el ejercicio del derecho de libertad religiosa no es un motivo de justificación¹⁴².

2.2.5.2. Casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Si bien al igual que la ComEDH se ha mostrado reticente a admitir el deber de acomodación razonable, la posición del TEDH se ha flexibilizado a lo largo del tiempo.

2.2.5.2.1. Thlimmenos v. Greece, 2000.

A un potencial trabajador le fue denegado un puesto de trabajo por contar con antecedentes penales, consistiendo el delito en haberse negado a cumplir con el servicio militar por motivos religiosos. El TEDH determinó que existe discriminación al abstenerse un Estado de ajustar una regla de aplicación general cuando sea necesario para evitar la desventaja en personas que practican una religión determinada¹⁴³.

2.2.5.2.2. Kostaski v. The former Yugoslav Republic of Macedonia, 2006.

Vasko Kostaski, trabajador de una compañía eléctrica, se ausentó de su trabajo durante un día laborable para asistir a la celebración de una festividad religiosa musulmana. La empresa lo sancionó con la reducción de un 15% de su sueldo por tres meses, y ante la reiteración de la falta, por seis

¹⁴⁰ Meseguer Velasco, S. La cuestión de las prácticas religiosas en el ámbito laboral: la jurisprudencia de Estrasburgo. Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre. (2015). pp.1047.

¹⁴¹ *Ibíd.*, pp. 1046.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ Vives, J. M. (2017), pp. 15

meses más. El trabajador accionó contra la medida disciplinaria ante la jurisdicción nacional, que rechazó su demanda a causa de que no había presentado pruebas de que efectivamente profesara la religión musulmana- señalando que su *modus vivendi* no se ajustaba a las prescripciones de dicha religión.

El TEDH desestimó también la demanda, señalando: “*where the employee then seeks to rely on a particular exemption, it is not oppressive or in fundamental conflict with freedom of conscience to require some level of substantiation when that claim concerns a privilege or entitlement not commonly available and, if that substantiation is not forthcoming, to reach a negative conclusion*”¹⁴⁴”.

Esta resolución es diametralmente opuesta a la más reciente jurisprudencia estadounidense que fue expuesta. En este caso resulta interesante que el TEDH presta atención a la prueba de la veracidad de las creencias religiosas¹⁴⁵.

2.2.5.2.3. Eweida and others v. The United Kingdom, 2013.

Nadia Eweida, trabajadora de British Airways desde 1999, llevaba en su trabajo una cruz en el cuello como signo de compromiso con su fe cristiana¹⁴⁶, sin inconvenientes. El año 2004 la empresa introdujo un nuevo uniforme, que incluía una blusa de cuello abierto para ser usada con corbata; se elaboró también una *guía de usuario*, que señalaba que cualquier accesorio o prenda de vestir que el trabajador por motivos religiosos estuviese obligado a llevar debía en todo momento cubierto por el uniforme, y si esto era imposible, requería aprobación de la jefatura local. No se aceptaban objetos para ser usados con el uniforme, ordenando el retiro de cualquier objeto de joyería.

El año 2006 la trabajadora decidió llevar la cruz a la vista y no oculta bajo el uniforme, y tras negarse a quitarla o esconderla fue enviada a su casa sin sueldo hasta cuando cumpliera con la *guía de usuario*; posteriormente le ofrecieron un trabajo administrativo que no requería uniforme, el que la trabajadora rechazó. En 2007 la empresa aprobó una nueva política que permitía la exhibición de símbolos religiosos previa autorización, y la trabajadora regresó a trabajar con permiso para usar la cruz; sin embargo, la empresa se negó a indemnizar los ingresos perdidos durante el tiempo que decidió no acudir al trabajo.

¹⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 13 de abril de 2006 “Kosteski v. The former Yugoslav Republic of Macedonia” (apartado 39). Traducción libre: en los casos en los que el empleado pretende obtener una exención particular, no es opresivo ni entra en conflicto fundamental con la libertad de conciencia exigir un cierto grado de sustanciación cuando dicho reclamo se refiere a un privilegio o derecho no comúnmente disponible, y, si esta sustanciación no ocurre, llegar a una conclusión negativa.

¹⁴⁵ Vives, J. M. (2017), pp. 16

¹⁴⁶ Pertenecía a la Iglesia Ortodoxa Copta de Alejandría.

En este caso adquiere relevancia la definición del concepto de minoría religiosa del primer capítulo de este trabajo: la demanda por discriminación indirecta de la actora no prosperó en sus instancias nacionales sobre la base de que la negativa a acomodar la solicitud de solo un creyente no estaba cubierta por la *Equality Act 2010*¹⁴⁷, en cuanto de su redacción se desprende que previamente el solicitante debe mostrar que se impone un requisito neutral que pone o podría poner a personas de la misma religión en una desventaja particular, lo que sugiere que debe existir un grupo en desventaja, o al menos más de una persona; si bien la compañía permitía a las mujeres musulmanas usar el hiyab, y a los hombres sikh usar turbantes -por considerarlos elementos obligatorios en sus religiones- en este caso la trabajadora era la única persona que sostenía la creencia particular (ya que no era mandato de su religión portar la cruz sino que era una señal personal de compromiso con su fe), concluyendo luego que los individuos creyentes que no comparten sus creencias con otros no están protegidos por las disposiciones de discriminación¹⁴⁸.

El TEDH planteó que existían dos derechos en conflicto: el de la trabajadora a manifestar sus creencias religiosas, y el de la empresa a uniformar a sus trabajadores con el fin de comunicar a los clientes una imagen corporativa.

El TEDH señaló: “*given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate*¹⁴⁹”.

Finalmente, consideró que había existido violación del artículo 9 del Convenio, reafirmando el derecho a la libertad religiosa en su dimensión externa, y señalando que, si bien el Estado demandado no debía compensar a la demandante el lucro cesante, le correspondía una indemnización por concepto de daño moral, el que cuantificó en €2.000.

¹⁴⁷ La que consolida, actualiza y complementa las diversas leyes y reglamentos sobre discriminación en el Reino Unido.

¹⁴⁸ Vickers, L. *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*. Hart Publishing, Oxford (2016), pp. 167.

¹⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 15 de enero de 2013 “*Eweida and others v. The United Kingdom*” (apartado 83). Traducción libre: dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad de religión, el Tribunal considera que, cuando una persona alega una restricción a la libertad de religión en el lugar de trabajo, en lugar de declarar que la posibilidad de cambiar de trabajo evitaría cualquier injerencia con el derecho, la mejor aproximación sería sopesar la posibilidad de considerar en el balance total si la restricción era proporcionada o no.

CAPITULO III: LA TUTELA DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACION LABORAL. TIPOS DE DISCRIMINACIÓN, PROCEDIMIENTOS Y CASOS EN CHILE

3.1. Tópicos y prácticas objeto de protección en la manifestación religiosa en el trabajo

La discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias puede ser abordada en nuestro país desde dos aristas no excluyentes: primero, desde el derecho a la no discriminación del artículo 2 del Código del Trabajo; luego, desde el derecho a libertad de conciencia, manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos, del artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República. Esto ya que el procedimiento de tutela laboral regulado en el artículo 485 y siguientes del Código del Trabajo, que se revisará más adelante, en su inciso primero alude directamente al artículo 19 N°6 de la Constitución, y en su inciso segundo a los actos discriminatorios del artículo 2 del Código del Trabajo, esto es, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas -entre otros- en motivos de religión, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Ahora bien, al señalar que el alcance del derecho a la libertad religiosa se extiende al lugar de trabajo, se debe al mismo tiempo reconocer que su ejercicio podría causar importantes conflictos con otros derechos e intereses.

En este sentido, de importancia para la limitación de las diversas manifestaciones o prácticas religiosas en la relación laboral resulta el ejercicio del **principio de proporcionalidad**, a fin de garantizar la eficacia del derecho fundamental de libertad de conciencia y libertad religiosa al menos durante la etapa de vigencia del contrato de trabajo, sea en su vertiente positiva o negativa. De esta forma, “aunque sea por coherencia con el significado del derecho a la libertad religiosa, el trabajador tiene el derecho a comportarse en lo posible de acuerdo con sus convicciones también en el puesto de trabajo, y solo deberá neutralizarse o modularse dicho derecho si hay razones de peso para ello (...); el derecho a la libertad religiosa, correctamente delimitado en su extensión, otorga al trabajador por cuenta ajena una facultad de solicitar al empresario (o subsidiariamente al juzgador) que las condiciones de trabajo sean adecuadas al derecho de libertad religiosa¹⁵⁰”.

Este principio de proporcionalidad permite valorar la restricción que se podría adoptar al ya mencionado derecho, a través de tres subprincipios. El primero de ellos es el de **adecuación**, según el cual el medio utilizado para restringir el ejercicio de un derecho fundamental debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, con lo que la restricción será inadecuada si no sirve para

¹⁵⁰ Toledo Oms, A. Relación laboral y libertad religiosa (Tesis doctoral). Facultad de Derecho Universidad de Barcelona, s/f, pp. 580.

proteger la garantía a que se refiera; luego, el subprincipio de **necesidad**, según el cual la medida limitativa debe ser la única capaz de obtener el fin perseguido, no existiendo otra menos gravosa; por último el de **proporcionalidad en sentido estricto**, acorde al cual la limitación al derecho fundamental debe resultar razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

El principio de proporcionalidad sirve para la ponderación del derecho fundamental a que se refiera, en tanto como ya se ha mostrado, estas normas son restringibles. Como señala el profesor Ugarte, “la ponderación gira en torno a la asignación por parte del juez de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que un principio desplaza a otro y resulta aplicable¹⁵¹”.

Junto con la proporcionalidad, se ha señalado como modo de resolver el problema del trato discriminatorio el **principio de la razonabilidad de la diferencia**, que apunta a que la discriminación se encuentra justificada cuando es razonable y objetiva, es decir, cuando carece de arbitrariedad. Sin embargo, se ha superado su aplicación, por cuanto la discriminación, como se ha advertido ya, va más allá de lo arbitrario y caprichoso¹⁵².

Ahora bien, para determinar si el derecho fundamental de libertad religiosa en el trabajo debe ser restringido en relación con otros derechos fundamentales, sean de otros trabajadores o de la empresa -o la medida en que lo será, o su posible ponderación judicial- es necesario conocer el contenido práctico de éste y su desenvolvimiento en el ámbito del trabajo. De forma previa, podemos señalar que si se entiende que el derecho a la libertad religiosa permite al creyente ajustar su conducta o su abstención también frente a sujetos privados -según la doctrina *Drittwirkung*, como ya se ha mencionado- “no se acabaría de entender por qué razón el trabajador al ponerse el mono de trabajo deja de ser ciudadano, deja de ser creyente, y en esa tesitura, también puede dejar en la puerta del centro de trabajo otros derechos”¹⁵³.

El ejercicio directo del derecho a la libertad religiosa en sede laboral podría llevarse a cabo de dos modos distintos: reactivamente, cuando el empleador u otros trabajadores coartan al trabajador su participación en actos de culto o acontecimientos religiosos, le obligan a declarar sus creencias religiosas, o mediante el proselitismo ilegítimo, por ejemplo; o activamente, cuando el trabajador

¹⁵¹ Ugarte Cataldo, J. L. (2018), pp. 238.

¹⁵² Ugarte Cataldo, J. L. El Derecho a la No Discriminación en el Trabajo. Legal Publishing, Santiago (2013), pp. 30-31.

¹⁵³ Toledo Oms, A. s/f pp. 580

desea ajustar la prestación de servicios a sus convicciones religiosas, porque su configuración obstaculiza el pleno desarrollo del derecho.

Este segundo modo es cuestionado por algunos autores, para quienes el imperativo y el deber de promoción del derecho de igualdad en toda su extensión no es exigible al empleador en Chile, por cuanto como principio rector de la no discriminación -y en consideración a su dimensión instrumental- solo se limita al mandato de trato igualitario y no al de trato diferenciado, que se traduce en un deber de tratar distintos a los desiguales, no incumbiéndole al empleador una posición activa¹⁵⁴.

Sin embargo, el derecho a la libertad religiosa en su dimensión subjetiva como aspecto protegido por la legislación laboral a través del artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo y de la consideración de la discriminación por religión y creencia como acto contrario a los principios laborales en el artículo 2 inciso tercero del mismo cuerpo legal, se desarrolla y se vuelve tangible a través de aspectos que escapan a la mera obstrucción a la libertad de culto y a la dimensión objetiva de la libertad religiosa, especialmente respecto a su práctica y observancia a través de los tópicos que se tratarán a continuación.

Así, tratar a todos por igual puede no lograr la plena igualdad (sino que, por el contrario-puede crear desigualdad), y tampoco se condice con todos los tipos de discriminación, la que no siempre es causada directamente. Tal es el caso de la discriminación indirecta en relación con la religión o creencia, en que la aplicación de una disposición o requerimiento aparentemente neutral del empleador pone o podría poner al trabajador de dicha religión o creencia en una situación de particular desventaja en comparación con otros trabajadores. Las posibles técnicas para resolver esta problemática serán tratadas más adelante.

Los tópicos en los cuales se verifica o refleja la discriminación en el empleo por motivos de religión o creencias pueden basarse, primeramente, en el estatus de la persona que profesa determinada religión: por ejemplo, la negativa o falta de neutralidad al contratar, capacitar o promover a un trabajador por motivo de su religión, las decisiones sobre el empleo basadas en opiniones estereotipadas sobre cómo se comportarán los trabajadores de una determinada creencia, o el empleador que se niega a emplear a una persona de una religión diferente a la suya o que no profesa religión alguna.

Luego, pueden basarse en las prácticas religiosas: todo aquello de que se vale una persona para mostrar y exteriorizar su creencia religiosa, es decir, expresiones que dotan de visibilidad, en privado

¹⁵⁴ Ugarte Cataldo, J. L. (2013), pp. 11

o en público, a una religión. Concretamente, puede vincularse al deber de asistir a determinadas fiestas, ceremonias o ritos en días u horarios determinados, o al uso de elementos o símbolos específicos, tales como los diversos vestuarios o atuendos religiosos como el velo islámico -en sus distintos tipos: burka, niqab, chador, al-amira, hiyab o shayla-, el yarmulke hebreo o el turbante sikh, cuyo uso puede entrar en conflicto con el uniforme de trabajo o con etiquetas de vestimenta y reglas de presentación personal en el empleo. Este último aspecto se vincula al derecho a la propia imagen; así, los trabajadores, en virtud del derecho a la libertad religiosa, se encuentran a priori facultados para manifestar su fe, a través de símbolos o indumentarias que sus creencias les exigen portar con el fin de ser identificados como miembros de una determinada comunidad religiosa¹⁵⁵, atendiendo a las características propias de la prestación que le permitan esta exteriorización. En su naturaleza negativa, la práctica religiosa se exterioriza en el rechazo a ejecutar actos contrarios a la convicción religiosa, como por ejemplo la manipulación de ciertos alimentos.

Además, se puede verificar discriminación respecto de las condiciones de la prestación laboral y sus conflictos con ciertas convicciones religiosas, tales como la observancia de días u horas religiosas y su posible conflicto con el horario laboral (como el salat¹⁵⁶ y el rezo colectivo de día viernes desde 13:30 a 16:30 horas de musulmanes), la obligación de trabajar en días considerados feriados religiosos (como el día sábado, que es considerado día de reposo para judíos y fieles de la Iglesia Adventista del Séptimo Día), la prohibición del uso de determinados espacios para la oración o la meditación, o la denegación de permisos para actividades religiosas, como se ha revisado en el capítulo anterior en los casos presentados, que no son ajenos a la realidad que se vive en nuestro país en cuanto a diversidad religiosa.

Junto con los ya señalados se encuentran los actos discriminatorios de carácter general que podrían ser aplicables al conflicto, tales como: limitaciones a la posibilidad de comunicación con el fin de silenciar al trabajador impidiendo comunicarse libremente con su entorno laboral; ataques a las relaciones sociales personales, por ejemplo a través del aislamiento del trabajador respecto a sus colegas; ataques a la reputación, a través de la difusión de rumores, o de ataques a la creencia religiosa misma que profese el trabajador, de evaluaciones poco equitativas del desempeño o de faltas de respeto a las costumbres religiosas; y ataques a la calidad profesional, ante cambios de tareas y el cuestionamiento de sus competencias y experiencia¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Aparicio Aldana, R. (2016), pp. 7.

¹⁵⁶ Plegaria consistente en cinco oraciones diarias, cuya realización es obligatoria en un específico momento basado en la posición del sol en el cielo.

¹⁵⁷ Baltera Santander, P. El acoso laboral en las empresas, la mirada de los dirigentes sindicales. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago (2014), pp. 12-13.

Estos últimos tópicos mencionados, especialmente los referidos a ataques al trabajador, corresponden a comportamientos típicos del acoso laboral o *mobbing*.

3.1.1. Acoso laboral

Hasta el año 2012 no existía en la legislación nacional definición expresa del término, por lo que su resguardo se remitía al artículo 5 (límite de las facultades que la ley le reconoce al empleador en el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores cuando pudieran afectar su intimidad, vida privada u honra), al artículo 12 (que establece como límite al *ius variandi* el menoscabo para el trabajador) y al artículo 184 del Código del Trabajo (en tanto incumplimiento a la obligación del empleador de proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores).

La ley N° 20.607 llenó el vacío conceptual existente, modificando el artículo 2 del Código del Trabajo y definiendo acoso laboral como “*toda conducta que constituye agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien, que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”.

Si bien la definición caracteriza correctamente al acoso laboral como un comportamiento atentatorio en contra de la dignidad de los trabajadores, presenta algunos problemas, como la similitud con la definición de acoso sexual que otorga el mismo artículo; además lo tipifica como un ilícito de resultado y no de mera actividad, lo que implica que el trabajador debe acreditar las acciones y el resultado, excluyendo así dentro de su campo de aplicación la mera hostilidad del ambiente laboral, que igualmente atenta contra la dignidad del trabajador¹⁵⁸¹⁵⁹.

Un aspecto en el que la definición resulta acertada es la clasificación del acoso laboral: vertical, cuando el hostigamiento proviene del empleador; horizontal, en el que los hostigadores son uno o más trabajadores; y mixto, supuesto en que el acoso inicia horizontal, y tomando conocimiento la jefatura o el empleador, no adopta medidas para su solución, incurriendo en una omisión negligente -como ocurrió en el caso chileno que se revisará más adelante- especialmente atendido el deber

¹⁵⁸ Dighero Eberhard, A. Acoso laboral, autodespido y tutela laboral: un caso de estudio. En Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 5 N° 9 (2014), pp. 183.

¹⁵⁹ Para otros autores, esta característica se constituye como una ventaja, en tanto se diferencia de consideraciones más difusas de la psicología, que “podrían obstaculizar el establecimiento del acoso laboral en sede judicial”, relacionando el resultado lesivo netamente con la lesión de derechos fundamentales, y no con un daño psíquico en concreto. Véase: Caamaño Rojo, E., Ugarte Cataldo, J. L. El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales. Revista Ius et Praxis, año 20, N°1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca (2014), pp. 67-90.

general de protección eficaz de la vida y salud de los trabajadores del artículo 184 del Código del Trabajo.

Por su parte, la Dirección del Trabajo (DT) lo define como *“todo acto que implique una agresión física por parte del empleador o de uno o más trabajadores hacia otro u otros dependientes o que sea contraria al derecho que les asiste, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se practiquen de forma reiterada, cualquiera sea el medio (...)”*¹⁶⁰.

De dicha definición es posible criticar su redacción, en tanto lo caracteriza principalmente como una agresión física, dejando en un aparente segundo plano la afección psicológica y el deterioro de la salud mental. Luego, la DT profundiza en el significado del tipo de agresiones u hostigamientos protegidos, señalando *“aquellos de los cuales resulta mengua o descrédito en su honra o fama, o atenten contra su dignidad, ocasionen malos tratos de palabra u obra, o bien, se traduzcan en una amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo de dichos afectados”*.

Así las cosas, acoso laboral es toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, por el empleador o uno o más trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para la víctima su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral u oportunidades de empleo.

Una de las bases para la protección contra el acoso laboral se encuentra en el artículo 2 inciso segundo del Código del Trabajo: *“las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”*.

Además, el artículo 153 inciso segundo del Código del Trabajo, a propósito del reglamento interno de orden, higiene y seguridad, señala que *“Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”*.

Por último, el artículo 184, a propósito del cumplimiento de normas de higiene y seguridad en el empleo, señala al empleador como garante de la vida y salud del trabajador, estableciendo la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores, por consiguiente, de mantener el ambiente de trabajo libre de acoso, intensificando así la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

¹⁶⁰ Dictamen Dirección del Trabajo, ORD. 3519/034, de 9 de agosto de 2012.

Como ya se mencionó, la ley no especifica la vía de resguardo para las víctimas. Así, la protección del trabajador afectado por acoso laboral podría ser resuelto a través del despido por la causal de caducidad de la letra f) del numeral primero del artículo 160 del Código del Trabajo respecto del acosador, del autodespido o despido indirecto, o del procedimiento de tutela -vía natural de resguardo, aunque no haya sido explicitada- respecto del acosado, las que se analizarán más adelante en este capítulo.

3.2. Análisis sobre el procedimiento de tutela laboral y su aplicación en protección de la no discriminación en la relación laboral.

El procedimiento de tutela laboral fue establecido el año 2006 por la Ley N° 20.087, en miras especialmente a la obtención de la declaración de nulidad de los actos vulneratorios respecto de ciertos derechos fundamentales establecidos en el artículo 485 del Código del Trabajo y las indemnizaciones correspondientes -incluida la indemnización por daño moral-, aspectos que la acción de protección, utilizada hasta ese entonces, no cubría¹⁶¹. Así, la tutela laboral abarca conjuntamente dos vías, la constitucional y la ordinaria laboral, en especial consideración a la relación en la que se ejerce y al tipo de derechos cautelados, protegiendo la posición débil del trabajador y estableciendo diferencias en cuanto a la prueba dentro del proceso. En este sentido, la lesión a los derechos mencionados se produce “cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial¹⁶²”.

Como lo establece el artículo 485 del Código del Trabajo, este procedimiento –que implica más bien la sustanciación del procedimiento de aplicación general con reglas especiales¹⁶³- se aplica respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, dentro de los cuales se dispone taxativamente la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos contenido en el artículo 19 N°6 y la prohibición de discriminación laboral del artículo 19 N°16 inciso tercero de la Constitución. Además, se aplica para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del Código del Trabajo, dentro de los cuales se encuentran las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en

¹⁶¹ Dentro de las críticas a este mecanismo de conservación de los derechos fundamentales del trabajador se encuentran: (i) costo económico para el trabajador de esta vía, que no tiene por objeto una compensación económica o pecuniaria; (ii) riesgo inherente al accionar, respecto a la estabilidad en el empleo y posibles represalias del empleador. Véase: Lizama Portal, L. y Ugarte Cataldo, J. L. (1998), pp. 168.

¹⁶² **Artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo.**

¹⁶³ Ugarte Cataldo, J.L. (2018), pp. 49.

motivos de religión. De esta forma, la protección de la no discriminación por motivos de religión o creencias en el empleo puede invocarse en el procedimiento de tutela al menos por tres causales.

Sin perjuicio de aquello, podría invocarse aun el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del artículo 19 N°1 inciso primero, y el respeto y protección a la vida privada y a la honra del artículo 19 N°4 de la Constitución, cuando su afectación se produzca a causa de actos ocurridos en la relación laboral y/o si la discriminación se produce a causa del hostigamiento en el trabajo.

Respecto al procedimiento, los legitimados activos de la acción de tutela laboral son el trabajador afectado, si la vulneración se ha producido con ocasión del despido¹⁶⁴, o cualquier trabajador u organización sindical¹⁶⁵ durante la vigencia de la relación; además, se faculta a la Inspección del Trabajo para denunciar al tribunal. El plazo para denunciar es dentro de 60 días, en el primer caso desde la separación, y en el segundo desde que se produce la vulneración de derechos fundamentales alegada.

Dentro de las ventajas de su aplicación se considera, como ya se anticipaba, la alteración de la carga de la prueba, aligerándola para el trabajador vulnerado en sus derechos fundamentales, debiendo aportar prueba que constituya indicios suficientes -una “sospecha razonable”- de que se ha producido la vulneración, y correspondiendo al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad¹⁶⁶; el motivo radica en la generalmente encubierta conducta ilícita de la discriminación, lo que dificulta su acreditación, y la de su móvil o finalidad.

Además, puede iniciarse durante la vigencia de la relación laboral, y también si ésta ha terminado y la vulneración de derechos fundamentales del trabajador se ha producido con ocasión del despido.

Así también, el juez puede disponer en la primera resolución -o en cualquier tiempo- el cese de los efectos del acto impugnado cuando de los antecedentes aportados aparezca que se trata de lesiones graves, o que la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles¹⁶⁷, lo que constituiría una tutela anticipada; advirtiendo algunos autores un peligro a la garantía del debido proceso, especialmente respecto a la calificación de la gravedad de las lesiones, en tanto no se contempla audiencia previa del afectado, ni se admite recurso alguno contra esta resolución¹⁶⁸, sino que más bien requiere una condición de verosimilitud de la denuncia. Si bien a lo que se pone fin es a los actos

¹⁶⁴ **Artículo 489 del Código del Trabajo.**

¹⁶⁵ **Artículo 486 del Código del Trabajo:**

“(...) que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral (...)”

¹⁶⁶ **Artículo 493 del Código del Trabajo.**

¹⁶⁷ **Artículo 492 del Código del Trabajo.**

¹⁶⁸ Palavecino Cáceres, C. El procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador en Chile. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 5, N° 9 (2014), pp. 42

vulneratorios, lo que revestiría carácter de cautela o garantía del resultado del juicio, se contempla su cumplimiento bajo apercibimiento de multas de hasta 100 U.T.M., y su repetición hasta su consecución, en ausencia de bilateralidad de la audiencia y sin posibilidad de impugnación.

Sea que la denuncia es realizada por la Inspección del Trabajo al tomar conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales -caso en el que puede hacerse parte en el proceso- o a requerimiento del tribunal, ésta deberá emitir un informe sobre los hechos denunciados, los que constituyen presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial¹⁶⁹; esto en razón del carácter de ministros de fe que inviste a los Inspectores del Trabajo, que los faculta incluso para tomar declaraciones bajo juramento.

Ahora bien, respecto a las acciones tendientes a la reparación de las consecuencias de la vulneración, junto con la declaración de la existencia de la lesión, el procedimiento de tutela tiene como finalidad la reparación amplia al trabajador. Así, en la sentencia¹⁷⁰ también se deberá ordenar el cese inmediato de los efectos del comportamiento antijurídico, sea a través de una conducta material o de la nulidad de acto de que se trate, *velando por retrotraer al trabajador al estado inmediatamente anterior a la lesión de sus derechos fundamentales*¹⁷¹; indicar concretamente las medidas a que se encuentre obligado el infractor para reparar las consecuencias (facultad amplia para el juez a través de una *regla de fin*, que “exige el logro de una finalidad sin señalar, exactamente, como se logra¹⁷²”, permitiendo abarcar la dimensión social del problema, por ejemplo a través de la garantía de *no repetición*, la capacitación en derechos fundamentales o de una carta de disculpa¹⁷³); y la aplicación de multas a que hubiere lugar. Finalmente, el numeral tercero del artículo 495 señala que la parte resolutive de la sentencia deberá incluir “las indemnizaciones que procedan”, dentro de las cuales debe considerarse el daño moral en virtud del principio de reparación integral del daño, aun no habiendo sido contemplado de forma particular por la ley laboral, y aun persistiendo el vínculo contractual, como

¹⁶⁹ **Artículo 23 del Decreto con Fuerza de Ley N°2** de 30 de mayo de 1967, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo.

¹⁷⁰ **Artículo 495 del Código del Trabajo.** *La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:*

1. *La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;*
2. *En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492*
3. *La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y*
4. *La aplicación de las multas a que hubiese lugar, de conformidad a las normas de este Código.*

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro.

¹⁷¹ **Artículo 495 del Código del Trabajo.**

¹⁷² Ugarte Cataldo, J. L. (2018), pp. 79.

¹⁷³ *Ibíd.*, pp. 80.

se verá a continuación en el caso que se presentará. Pese a ello, la Dirección del Trabajo ha manifestado que “la indemnización será la última alternativa a promover, en atención a que existe el riesgo de que se considere la única forma de obtener la reparación, entrando en un espiral de transacción económica que puede afectar el efectivo respeto a los derechos fundamentales”¹⁷⁴.

En el caso de que la vulneración de derechos fundamentales se produzca con ocasión del despido, el artículo 489 del Código del Trabajo establece que, en caso de acogerse la denuncia, el juez ordenará el pago de la indemnización del artículo 162 inciso cuarto y la del artículo 163, con el correspondiente recargo según lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, una indemnización que fijará el juez, que no podrá ser inferior a 6 ni superior a 11 meses de la última remuneración mensual. Respecto a la naturaleza jurídica de esta indemnización adicional, existe divergencia en la doctrina: hay quienes señalan que es por daño moral y que no es una simple tarificación por antigüedad, sino que permite al juez evaluar el daño moral provocado¹⁷⁵. Por otro lado, hay quienes sostienen que se trata de una indemnización sancionatoria, quedando en consecuencia pendiente la indemnización reparatoria del daño moral¹⁷⁶. Junto con este debate, se ha discutido la compatibilidad del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores con el despido indirecto -y si es posible asimilarlo al despido injustificado, indebido o improcedente, con sus respectivas consecuencias sobre las indemnizaciones que procedan, lo que se revisará más adelante.

Además, el legislador estableció que cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, y además ello sea calificado como grave mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones señaladas previamente, en cuyo caso éstas serán fijadas incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es menester señalar que la protección frente a los actos de discriminación del inciso segundo del artículo 485 excluye a los producidos en ofertas de trabajo; así, una carencia del procedimiento de tutela respecto a la discriminación en el empleo es que excluye la relación precontractual como ámbito de protección, a diferencia de la experiencia comparada que se ha revisado previamente.

Junto con ello, y como señala el profesor Palavecino, “el fin de la tutela laboral es reparatorio, y no preventivo, operando después de la práctica del hecho ilícito”¹⁷⁷; por su naturaleza la tutela no es

¹⁷⁴ Circular N° 67 de la Dirección del Trabajo, de 12 de junio de 2008.

¹⁷⁵ Gamonal, S. El daño moral en el artículo 489 del Código del Trabajo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII, Valparaíso (2016), pp. 307.

¹⁷⁶ Ugarte Cataldo, J. L. (2018), pp. 97.

¹⁷⁷ Palavecino Cáceres, C. (2014), pp. 38

inhibitoria, sino de remoción del ilícito, y especialmente el régimen de indemnización cumple una función disuasiva frente a la violación de bienes especialmente valiosos¹⁷⁸.

3.3. Sentencias que han acogido demandas de tutela judicial sobre no discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias.

3.3.1. Inspección Provincial del Trabajo de Santiago con TP Chile S.A.

La trabajadora del caso fue contratada el 14 de enero de 2007 por la empresa TP Chile, como agente de *call center*, bajo contrato indefinido. Con fecha 24 de septiembre de 2009 denunció ante la Inspección del Trabajo de Santiago estar siendo hostilizada hace varios meses por su religión musulmana por dos supervisores y una Jefa de Supervisores o PM¹⁷⁹, quien les habría dado orden a aquellos de molestarla para producir su salida del trabajo.

El hostigamiento y trato discriminatorio se produjo, como da cuenta el informe que se acompañó a la denuncia de la Inspección¹⁸⁰, a través del aislamiento de sus compañeros en su puesto de trabajo, del entorpecimiento del *break* o tiempo de descanso asignado a los agentes, de burlas e insultos de alta agresividad, trato y comentarios inapropiados sobre su religión por parte de los dos supervisores y PM, refiriéndose esta última a la trabajadora como “la perra musulmana” delante de sus compañeros de trabajo, entre otros calificativos despectivos, así también de burlas a su vestimenta -en particular, al *hiyab*-, la prohibición de realizar el saludo islámico a los clientes árabes, la no otorgación de implementos mínimos para trabajar, y diferencias en la exigencia de su desempeño respecto de sus compañeros (por ejemplo ingresándole llamadas para las cuales no se había capacitado), todo esto desde que comenzó a profesar la fe musulmana; indica también que el Gerente de Recursos Humanos estaba al tanto de los hechos, y nada hizo por solucionar el problema. La trabajadora manifestó que se vio afectada psicológicamente, debiendo acudir a un psiquiatra y recibir tratamiento farmacológico tras ser diagnosticada de un cuadro de trastorno depresivo mayor con crisis de pánico a causa del hostigamiento.

Frente a los sucesos descritos, la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago interpuso denuncia de los hechos en procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales en contra del empleador, actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y acompañando el informe de fiscalización correspondiente. Los derechos invocados por la Inspección Provincial del Trabajo para

¹⁷⁸ Gamonal, S. (2016), pp. 308-309.

¹⁷⁹ Por Project Manager, como se designaba en la empresa tal cargo.

¹⁸⁰ En virtud del **artículo 486 inciso cuarto del Código del Trabajo**. Fue confeccionado con posterioridad a la denuncia realizada por la trabajadora.

denunciar fueron: i) derecho a la integridad psíquica; ii) derecho y protección a la honra; iii) derecho a la no discriminación por religión (sic).

En tanto, las medidas de reparación propuestas en el informe fueron: carta de disculpas públicas a la trabajadora, un catálogo de buenas prácticas laborales en permanente disposición de los trabajadores, capacitación a Jefes de Supervisores y Supervisores en temas de respeto y buen trato, cambio de Jefe de Supervisores a la trabajadora vulnerada, apoyo económico de la empresa en su tratamiento psiquiátrico; y autorización para realizar el saludo islámico a clientes que manejen el idioma árabe.

Pese a que en la mediación celebrada entre ambas partes previo a la interposición de la demanda se avanzó en un acuerdo para de las consecuencias derivadas de las vulneraciones a los derechos de la trabajadora, incluso con la redacción de una carta de disculpas a la trabajadora, finalmente la empresa manifestó que no la indemnizaría por cuanto habían realizado una investigación interna con la PM y sus supervisores que dio como resultado la inexistencia de los hechos denunciados, manteniendo solo la medida de cambio de supervisor y PM que se había acordado en dicha instancia.

Como consecuencia, en la contestación de la demanda la empresa negó los actos de discriminación, aduciendo que, aun en caso de haberse producido, fue *por* sus compañeros y no *delante* de ellos. Además, señaló que no le constaba la religión profesada por la trabajadora, y que así también probablemente lo desconocían sus compañeros; y que las licencias médicas de la trabajadora habían sido presentadas con anterioridad a la denuncia.

En su razonamiento, el tribunal afirmó que no resultaba razonable que los vulneradores desconocieran la religión a la que adscribía la trabajadora afectada, frente a la declaración de testigos y de la misma trabajadora en el juicio que señalan esta última pidió permiso a su jefatura para estudiar árabe y para ausentarse o modificar su horario de salida para asistir a festividades religiosas, hecho conocido por sus compañeros, y de lo cual se desprende que la trabajadora no lo ocultaba; así también por haber sido vista con el vestuario típico (sic), y si bien el uso del *hiyab* se produjo posterior al ingreso a la empresa, en horario laboral usaba el velo en los hombros y se lo ponía al salir; máxime si la empresa señaló haber realizado una investigación interna respecto a la situación de la trabajadora.

De esta forma, se tuvo por establecido que las personas que profirieron los insultos y malos tratos ejercían cargos de jefatura en la empresa demandada, y la acreditación de hechos que constituyeron indicios o señales suficientes de un trato diferente a la trabajadora respecto de sus compañeros, “fundados específicamente en la religión que esta profesa, lo que se materializaba a través de los insultos que hacían referencia a su credo y el tratamiento que se le daba diariamente al hacer diferencias negativas en cuanto a la hora y consecuentemente la forma de su descanso, (...) sin

ningún fundamento legítimo para ello, todo lo cual le provocó una depresión severa¹⁸¹”. En este mismo sentido, señaló que “el informe de fiscalización por sí solo, al no haber sido desvirtuada su presunción legal de veracidad, deja en evidencia la falta de credibilidad de los deponentes de la demandada por cuanto 7 personas distintas a las que declararon en juicio, señalan que la trabajadora tenía problemas con las personas antes mencionadas¹⁸²”.

En su contestación, la empresa desconoció la jerarquía con la cual actuaban supervisores y la PM, señalando que, en el caso de haber existido insultos, estos habían sido proferidos *por* los compañeros de trabajo, y no *delante* de ellos. Aun si hubiese ocurrido así los hechos, declara el tribunal, a la empresa le corresponde el deber de protección del trabajador.

Durante el desarrollo del juicio la empresa demandada no alegó ni rindió prueba dirigida a justificar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por su jefatura -que como ya se señaló, se tienen por verídicas en virtud de la presunción legal de veracidad de los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo.

Finalmente, el tribunal señaló que “no resulta aceptable que la trabajadora de autos haya recibido órdenes diferentes a las de sus compañeros y que hubiera sido considerada conflictiva, por el sólo hecho de profesar una religión diferente, que en nada influyó en el desempeño de sus labores durante los 3 años que ha prestado servicios, salvo con la llegada de nuevos superiores que no toleraban el credo que una persona tenía y que el mismo le haya causado un estado emocional tal que la llevó a concurrir a un especialista que le diagnosticó depresión por ello¹⁸³”.

Así, el Primer Juzgado Laboral de Santiago acogió la demanda, declarando: i) que la empresa vulneró el derecho a la no discriminación por religión de la trabajadora; ii) el deber de cesar tal vulneración de forma inmediato, poniendo fin a los malos tratos verbales y diferencias existentes entre la trabajadora y el resto de los operadores telefónicos respecto al *break*, asignación de puesto de trabajo y forma de hacer su laboral, bajo el apercibimiento del artículo 492 del Código del Trabajo; iii) como medidas de reparación, la obligación de la empresa de: a) mantener la asignación de un nuevo supervisor y Jefe de Supervisor a la trabajadora; b) no asignar como jefes a aquellos que se ha señalado como los autores de los actos de discriminación; c) destinarlos a un lugar físico de trabajo diferente al de la trabajadora, y realizar las gestiones necesarias para evitar contacto entre ellos; d) realizar una capacitación no inferior a 6 horas cronológicas para todos los empleados de la empresa,

¹⁸¹ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de 26 de abril de 2010, RIT T-38-2010 “Inspección Provincial del Trabajo con TP Chile S.A.” (Considerando Décimo Cuarto)

¹⁸² *Ibíd.* (Considerando Décimo Quinto)

¹⁸³ *Ibíd.* (Considerando Décimo Séptimo)

a fin de desarrollar competencias para un trato adecuado y respetuoso entre pares y subordinados, especialmente respecto al artículo 2 inciso cuarto del Código del Trabajo, dentro del plazo de 3 meses desde la ejecutoria de la sentencia; e) la publicación en los diarios murales de la empresa una carta de disculpas a la trabajadora afectada, reconociendo la existencia de actos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales, adjuntándola también a la liquidación de remuneraciones de todos los trabajadores; f) la remisión a Vodafone – a quien prestaba servicios la empresa TP Chile- de copia de la sentencia definitiva; g) solucionar la suma total de \$5.000.000 por concepto de indemnización por daño moral, más reajustes e intereses; iv) multa de 60 UTM para el empleador por haber vulnerado el artículo 5 del Código del Trabajo; v) finalmente, se condenó en costas a la demandada.

Resulta interesante que, tanto la denuncia de la trabajadora ante la Inspección del Trabajo como la denuncia realizada en procedimiento de tutela laboral, fueron realizadas durante la vigencia del contrato de trabajo de la empleada afectada. La sentencia del tribunal abarca esta situación disponiendo el cese del contacto entre trabajadores vulneradores y la afectada.

Así también se destaca que el tribunal ordenó el pago de una indemnización por daño moral por haberse visto la trabajadora “afectada por los insultos y discriminación ejercida en su contra, traducándose aquello un padecimiento que alteró su salud psíquica y le produjo sufrimiento, aflicción e impotencia de verse expuesta a tales acciones¹⁸⁴”, en un monto discrecional que no había sido solicitado específicamente por la Inspección más allá de lo propuesto como medida de reparación sobre un apoyo económico para el tratamiento psiquiátrico de la trabajadora. La fundamentación de esta indemnización se encuentra en el artículo 495 N°3 del Código del Trabajo.

Si bien el fallo no profundiza en el tema en términos jurisprudenciales, refiriéndose solo de forma tangencial a los principios de igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria en la legislación nacional e internacional, señalando que “aquello buscado por el legislador es la protección de la dignidad del trabajador, fundado en la no diferenciación arbitraria e injusta de aquel en el trato al interior de la empresa, teniendo derecho a un tratamiento igual al de sus compañeros, que se encuentren en similares condiciones, no pudiendo ser un eje de distinción negativa el credo que profesa aquel, como ha ocurrido en el caso de autos”; resulta importante destacarlo en cuanto es la primera sentencia en que se acoge la demanda en que específicamente se invoca la no discriminación por motivos de religión o de creencias en nuestro país, condenando al empleador a la adopción de una serie de medidas para terminar con el trato discriminatorio en el ámbito del trabajo.

¹⁸⁴ *Ibíd.* (Considerando Décimo Noveno)

3.4. Sobre otros mecanismos y vías de protección.

3.4.1. Acción de protección

Esta acción cautelar particular para los derechos fundamentales se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Constitución¹⁸⁵, y su ejercicio corresponde a cualquiera que vea amenazados o perturbados mediante una acción u omisión los derechos que resguarda, tanto contra sujetos públicos como privados. Antes de la incorporación del procedimiento de tutela laboral en nuestro país, el resguardo de los derechos fundamentales de los trabajadores se consagraba por esta vía ordinaria del derecho constitucional.

Dentro de las críticas que se han realizado a esta acción en el marco de la protección del trabajador, se encuentran la construcción jurídicamente neutra del recurso de protección frente a la relación de poder que deriva del contrato de trabajo; su ineficacia frente a la necesidad de la declaración de nulidad de actos lesivos y del pago de indemnizaciones al afectado; la imposibilidad de recurrir frente al artículo 19 N°16 inciso tercero -la no discriminación en el trabajo-; y, finalmente, la inestabilidad en el empleo que se genera para el trabajador que tiene una relación laboral vigente¹⁸⁶.

Respecto a esta vía de protección, es necesario hacer una breve revisión fuera del ámbito laboral a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°132.162-2013 y su revocación por la Corte Suprema, Rol N°1720-2014, para conocer la posición de la jurisprudencia respecto a la ponderación del derecho a la libertad religiosa frente a otros derechos fundamentales.

En este caso, dos estudiantes universitarios deducen recurso de protección ante la negativa de su casa de estudios de reprogramar dos exámenes solemnes calendarizados para un sábado, el que según su religión adventista constituye el día de descanso semanal, para ser rendidos en día distinto a este. Para la Corte de Apelaciones, que acogió el recurso, la no modificación de la fecha fue arbitraria y afectó la igualdad ante la ley, ya que “al no darse razón alguna, aparece que es solo el exceso de rigor

¹⁸⁵ **Artículo 20 Constitución Política de la República:**

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

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

¹⁸⁶ Ugarte Cataldo, J. L. (2018), pp. 47-48.

reglamentario el que provoca una situación que perjudica a los recurrentes¹⁸⁷”; sobre la libertad religiosa no se refiere, por cuanto “no existen antecedentes que permitan inferir que la situación denunciada por los recurrentes tuviera por origen la fe que ellos profesan o que por esta vía se pretendiere limitar su derecho a consagrarse a su culto¹⁸⁸”; el análisis de la Corte de Apelaciones se basa en que no vio una intención de vulnerar la libertad religiosa de los estudiantes, pero omite que la vulneración a derechos fundamentales no solo puede producirse donde existe una intención, sino que también cuando el resultado –independiente de la intención– los vulnera¹⁸⁹. En segunda instancia la Corte Suprema revocó el fallo considerando que el derecho de libertad religiosa “debe compatibilizarse con las situaciones académicas y contractuales que estos decidieron libremente asumir¹⁹⁰”, no habiendo incurrido la Universidad en ilegalidad o arbitrariedad por cuanto su decisión de no modificar las solemnes se ajustó a la aplicación de los reglamentos y programas académicos que rigen para todos los estudiantes. La Corte Suprema en el presente caso no presentó un análisis de proporcionalidad en orden a verificar si la calendarización del examen para un sábado era la medida menos lesiva para el ejercicio del derecho¹⁹¹.

3.4.1.1. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°460-2014, sentencia de 4 de abril de 2014.

Un segundo caso, esta vez en el marco de una relación laboral, es de un funcionario de la Policía de Investigaciones (PDI) quien fue sancionado con una medida disciplinaria por ausentarse de sus labores un sábado¹⁹². El trabajador justificó dicha ausencia en razón de que su jornada fue modificada incluyendo este día tras 8 años de servicio en la institución, no siendo para él posible cumplirla al profesar el credo de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, habiendo planteado a su superior jerárquico la problemática que le generaba concurrir a prestar servicios el día sábado, y proponiéndole cumplir funciones el día domingo en compensación, accediendo dicha jefatura y luego cambiando de opinión, manteniendo la orden. Esta situación es negada en informe emitido por la institución recurrida, que señala que jamás el trabajador informó a su jefe directo ser miembro de la Iglesia Adventista con anterioridad a las nuevas instrucciones respecto a horario de trabajo impartidas, tampoco existiendo

¹⁸⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 2 de enero de 2014, Rol de ingreso N°132.162-2013 “Sarabia Álvarez Alexander y otra con Fernando Fuentes B, director Carrera Odontología de la Universidad San Sebastián (Considerando Quinto).

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile 2014 (en línea) <<https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/INDH-2014-Final.pdf>> pp. 163

¹⁹⁰ Corte Suprema, en sentencia de 11 de marzo de 2014, Rol de ingreso N°1720-2014 “Sarabia Álvarez Alexander y otra con Fernando Fuentes B, director Carrera Odontología de la Universidad San Sebastián” (Considerando Cuarto).

¹⁹¹ Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile 2014, pp. 163

¹⁹² La resolución que resolvió sancionar al trabajador señaló como causales: falta de respeto a los superiores, negligencia o descuido en el cumplimiento de las disposiciones superiores, e inasistencia o abandono de los servicios ordenados.

constancia de ello en su hoja de Vida Anual, ni existiendo solicitud por escrito conforme al Reglamento de Disciplina de la institución, en caso de ordenes ilegales o antirreglamentarias¹⁹³. La Corte de Apelaciones de Valparaíso concluyó que “no se ha vulnerado el derecho que le asiste al recurrente de practicar y manifestar el culto religioso que profesa, cuestión que la propia Policía de Investigaciones en su Reglamento de Asistencia Religiosa reconoce al establecer en su artículo 4 que ‘todos los miembros de la Policía de Investigaciones de Chile y su grupo familiar tienen derecho a profesar y practicar el credo o creencia religiosa que deseen, o ninguna libremente’. En efecto, la situación que se ha originado respecto al recurrente quien ha sido sancionado por su superior jerárquico, no dice relación con un impedimento para desarrollar y practicar su religión, **sino con haber actuado al margen de los procedimientos establecidos en la Institución a la cual pertenece desde hace varios años, para justamente haber logrado eliminar las trabas, que estimó le afectaban para asistir al culto el día sábado**¹⁹⁴”; en este sentido, no se realizó conducta alguna con el objeto de privar al recurrente de su derecho a ejercer su culto, manteniendo la Corte el criterio de estimar que no basta con el mero conflicto entre el día de descanso semanal por motivos religiosos y la existencia de otras obligaciones ese día, en tanto estas no persigan la privación o perturbación del libre ejercicio del credo. En cuanto a la armonización entre ambas obligaciones, aparentemente para la Corte es suficiente la existencia de un procedimiento formal para manifestar estos obstáculos¹⁹⁵.

3.4.2. Despido indirecto o auto despido.

El despido indirecto del artículo 171 del Código del Trabajo es una institución que tiene por fin la protección del contratante cumplidor y la protección de los derechos fundamentales del trabajador, facultándolo para poner término al contrato de trabajo ante ciertas causales imputables al empleador: las del artículo 160 N° 1 (conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas), 5 (actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten la seguridad o al funcionamiento del establecimiento) y 7 (incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato), respecto a las cuales el trabajador puede accionar solicitando el pago de las indemnizaciones del artículo 162, aumentadas entre un 50% y 80%, y las del artículo 163, según corresponda.

¹⁹³ Es del caso señalar que, como se desprende del relato de los hechos del recurso, al no concurrir a trabajar, y trasladándose tres funcionarios policiales hasta la Iglesia donde se encontraba, al trabajador se le ordenó subir a un carro policial para retomar su horario laboral y dar explicaciones escritas, negándose este, e indicando que le había avisado a su jefatura que no podía asistir a trabajar los sábados, y dando cuenta escrita el día lunes de su ausencia.

¹⁹⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 4 de abril de 2014, Rol de ingreso N°460-2014 (Considerando Décimo)

¹⁹⁵ Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile 2014, pp. 163.

En este sentido, se ha discutido en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la compatibilidad del despido indirecto con el procedimiento de tutela de derechos fundamentales¹⁹⁶, cuya importancia radica: i) en la forma de interposición y el cúmulo -y sanción de renuncia- de acciones del inciso final del artículo 489¹⁹⁷, es decir, si puede asimilarse el despido indirecto al despido injustificado, indebido o improcedente, y su consecuencia para el cálculo de la indemnizaciones que procedan y la nulidad del despido de los incisos quinto y séptimo del artículo 162; y ii) en la procedencia de la indemnización adicional que el procedimiento de tutela contempla en el artículo 489 inciso tercero - cuya naturaleza, como se ha señalado anteriormente, también es discutida.

Contempla además el legislador un régimen indemnizatorio especial y simultáneo con esta acción tratándose de la aplicación de las causales de falta de probidad, conductas de acoso sexual y de acoso laboral del numeral primero del artículo 160.

Así, el contenido ético-jurídico de que está dotado el contrato de trabajo permite señalar que el empleador que ha incumplido gravemente las obligaciones del trabajo, que ha incurrido en conductas de acoso laboral (incluida su vertiente horizontal), o que ha vulnerado los derechos fundamentales del trabajador (como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y la libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y al libre ejercicios de todos los cultos), e incluso en casos de modificación unilateral de las estipulaciones del contrato que importen una alteración sustancial de sus condiciones, es responsable de infringir el deber general de protección eficaz de la vida del trabajador del artículo 184 del Código del Trabajo, sea por acción o por omisión.

Así, si un trabajador fuera discriminado a causa de su religión o creencia podría acogerse a la figura del despido indirecto y poner término unilateralmente a su contrato de trabajo, con fin de acceder a las indemnizaciones por término del contrato, los recargos que la ley establece para el caso, además de, en caso de sostener la compatibilidad de esta acción con el procedimiento de tutela, la indemnización adicional del artículo 489 en su vertiente sancionatoria o reparatoria.

¹⁹⁶ Véase: Rodrigo Silva, C. Compatibilidad entre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el despido indirecto. Revista de Derecho, Vol. XXVIII N°2, Valdivia (2015).

¹⁹⁷ **Artículo 489 inciso final del Código del Trabajo:**

Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral de que trata este Párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. En este caso no será aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 488. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia.

Por su naturaleza, esta vía no resulta útil para aquel trabajador que no quiera poner fin a la relación contractual, y que más bien busque poner fin a los actos de acoso o discriminatorios, en su caso, para lo cual podría recurrir a las otras vías de protección señaladas.

3.4.3. Despido por causal de caducidad del artículo 160 número 1 letra f) del Código del Trabajo

Esta causal de término del contrato de trabajo, que no da derecho a indemnización alguna, puede ser aplicada al acosador en caso de conductas de acoso laboral. Así entonces se proyectaría como una sanción al acosador, cuando se trate de un ilícito de resultado: que el despido se produzca sin derecho a indemnización puede entenderse como una sanción pública para evitar la conducta.

Por la naturaleza de la acción, no contempla medidas para el trabajador acosado, más allá de la exclusión del trabajo del acosador.

Para los profesores Caamaño y Ugarte, si bien un comportamiento de acoso laboral implica una conducta grave reprochable a través del despido, la incorporación de esta causal en el artículo 160 N°1 implica una dificultad adicional atendido el tenor de la norma: debe tratarse de una conducta indebida de carácter grave, y debe ser debidamente comprobada; junto a lo anterior, no existen mecanismos de prevención al interior de la empresa, a diferencia por ejemplo de la reforma que sancionó el acoso sexual¹⁹⁸.

3.4.4. Acción civil de Indemnización de Perjuicios

Como ya se revisó, el afectado tiene la facultad de accionar por incumplimiento del contrato de trabajo, al ser empleador garante de la vida y salud de los trabajadores. Al no existir en el Código del Trabajo normas especiales, puede recurrirse a las normas del Código Civil respecto a la reparación integral del daño -en este caso, derivado de la infracción de derechos fundamentales- de los artículos 2315 y 2329 del Código Civil, aplicando el estatuto de responsabilidad contractual o extracontractual dependiendo del vínculo entre el trabajador afectado y el empleador u otro trabajador, siendo relevante esta distinción para determinar la competencia del tribunal, laboral o civil respectivamente (en caso de no redirigir este último caso a la infracción del deber general de protección eficaz de la vida y salud de los trabajadores por parte del empleador).

¹⁹⁸ Caamaño Rojo, E., Ugarte Cataldo, J. L. (2014), pp. 69

Ciertamente la desventaja de esta opción es que por su naturaleza solo procede después de producido el daño, no aportando en la discusión respecto a la prevención de la discriminación y de acciones vulneratorias del derecho a la libertad de religión en el ámbito del trabajo¹⁹⁹.

Junto con lo anterior, se revisó en el primer capítulo la Ley N° 20.609 que Establece medidas contra la Discriminación, señalando que del tenor literal del artículo 12 se desprende que el tribunal podría estimar y decretar una indemnización como providencia necesaria para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Igualmente, debe tenerse presente la incompatibilidad de la acción de no discriminación con el procedimiento de tutela laboral y la acción de protección al momento de elegir la vía por la cual se busque dar protección al trabajador discriminado.

3.4.5. Reglamento interno de orden, higiene y seguridad

Este reglamento, exigible cuando la empresa cuenta con 10 o más trabajadores contratados permanentemente, debe contener las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la empresa o establecimiento, como señala el artículo 153 del Código del Trabajo. Este último señala en su inciso segundo que *“especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”*. Esto, en conjunto con el deber del artículo 2 del Código, de fundar las relaciones laborales en un trato compatible con la dignidad, nos lleva a que en este reglamento se estipule la prohibición de discriminación basada, entre otros, en motivos de religión o de creencias; pero más allá de una fórmula que repita la normativa ya referida anteriormente, de la indicación genérica de la toma de medidas necesarias para que los trabajadores laboren en condiciones acordes a su dignidad, más bien a través del establecimiento de la obligación de la empresa a no discriminar por motivos de religión o creencias, señalando cómo se garantiza este ambiente laboral digno, y especialmente respecto a su prevención, y de la promoción del respeto a la diversidad cultural y religiosa²⁰⁰.

¹⁹⁹ Dighero Eberhard, A. (2014), pp. 185.

²⁰⁰ Algunos reglamentos establecen la prohibición de desarrollar durante las horas de trabajo, dentro de las oficinas y dependencias, actividades sociales, políticas o religiosas, constituyendo falta grave a las obligaciones que impone el contrato de trabajo, cuya infracción implica sanciones como la amonestación, multa o despido. Véase (En línea) <http://inafhost.inaf.cl/wp-content/uploads/2017/08/12-REGL.-INTERNO-DE-ORDEN-HIGIENE-Y-SEGURIDAD.pdf> (consulta 30 de marzo de 2019). Otros, establecen la prohibición de propaganda religiosa. Véase (En línea) <http://www.rosselot.cl/rrhh/wp-content/uploads/sites/8/2014/08/Reglamento-EMPRESA-INVERROSS-2017.pdf> (consulta 30 de marzo de 2019). Otros, establecen como derecho de los trabajadores la libertad para participar en actividades cívicas, políticas o religiosas, y el trato digno y a no ser objeto de conductas hostiles ni discriminatorias por condición asociada a religión; y por contrapartida, la obligación del empleador de procurar las condiciones para evitar la concurrencia de hechos discriminatorios en desmedro de trabajadores en cuanto a su religión y el respeto a la libertad de conciencia, manifestación de creencias y el ejercicio libre de todos los cultos. Véase (En línea)

Las sanciones para el caso de no contener el reglamento interno normas para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores corresponde a una infracción grave, y está sancionado con multas desde 9 hasta 40 U.T.M, dependiendo la cantidad de trabajadores²⁰¹.

3.4.6. Acomodación razonable

Como señala el profesor argentino Juan Martín Vives, en Latinoamérica la acomodación razonable por motivos religiosos es un concepto relativamente nuevo, derivado del derecho a la igualdad y del derecho a la libertad religiosa. En nuestro país, por su parte, bien pudiera desprenderse a partir del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, emanado de disposiciones del derecho común²⁰², y en que la naturaleza de la prestación personal y de la relación del trabajo implica una comunidad jurídico personal que engendra deberes que contribuyen a delimitar la forma en que se debe llevar a cabo el contrato, que comprende desde el punto de vista del trabajador los deberes de fidelidad, lealtad, secreto profesional, diligencia y colaboración, y desde el punto de vista del empleador los deberes de respeto a la persona y dignidad del trabajador, el deber general de protección, y de ocupación efectiva y adecuada, entre otros²⁰³.

La importancia de este concepto es que genera una obligación real y positiva para los empleadores de asegurar igualdad sustantiva para sus trabajadores, trascendental para la prevención y resolución de conflictos al converger la creencia religiosa del trabajador y reglamentos o requerimientos organizacionales de la empresa²⁰⁴; es propiamente tal una técnica legal, que busca conciliar estos dos aspectos, proveyendo de un trato igualitario a aquellos que “por un rasgo inherente (como la religión) se encuentran privados del disfrute de bienes socialmente accesibles (como el trabajo)”²⁰⁵. De todas formas, este no se encuentra restringido a determinado campo de la vida social, ya que puede aplicarse a diversos ámbitos, como la educación o servicios públicos, y a otros grupos de riesgo, como la discapacidad, edad o raza.

La técnica, como se ha señalado en capítulos anteriores, tiene su origen en el derecho anglosajón, se ha desarrollado por vía jurisprudencial y radica en una obligación jurídica derivada del derecho a la

<<https://vaf.ucv.cl:8443/Circulares/archivo?codNivel=0001302000&codDcto=00013020001302081346&type=doc>> (Consulta 30 de marzo de 2019). Otros, establecen la prohibición de la realización de “actividades religiosas” durante las horas de trabajo, sin la expresa autorización de su jefe directo. Véase (En línea) <http://www.conchali.cl/portal_coresam/Pdf/PROYECTODEREGLAMENTOINTERNODEORDENHIGIENEYSEGURIDADCORESAM2018.pdf> (consulta 30 de marzo de 2019).

²⁰¹ Departamento de Inspección de la Dirección del Trabajo. Tipificador de hechos infraccionales y pauta para aplicar multas administrativas, 20 de marzo de 2019. (En línea) <https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-108710_recurso_1.pdf> (consulta 30 de marzo de 2019), pp. 63.

²⁰² **Artículos 1546 y 1444 del Código Civil**

²⁰³ Thayer Arteaga, W., Novoa Fuenzalida, P. Manual de Derecho del Trabajo, 5ª ed. Actualizada, Santiago (2007), pp. 113.

²⁰⁴ Vives, J. M. (2017), pp. 27.

²⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 8.

no discriminación, consistente en tomar medidas razonables para armonizar una acción o inacción con una determinada demanda de ejercer un derecho, a menos que ello cause una carga excesiva²⁰⁶.

Resulta relevante especialmente en los casos de discriminación indirecta, más sutil que la directa, y donde los efectos adversos en relación con normativas aparentemente neutrales son más latentes. En el ámbito del trabajo, “la correcta comprensión del principio de no discriminación implicará asegurar a todos los trabajadores la irrelevancia de sus creencias religiosas (o de la ausencia de éstas) en los momentos de la contratación, de la ejecución de la prestación pactada y de la extinción de la relación laboral²⁰⁷”.

Como señala el profesor Vives, “el espíritu de la acomodación razonable es compeler al empleador para que haga un esfuerzo por resolver el conflicto entre la práctica religiosa de uno de sus empleados y un requisito del empleo. Si esa solución no pudiera ser alcanzada fácilmente, tanto el derecho del empleador como el del empleado deberían ser equilibrados²⁰⁸”. El procedimiento que busca balancear los intereses en juego, en términos generales -con algunas diferencias dependiendo del país- consiste para el trabajador probar la viabilidad del caso, demostrando la sinceridad de la creencia y el tratamiento adverso al que ha sido sometido a causa de ella. Luego, es carga del empleador probar que ha realizado esfuerzos de buena fe para acomodarse a la práctica religiosa del trabajador, pero que le ha resultado imposible sin que le acarree un perjuicio excesivo, o dificultad o gasto significativo. Respecto a esto último, las limitaciones para la acomodación recaerían en la posibilidad efectiva de hacer esos ajustes, y el hecho de que hacer esos ajustes no produzca un costo excesivo, además de considerar la eficiencia del negocio, la perturbación del lugar de trabajo, la alteración de la producción, el tamaño de la empresa, la duración y alcance de la acomodación, y los derechos de los demás trabajadores.

La dificultad de replicar esta técnica en nuestro país se encuentra en la falta de disposición legal específica que la contemple, a diferencia de Canadá y Estados Unidos, que se caracterizan por pertenecer a la tradición jurídica del *common law*, basada principalmente en las decisiones adoptadas por la jurisprudencia -a diferencia del sistema de fuentes en el derecho chileno- lo que no ha sido impedimento para que esta técnica sea reconocida por sus respectivas legislaciones. Sin perjuicio de

²⁰⁶ Vives, J.M. La acomodación razonable de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al derecho argentino. Suplemento de Derecho Constitucional, Revista La Ley N° 4 (2012), pp. 1.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ D. Brierton, T. “Reasonable accommodation” under Title VII: Is it reasonable to religious employee? The Catholic Lawyer, Vol. 42 N° 2 (2002), pp. 191 [En Vives, J. M. (2017), pp. 27].

esta diferencia, la clasificación las distintas familias del derecho no restringe la aplicación de sus conceptos a otros sistemas legales²⁰⁹.

Finalmente, hay autores en nuestro país que se han referido expresamente a esta técnica, señalando que “aun persistiendo una incompatibilidad entre el ejercicio de la libertad religiosa y el pacto laboral voluntariamente celebrado por el trabajador, el empleador se encuentra en la necesidad de realizar una *acomodación razonable* del sistema organizativo, partiendo de la base que el trabajador no está obligado a efectuar tareas contrarias a sus creencias religiosas sin que antes el empleador le ofrezca una solución adecuada²¹⁰”. Entonces, siempre que esta adecuación supere el test de proporcionalidad, no se aprecia inconveniente en su aplicación.

3.4.7. Buenas prácticas laborales

Las buenas prácticas laborales (BPL) pueden definirse como una “experiencia de carácter colectivo que, en el marco del respeto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, puede ser calificada como exitosa para garantizar el bienestar de los trabajadores y el progreso de las empresas, mejorando el nivel de relaciones internas, garantizando condiciones adecuadas de trabajo y empleo, facilitando el incremento de la productividad y el salario y desarrollando una cultura de concertación puesta en marcha por el acuerdo de trabajadores y empleadores; es decir, facilitando un trabajo decente²¹¹”.

Así, instrumentos internacionales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas señalan la importancia del mejoramiento de la practicas empresariales en áreas como derechos humanos y estándares laborales, este último a través del establecimiento de principios universales, como por ejemplo que las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente dentro de su ámbito de influencia, que deben asegurarse que no son cómplices de la vulneración a estos derechos, y que deben apoyar la abolición de prácticas de discriminación en el empleo y ocupación.

La iniciativa de implementar las BPL es voluntaria por parte de las empresas. El Estado valora su implementación a través de sellos, premios y acreditaciones que diferencian a las empresas que

²⁰⁹ Vives, J. M. (2017), pp. 28.

²¹⁰ Irueta Uriarte, P. Situación legal de las personas que prestan servicios a una entidad religiosa. Revista chilena de Derecho, vol. 40 N° 2 (2013), pp. 497.

²¹¹ Flores Saavedra, P., Fuentes Bello, D. y Mujica Gaete, S. Los beneficios de las buenas prácticas laborales en las empresas. (Tesis seminario de título Ingeniería Comercial, mención Administración) Facultad de Economía y Negocios Universidad de Chile. (2009), pp. 7.

cumplen con las normas laborales y las que aportan un incentivo al incluirlas²¹²; lo mismo realizan algunas fundaciones²¹³.

En nuestro país, existe un Código de BPL sobre no discriminación para la Administración Central del Estado, el que puede ser adoptado voluntariamente por las empresas privadas. Dentro de sus objetivos se encuentra la voluntad del Estado, en su rol de empleador, de impulsar políticas y medidas contra la discriminación y que tiendan a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo en el sector público, generar o garantizar condiciones que promuevan la igualdad de oportunidades asegurando la vigencia del principio de no discriminación, fomentar y favorecer el desarrollo de políticas de recursos humanos destinadas fundamentalmente a prevenir y erradicar discriminaciones directas e indirectas²¹⁴.

²¹² Carrasco Oñate, C. Experiencias de buenas prácticas laborales en empresas de la Región Metropolitana. Cuaderno de Investigación 57, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo (2015), pp. 7.

²¹³ Por ejemplo, la fundación Carlos Vial Espantoso, que evalúa y reconoce cada año a las empresas que mantienen relaciones laborales de excelencia a través de los premios Carlos Vial Espantoso y Gestión Preventiva ACHS, además de propender a la formación de líderes laborales con el fin de fomentar la confianza y colaboración.

²¹⁴ Código de Buenas Prácticas Laborales Sobre No Discriminación para la Administración Central del Estado, SERNAM. (En línea) <<http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2011/01/C%C3%B3digo-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-Laborales.pdf>> (consulta 03 de abril de 2019).

CAPITULO IV: ANALISIS CRÍTICO DE LA REGULACION EN MATERIA DE DISCRIMINACION POR MOTIVOS DE RELIGION O CREENCIAS.

4.1. Diagnóstico y evaluación de la problemática.

En el desarrollo de la sociedad actual, global y plural, nos enfrentamos a un nuevo paradigma: de la vida conforme a las propias creencias religiosas, dejando atrás a la libertad religiosa como mera ausencia de persecución violenta. Uno de los factores que explican el cambio en Latinoamérica de la unanimidad religiosa que se mantuvo por más de 400 años es el declive del catolicismo, a través de la apertura más reciente a un proceso de secularización en la identificación religiosa.

Uno de los diversos aspectos en los cuales puede revelarse este vivir conforme a las propias creencias es el trabajo, ámbito donde en el individuo confluyen la faceta de creyente y de trabajador o de empresario, y los posibles conflictos entre la manifestación de la religión -a través de las prácticas u observancias religiosas- y la imagen y libertad de la empresa y de otros trabajadores. El contrato de trabajo implica en esencia una prestación personalísima por parte del trabajador, donde sus derechos fundamentales se ven influidos por la organización productiva, a la vez que no se sigue de su suscripción suspensión ni pérdida de los derechos de ciudadanía.

Para algunos autores la libertad religiosa del trabajador se agota en realidad en un derecho de igualdad y no discriminación por motivos religiosos, pero no comprende el derecho a exteriorizar y cumplir todo lo que la propia religión prescribe²¹⁵. El trabajador con convicciones religiosas, según esta posición, solo puede disfrutar en la relación laboral de la tutela antidiscriminatoria y del derecho a la libertad religiosa en su sentido negativo, sin consideración a su vertiente positiva. Pareciera que el trabajador creyente solo tuviera dos opciones: hacer una carrera profesional o hacer una vida, no pudiendo hacer confluir vida personal y trabajo, prescindiendo de la empresa como un ser social.

La cuestión radica en si al trabajador que profesa cierta religión o creencia le asiste el derecho a que sean modificadas las condiciones de trabajo según cada caso particular para que se ajusten al derecho de libertad religiosa, y si le asiste, el momento o instancia en que estas modificaciones deben ser solicitadas o planteadas, además del procedimiento por el cual debería realizarse la solicitud, y si existen tales regulaciones. En nuestro país no se encuentra delimitado el derecho a la libertad religiosa en el trabajo de forma de otorgar específicamente dicha facultad, como se ha analizado existe en otros países, sea a través de leyes específicas para cada religión minoritaria, sea a través de técnicas como la ponderación, adecuación, postergación, modulación, acomodación razonable u otras disponibles,

²¹⁵ Lasaosa Irigoyen, E. Incidencia de las libertades ideológica, religiosa y de culto en el contrato de trabajo. [En Toledo Oms, A. (s/f), pp. 579].

siendo discrecional a las empresas regular su ejercicio y delimitación a través de cada reglamento interno -RIHS o RIOHS- o del procedimiento formal que exista en cada empresa para manifestar los obstáculos que el cumplimiento de la obligación de la práctica u observancia de la creencia o de la religión presenta para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, como ha señalado la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia de la causa Rol N°460-2014.

En definitiva, como describe Toledo Oms, “el problema no está en el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa en la relación de trabajo en sí, de forma abstracta, que nadie niega; sino en su aplicación práctica, es decir, en la fijación de sus límites, la forma en que se exterioriza realmente en la prestación laboral (...) si la libertad religiosa no diera derecho a alterar las condiciones de trabajo sería como no reconocer directamente la vigencia del derecho, (...) lo que se le reconoce formalmente se le niega desde un prisma material²¹⁶”

En este sentido resulta importante destacar que no solo las acciones son transgresoras de derechos fundamentales como lo es la libertad religiosa del artículo 19 N°6 de la Constitución, sino que también la omisión, no permitiendo su máxima extensión a través de su ejercicio positivo, ponderándolo con otros derechos, bienes e intereses implicados y estableciendo los límites estrictamente necesarios sobre su extensión.

En una encuesta realizada por Universia para Iberoamérica en marzo de 2015, el 81% de los participantes aseguró ser creyente, y del total un 30% señaló no poder hablar abiertamente de sus creencias religiosas en su trabajo o entorno social. En nuestro país un 22% declaró no poder hablar abiertamente de religión²¹⁷.

Respecto al problema de la discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias en Chile, entre los años 2010 y 2012 fueron realizadas 5 denuncias ante la Dirección del Trabajo por acoso laboral por vulneración de la libertad de conciencia, 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 público²¹⁸; entre los años 2012 y 2019, se realizaron 10 denuncias, siendo 3 de ellas en el transcurso del 2019²¹⁹. Estos números reflejan que la problemática no ha sido mayormente discutida en sede judicial y administrativa laboral, o bien que no se ha invocado directamente los motivos religiosos o de creencias a la hora de recurrir a ella.

²¹⁶ Toledo Oms, s/f, pp. 585.

²¹⁷ Disponible (En línea) en <<https://www.trabajando.com.ar/contenido/noticia/1428678958/Libertad-de-culto-en-Iberoamerica.html>> (consulta 07 de abril de 2019).

²¹⁸ Baltera Santander, P. (2014), pp. 84.

²¹⁹ Estadística obtenida a través del Sistema Integral de Información y Atención Ciudadana (SIAC) de la Dirección del Trabajo, en virtud de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, solicitud N°CAS-17259-H9H1J7

4.2. Desafíos en la regulación

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Ferrajoli llama garantías primarias a estas obligaciones y prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos. Ambas garantías no solo son a menudo transgredidas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas²²⁰.

Si bien los derechos fundamentales inespecíficos -entre los cuales se encuentra la libertad religiosa- son reconocidos en la relación laboral, las normas antidiscriminatorias protegen parcialmente dicho derecho en sede laboral, no habiendo sido desarrollado por la normativa laboral más allá de las garantías secundarias señaladas por Ferrajoli.

En otras palabras, falta aún por determinar en nuestro país cuál es la vigencia del derecho de libertad religiosa en el contexto de la relación laboral; se reconoce la eficacia del derecho, pero no su extensión, ni que facultades otorga. Si bien existe suficiente material normativo para reconocer su aplicación en el marco de la relación laboral, recayendo sobre los órganos jurisdiccionales la responsabilidad de reconocer la potencialidad de tal derecho, falta aún por garantizar y promover por otras vías su utilidad y eficacia, de la forma que se ha recogido en la experiencia comparada, especialmente en la etapa precontractual y durante la vigencia del contrato de trabajo.

4.3. Propuestas y soluciones

La *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) en Estados Unidos ha diseñado y establecido algunas prácticas adecuadas para erradicar la discriminación religiosa en el lugar de trabajo, a través de sus *Best practices for eradicating religious discrimination in the workplace*, que parece a bien señalar como propuestas para el completo desarrollo y reconocimiento del derecho a la no discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias.

Respecto al **trato desigual** (*disparate treatment*) basado en la religión, y con el fin de reducir el riesgo de decisiones discriminatorias en el trabajo, para asegurar un trato no discriminatorio *ex ante* y para reducir el riesgo de demandas por discriminación religiosa, algunas prácticas adecuadas para el empleador son: el establecimiento de criterios objetivos escritos para evaluar candidatos a contratar o ascensos, y aplicarlos de manera constante a todos los candidatos; realizar las mismas preguntas a todos los postulantes al dirigir entrevistas de trabajo, limitándose a preguntar sobre materias

²²⁰ Ferrajoli, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, Madrid (2007), pp. 26.

directamente relacionadas con el puesto en cuestión; el registro oportuno de los motivos comerciales precisos que motivan acciones disciplinarias o relacionadas con el rendimiento, y compartir dichas razones con los trabajadores afectados; para cuando las decisiones de gestión requieren del ejercicio de un juicio subjetivo, capacitar al personal directivo inexperto, alentándolos a consultar con los más experimentados o con personal de recursos humanos al enfrentarse a problemas difíciles; al enfrentarse con preferencias de clientes, como por ejemplo a una reacción adversa a ser atendido por cierto trabajador debido a su atuendo religioso, debería considerar involucrarse directamente y educar a los clientes respecto a cualquier percepción errada que puedan tener, y a la legislación atingente.

Respecto al **acoso u hostigamiento por motivos religiosos**, algunas prácticas adecuadas del empleador son: el manejo de una política antidiscriminatoria bien publicada y aplicada uniformemente que i) cubra el hostigamiento por motivos religiosos; ii) explique claramente qué está prohibido; iii) describa procedimientos para que la jefatura centre su atención en el acoso y contenga garantía de que los demandantes serán protegidos contra represalias. Los procedimientos deberían incluir un mecanismo de quejas que incluya varios caminos para denunciar, investigaciones rápidas, rigurosas e imparciales, y acciones correctivas rápidas y apropiadas. Además de ello, permitir la expresión religiosa entre trabajadores en la misma extensión que se permiten otro tipo de expresiones personales que no sean hostigosas o perturbadoras; tomar medidas para conciliar la objeción de determinadas instrucciones, porque incluso conductas que no considere como abusivas pueden volverse lo suficientemente graves o generalizadas para afectar las condiciones del trabajo si se permite que persistan frente a la objeción del trabajador; en el caso del subcontrato, si el acoso es cometido por un trabajador asignado por un contratista, el supervisor u otra persona en la cadena de mando debería propiciar un encuentro con el contratista, exigiendo el cese del acoso y la adopción de las acciones disciplinarias correspondientes si éste continua, o que una persona distinta sea asignada por el contratista; intervenir inmediatamente cuando tomen conocimiento de una conducta objetivamente abusiva u ofensiva, aún en ausencia de una queja; incentivar a la jefatura a intervenir proactivamente y discutir con sus subordinados si determinada expresión religiosa será acogida, si dicha jefatura cree que la expresión puede que sea interpretada como acoso para una persona razonable; si supervisores estuvieren autorizados a comprometerse con cierta expresión religiosa, deberían evitar expresiones que puedan –debido a su autoridad de supervisión- razonablemente ser percibidas por los subordinados como coercitivas, aun cuando no sea esa su intención.

Por otro lado, algunas prácticas adecuadas de los trabajadores consisten en: en caso de ser receptores de conductas religiosas inoportunas, informar la conducta que desean que cese. Si ésta no cesa, reportarlo a su supervisor o a otro representante de la empresa en concordancia con los

procedimientos establecidos en la política antidiscriminatoria; los trabajadores que no desean enfrentar personalmente a un compañero que esté instruyendo conductas religiosas o antirreligiosas inoportunas deberían informar la conducta a su supervisor o a otro representante de la empresa en concordancia con los procedimientos existentes.

También la EEOC indica algunas prácticas adecuadas para el específico caso de la **acomodación razonable de las creencias y prácticas religiosas**. Estas consisten, para el empleador, en: informar a los trabajadores que harán esfuerzos razonables para acomodar la práctica religiosa del trabajador; capacitar a jefatura y supervisores sobre cómo reconocer o identificar las solicitudes de acomodación religiosa de los trabajadores; desarrollar procedimientos internos para procesar las solicitudes de acomodación religiosa; evaluar individualmente cada solicitud y evitar conjeturas o estereotipos sobre qué constituye una creencia o práctica religiosa o qué tipo de acomodación es inapropiada; deliberar rápidamente y a cabalidad en la medida necesaria para compartir recíprocamente con los trabajadores cualquier información necesaria sobre sus necesidades religiosas y las opciones de acomodación disponibles; si bien no es obligado a proporcionar la acomodación deseada por un trabajador si hay más de una alternativa efectiva para elegir, debería considerar el método de acomodación propuesto por el trabajador, y si este es denegado, explicar por qué su propuesta no le es concedida; jefatura y supervisores deberían ser capacitados para considerar acomodaciones alternativas disponibles si la acomodación particular solicitada supone un perjuicio excesivo (*undue hardship*); al enfrentar una solicitud por una acomodación religiosa que no puede ser rápidamente implementada, considerar ofrecer métodos alternativos temporales de acomodación mientras se explora uno permanente, y en este caso, mantener al trabajador informado del estado de los esfuerzos del empleador para implementar una acomodación permanente.

Respecto a **cambios de cronograma o flexibilidad horaria**, prácticas adecuadas de los empleadores consisten en las siguientes: trabajar con los empleados que necesiten un ajuste a sus horarios de trabajo para acomodar sus prácticas religiosas; no obstante que el estándar legal para el *undue hardship* es “más que *de minimis*”, pueden por supuesto escoger voluntariamente incurrir en cualquier costo operativo o financiero adicional que consideren apropiado para acomodar esta necesidad religiosa; considerar adoptar permisos flexibles y programar políticas y procedimientos que permitan a los trabajadores satisfacer sus necesidades religiosas y otras necesidades personales, que pueden reducir las solicitudes particulares de excepciones, por ejemplo, a través de políticas que permitan horarios de trabajo alternativos o un cierto número de días festivos “flotantes” para cada trabajador, aunque puede que dichas políticas no cubran cada contingencia y que se necesiten algunas acomodaciones particulares, el número de estas pueden reducirse sustancialmente.

Pese a que, si bien estas medidas parecen razonables, en Chile podrían ser incluso consideradas ilegales. Nuestro sistema legal de jornada ordinaria establece una duración máxima de 45 horas semanales, distribuidas en no más de 6 ni menos de 5 días, y la jornada que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente se entiende por jornada extraordinaria; respecto a esta última, el inciso final del artículo 32 señala que *“no serán horas extraordinarias las trabajadas en compensación de un permiso, siempre que dicha compensación haya sido solicitada por escrito por el trabajador y autorizada por el empleador”*. Así, el trabajador puede solicitar un permiso y su consecuente compensación, pero este debe ser autorizado por el empleador; no especifica la ley ni hace más distinciones respecto de las motivaciones de la solicitud del trabajador, ni da directrices para su análisis ni justificación, quedando aparentemente a criterio del empleador su concesión o denegación (entendiendo que este permiso no es de los tratados en el Código del Trabajo en el Capítulo VII del Título I, ni de los estipulados en el Título II del Libro IV a propósito de la protección a la maternidad, a la paternidad y a la vida familiar, los que constituyen típicos casos de suspensión legal del contrato de trabajo).

Junto con lo anterior, el inciso primero del artículo 35 del Código del Trabajo señala: *“los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días”*; si bien las partes pueden estipular libremente en el contrato todas aquellas condiciones que estimen convenientes, el inciso tercero del artículo 5 dispone que dichas modificaciones deben ser por mutuo consentimiento y en aquellas que las partes hayan podido libremente convenir: en este caso, la ley establece la norma por sobre la convención. Aun así, ha de tenerse presente la disposición del artículo 28 del Código del Trabajo, con lo cual las partes pueden convenir que la jornada se desarrolle en 5 días, pudiendo llegar a 2 de descanso; sin embargo, esto exige aumentar la jornada diaria en compensación²²¹. Las excepciones a lo dispuesto en relación con el descanso semanal se plantean exclusivamente respecto de los trabajadores que se desempeñen en determinadas faenas o empresas, determinadas en el artículo 38.

Por otra parte, la ley N° 20.940 modificó el Código del Trabajo, incluyendo la posibilidad de que las organizaciones sindicales y el empleador celebren pactos sobre condiciones especiales de trabajo respecto de la distribución de la jornada de trabajo semanal convenida (artículo 375) y del desempeño en lugares distintos al pactado para la prestación de servicios por parte de trabajadores con responsabilidades familiares (artículo 376). En cuanto a estos últimos, la Dirección del Trabajo ha señalado que también pueden ser convenidos para aplicarse a otras categorías de trabajadores que

²²¹ Humeres Noguera, H. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I: Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral, 19ª Edición ampliada y actualizada (2018), pp. 152.

definan de común acuerdo el empleador y la organización sindical que los suscriba, tales como trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, mujeres o personas con discapacidad²²².

Este mecanismo de flexibilización de la jornada de trabajo permite su adecuación y distribución de manera que el trabajador pueda compatibilizarla con otras actividades o responsabilidades, en aquellas empresas en que exista una afiliación sindical importante: el artículo 374 del Código del Trabajo dispone que las organizaciones sindicales podrán acordarlas con el empleador en aquellas empresas que tengan una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores, en forma directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva reglada. La duración máxima de estos pactos es de tres años, y serán aplicables a los trabajadores representados por las organizaciones sindicales que los hayan celebrado, salvo que las partes excluyan expresamente de su aplicación a los trabajadores que lo hubieren solicitado. Para aplicar estos pactos a los trabajadores de la empresa sin afiliación sindical se requerirá de su consentimiento expreso, manifestado por escrito.

Vemos así que, pese al sentido y alcance fijado por la Dirección del Trabajo, estas disposiciones difícilmente pueden ser aplicada para el caso particular de los trabajadores que profesan determinada religión o creencia, por cuanto la partes facultadas para su celebración son las organizaciones sindicales y sindicatos siempre que tengan una afiliación importante en la empresa, y aún en caso de extenderse a dicho trabajador, solo podría serlo respecto del pacto dispuesto en el artículo 376 del Código del Trabajo.

Resulta relevante entonces preguntarse si acaso ante la confrontación entre posiciones jurídicas de rango constitucional entre empleador -la libertad de empresa- y trabajador -la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos- en el marco de un contrato de trabajo resulta suficiente la aplicación del juicio de proporcionalidad; si en vez de optar por una solución en que se afirme la derrota transitoria de uno de los derechos fundamentales, se pudiera intentar una concordancia que permita a ambos ser aplicados simultáneamente, buscando que ambos principios logren algún grado de realización²²³. En este sentido, la doctrina de la acomodación razonable sería una situación paradigmática aplicable al caso de las prácticas religiosas de los trabajadores, otorgando una solución conciliadora a estos casos en particular, para lo cual se requeriría de su regulación expresa la legislación vigente.

²²² Dictamen Dirección del Trabajo, ORD. N°6084/97 de 26 de diciembre de 2016.

²²³ Ugarte, J. L. (2018), pp. 304.

Así, para una solución real a la acomodación razonable del trabajador que profese una religión o creencia respecto de la jornada laboral, se requeriría al menos de una normativa más flexible en esta materia.

Respecto a **reemplazos voluntarios o intercambios**, algunas prácticas adecuadas de los empleadores consisten en facilitar y fomentar los reemplazos voluntarios e intercambios con trabajadores de cualificaciones sustancialmente similares publicitando la política que permita dichos ajustes, promoviendo una atmósfera en que los reemplazos sean tratados favorablemente, y proporcionando un archivo central, boletín de anuncios, e-mail grupal u otros medios para ayudar a un trabajador con un conflicto religioso a encontrar un voluntario para un reemplazo o intercambio.

Respecto al **cambio de asignación de funciones y traslados laterales**, prácticas adecuadas de los empleadores consisten en considerarlo cuando no sea posible ninguna acomodación que pueda mantener al trabajador en su posición sin *undue hardship*, recurriendo al traslado solo después de explorar a cabalidad las acomodaciones que pudieran permitir al trabajador permanecer en su puesto; no asumir que un trabajador no estaría interesado en un puesto con menor remuneración si podría permitirle cumplir con su creencia religiosa: si no hay ninguna acomodación disponible que pueda permitir al trabajador mantenerse en su puesto actual o en uno equivalente, debería ofrecer el puesto disponible como acomodación y permitir al trabajador decidir si lo toma o no.

Respecto a la **modificación de prácticas, políticas y procedimientos laborales**, prácticas adecuadas de los empleadores consisten en hacer esfuerzos para acomodar el deseo de un trabajador de usar una kipá, hiyab u otro atuendo religioso, y si le preocupa la apariencia uniforme en un puesto que involucra interacción con el público, sería apropiado considerar si la visión religiosa del trabajador le permite resolver el conflicto religioso, por ejemplo, usando el elemento del atuendo religioso con los colores del uniforme de la empresa; no asumir que un vestuario atípico creará un *undue hardship*, por lo cual la jefatura y los compañeros deberían ser preparados para no atarse con estereotipos basados en atuendos religiosos y en prácticas de aseo; ser flexibles y creativos respecto a horarios de trabajo, obligaciones laborales y procedimientos de selección en la medida de lo posible; ser sensibles al riesgo de presionar o coaccionar involuntariamente a los trabajadores de atender reuniones sociales después de que han indicado una objeción religiosa para asistir.

Respecto a **permisos para la oración, proselitismo y otras formas de expresión religiosa**, prácticas adecuadas de los empleadores consisten en capacitar a la jefatura para medir la perturbación real que plantea la expresión religiosa en el lugar de trabajo, en lugar de simplemente especular qué alteración podría generar, capacitándola para identificar acomodaciones alternativas para ser ofrecidas con el

fin de evitar perturbaciones reales (por ejemplo, designando una ubicación desocupada o privada en el lugar de trabajo donde se pueda realizar una sesión de oración o de estudio bíblico si esta está interrumpiendo a otros trabajadores); e incorporar discusiones sobre expresión religiosa, y la necesidad de que todos los trabajadores sean sensibles a las creencias o no creencias de otros, en cualquier capacitación contra el acoso.

Respecto a las **represalias**, prácticas adecuadas para los empleadores consisten en: la posibilidad de reducir el riesgo de reclamos de represalias capacitando a jefatura y supervisores para estar conscientes de sus obligaciones contra estas, incluyendo acciones específicas que pueden constituir las; y ayudar a reducir el riesgo de reclamos de represalias registrando oportunamente y a cabalidad las razones comerciales para acciones disciplinarias o relacionadas con la remuneración por rendimiento, y compartiendo dichas razones con el trabajador

Por su parte, **prácticas adecuadas para los trabajadores**, en términos generales, consisten en informar a su jefatura o superiores de la naturaleza del conflicto entre sus obligaciones religiosas y las reglas del trabajo; proveer suficiente información para permitir al empleador entender qué acomodación se necesita, y por qué es requerida por una práctica o creencia religiosa²²⁴.

²²⁴ Best Practices for Eradicating Religious Discrimination in the Workplace (En línea) <https://www.eeoc.gov/policy/docs/best_practices_religion.html> (consulta 11 de junio de 2019).

CONCLUSIONES

En nuestro país, la base de la institucionalidad radica en que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos²²⁵. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece²²⁶.

Respecto a la realización espiritual, el hecho religioso es un fenómeno plural y universal, relevante en la historia de la humanidad. Los diversos Estados han asumido a la religión como un factor social importante, regulando su ejercicio; así, en nuestro país la Ley N° 19.638 establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, especialmente en base a que el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir con sus fines específicos²²⁷. Inclusive se ha definido a los Derechos Fundamentales desde una vertiente teológica, como “aquellas condiciones de la existencia cotidiana que permiten a mujeres y hombres la utilización, a cabalidad, de sus potencialidades en tanto que tales, incluyéndose la satisfacción de sus necesidades de tipo espiritual, en una adecuada relación con la naturaleza²²⁸”. Especialmente en nuestro país, cada vez cobra mayor importancia y relevancia la participación e inclusión de nuevos movimientos religiosos, reflejándose en la institucionalidad, por ejemplo, en el interés en modificar la llamada “Ley de cultos” de forma de fortalecer el derecho fundamental en juego, incluyendo a la pluralidad de religiones y denominaciones que han participado en las mesas de trabajo propiciadas.

En este sentido, cobra particular importancia el derecho fundamental a la libertad religiosa, que se construye históricamente al mismo tiempo que avanza el concepto de tolerancia y se comienza a luchar en favor de la no discriminación por motivos religiosos. Respecto a este último concepto, se ha tratado en este trabajo su concepto a través de diversas disciplinas, su inclusión en diversos tratados internacionales, y su tratamiento en nuestro país a nivel constitucional y legal. Ahora bien, se ha sostenido que específicamente la discriminación basada en la religión o las convicciones implica toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

²²⁵ **Artículo 1 inciso primero Constitución Política de la República**

²²⁶ **Artículo 1 inciso cuarto Constitución Política de la República.**

²²⁷ **Artículo 1 inciso tercero Constitución Política de la República.**

²²⁸ Lagos Schuffenegger, H. El Fenómeno religioso en el mundo contemporáneo. Oficina Nacional de Asuntos Religiosos, s/f, pp. 3.

Luego, se ha tratado la relación entre libertad religiosa -y su concepto- y trabajo en nuestro país y en el derecho comparado, a fin de revisar su regulación y tratamiento en países de Europa, Norteamérica y Latinoamérica, recopilando tanto normativa como razonamiento de los tribunales, y destacando entre las técnicas principalmente la acomodación razonable como procedimiento *ex ante* y exigible al empleador en sede judicial.

En este sentido, en nuestro país el ejercicio de este derecho fundamental en el ámbito del trabajo presenta problemas, tanto de delimitación como de ponderación, especialmente en la etapa precontractual. De esta forma, la manifestación de la creencia religiosa y el ejercicio de todos los cultos, y su práctica y observancia como aspecto protegido por la legislación a través del inciso primero del artículo 485 del Código del Trabajo se desarrolla y concretiza, volviéndose tangible, a través de aspectos que escapan a la mera libertad de culto. Se ha revisado también que existen otros mecanismos y vías de protección aplicables en nuestro sistema a la discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias, pero que no logran abarcar totalmente todas las etapas de vigencia del contrato de trabajo, centrándose más bien esta tutela del derecho en su etapa ocupacional y post ocupacional, como solución a una problemática ya existente y latente en la relación laboral, a través de los procedimientos regulados para el acoso laboral, de la acción de protección, el despido indirecto, entre otros, y que aquellos que podrían extenderse a otras etapas no son exigibles al empleador, tales como las buenas prácticas laborales y la ya mencionada acomodación razonable.

Finalmente, se han verificado los desafíos que presenta el panorama del fenómeno de la discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias, y se han propuesto prácticas adecuadas a ser adoptadas por el empleador y por los trabajadores, con la finalidad de principalmente promover la vigencia del derecho fundamental de libertad religiosa en el ámbito del trabajo, tales como fórmulas de contratación que garanticen un trato igualitario durante los procesos de selección, la ruptura de estereotipos y prejuicios en cuanto a imagen, la contratación bajo criterios objetivos de habilidades y competencias, el compromiso de que las condiciones de trabajo, remuneración o jornada laboral no supongan un trato discriminatorio, asegurando que todos en la empresa conozcan la legislación contra la discriminación y están implicados en cumplirla, entre otros, teniendo en consideración de todas formas los límites que le asisten al derecho de libertad religiosa; de esta forma, además, se podrá vivir la empresa acorde a la sociedad global y plural en que vivimos.

De esta forma, es esencial que las empresas reconozcan la discriminación y pongan en marcha prácticas destinadas a prevenirla y erradicarla, garantizando las medidas necesarias para que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo, primordial para construir una sociedad innovadora, en constante transformación y respetuosa de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez del Cuvillo, A. Apunte “Derechos fundamentales en la relación de trabajo. Cuestiones generales sobre discriminación”. En línea: https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2530/mod_resource/content/2/Tema%202.%20Cuestiones%20generales%20sobre%20discriminaci%C3%B3n.pdf

Álvarez del Cuvillo, A. Apunte “Derechos fundamentales en la relación de trabajo. La libertad de pensamiento y comunicación”. En línea: <https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18991/Tema%206%20DF.pdf?sequence=10&isAllowed=y>

Aparicio Aldana, R. La libertad religiosa y de conciencia en las relaciones de trabajo. Un intento de armonización desde el derecho español y lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, Vol. 2, núm. 1. (2016)

Baltera Santander, P. El acoso laboral en las empresas, la mirada de los dirigentes sindicales. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago (2014)

Caamaño Rojo, E. El Derecho a la No Discriminación en el Empleo. Ed. Lexis Nexis, Santiago (2007)

Caamaño Rojo, E., Ugarte Cataldo, J. L. El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales. Revista Ius et Praxis, año 20, N°1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca (2014)

Capotorti, F. Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Informe para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Nueva York, Naciones Unidas (1991)

Carrasco Oñate, C. Experiencias de buenas prácticas laborales en empresas de la Región Metropolitana. Cuaderno de Investigación 57, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo (2015)

Casas Martínez, M. de la L. Prejuicios, estereotipos y discriminación: reflexión ética y psicodinámica sobre la selección de sexo embrionario. En Acta Bioeth, Santiago (2008)

Castro, J. F. Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares. Boletín Oficial Dirección del Trabajo. N°146, Editorial Publitécsa, Santiago (2001)

Contreras Mazarío, J. M. La protección internacional de las minorías religiosas: Algunas consideraciones en torno a la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al Convenio-Marco sobre la protección de las minorías. Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 15 (1999)

Díez-Picazo, L. Sistema de derechos fundamentales. Serie Derechos fundamentales y Libertades Públicas. 2ª ed. Thomson Civitas (2005)

Dighero Eberhard, A. Acoso laboral, autodespido y tutela laboral: un caso de estudio. En Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 5 N° 9 (2014)

Ferrajoli, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, Madrid (2007)

- Flores Saavedra, P., Fuentes Bello, D. y Mujica Gaete, S. Los beneficios de las buenas prácticas laborales en las empresas. (Tesis seminario de título Ingeniería Comercial, mención Administración) Facultad de Economía y Negocios Universidad de Chile. (2009)
- Gamonal, S. El daño moral en el artículo 489 del Código del Trabajo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII, Valparaíso (2016)
- García Murcia, J. Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa, 20 casos de Jurisprudencia Constitucional. Editorial Aranzadi, Pamplona (2013)
- González Ulloa Aguirre, P.A. El multiculturalismo en Canadá: la redefinición de las políticas de la inclusión y sus teóricos. Norteamérica, Año 9, número 1 (2014)
- Gracia, A. y Horbath, J. Expresiones de la discriminación hacia grupos religiosos minoritarios en México. Revista Sociedad y Religión, N°39 Vol. XXIII (2013)
- Hesse, K. Manual de Derecho Constitucional. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons (2004)
- Humeres Noguera, H. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I: Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral, 19ª Edición ampliada y actualizada (2018)
- Irureta Uriarte, P. Situación legal de las personas que prestan servicios a una entidad religiosa. Revista chilena de Derecho, vol. 40 N° 2 (2013)
- Kiper, C. M. Derechos de las Minorías ante la Discriminación, ed. Hammurabi, Buenos Aires (1998),
- Kohler-Hausmann, I. Discrimination. En línea: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756384/obo-9780199756384-0013.xml#firstMatch>
- Krishnaswami, A. Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas. Nueva York, Naciones Unidas (1960)
- Lizama Portal, L. y Ugarte Cataldo, J. L. Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago (1998)
- Meseguer Velasco, S. La cuestión de las prácticas religiosas en el ámbito laboral: la jurisprudencia de Estrasburgo. Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre. (2015)
- Navarro-Valls, R. Las objeciones de conciencia, en Derecho Eclesiástico del Estado Español, Pamplona (1993)
- Nieto Martínez, L. El derecho a la libertad religiosa y de cultos en la legislación colombiana (tesis de pregrado). Facultad de Derecho Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. (2005)
- Nogueira Alcalá, H. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis, vol. 12, núm. 2 Universidad de Talca (2006)
- Palavecino Cáceres, C. El procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador en Chile. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 5, N°9 (2014)
- Pager, D. y Sheperd, H. The Sociology of Discrimination: Racial Discrimination in Employment, Housing, Credit, and Consumer Markets. Annual Review of Sociology (2008)

- Palomino Lozano, R. Las objeciones de conciencia en el derecho norteamericano. (Memoria de doctorado) Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid (1993)
- Peña, C. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Cuaderno de Análisis Jurídico N°6, Universidad Diego Portales. Santiago (1996)
- Perez Luño, A. Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons (1996),
- Prevert, A., Navarro Carrascal, O. y Bogalska-Martin, E. La discriminación social desde una perspectiva psicossociológica. En línea: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-48922012000100002
- Relaño Pastor, E. El pluralismo religioso: el modelo canadiense. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (2003)
- Rodrigo Silva, C. Compatibilidad entre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el despido indirecto. Revista de Derecho, Vol. XXVIII N°2, Valdivia (2015)
- Sáez, L. F., Melis, C. El contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. Ed. Legal Publishing, Santiago. (2009)
- Seglers, À. La “acomodación” de las festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral. Ius Canonicum, XLIV N°88 (2004)
- Thayer Arteaga, W., Novoa Fuenzalida, P. Manual de derecho del trabajo, 5ª ed. Actualizada, Santiago (2007)
- Toledo Oms, A. Relación laboral y libertad religiosa (Tesis doctoral). Facultad de Derecho Universidad de Barcelona
- Ugarte Cataldo, J. L. El derecho a la no discriminación en el trabajo. Legal Publishing, Santiago (2013)
- Ugarte Cataldo, J. L. Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo. Ed. Thomson Reuters, Santiago (2018)
- Ugarte Cataldo, J. L. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de Erizo a Zorro. Revista de Derecho, Vol. XX N°2, Valdivia (2007)
- Ungaretti, J., Muller, M. y Etchezahar, E. El estudio psicológico del prejuicio: Aportes del autoritarismo y la dominancia social. Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales, Vol. 12 N°1, Asunción (2016)
- Vellido Villegas, L. Hacia una reforma de la L.O.R.L. (Tesis de grado). Facultad de Derecho, Universidad de Cantabria. (2016)
- Vickers, L. Religious freedom, religious discrimination and the workplace. Hart Publishing, Oxford (2016)
- Vives, J. M. La acomodación razonable para la religión en el lugar de trabajo en EE. UU., Canadá y Europa. Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, Vol. 3 Núm. 1 (2017)

Vives, J.M. La acomodación razonable de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al derecho argentino. Suplemento de Derecho Constitucional, Revista La Ley N°4 (2012)

DOCUMENTOS

DICTAMEN Dirección del Trabajo, ORD. N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004

DICTAMEN Dirección del Trabajo, ORD. N° 850/29, de 28 de febrero de 2005

DICTAMEN Dirección del Trabajo, ORD. N° 2.210/035, de 10 de junio de 2009

DICTAMEN Dirección del Trabajo, ORD. N° 3.519/034, de 9 de agosto de 2012

DICTAMEN Dirección del Trabajo, ORD. N° 6.084/97, de 26 de diciembre de 2016.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional, Rol N° 976-07

SENTENCIA de la Corte Suprema, Rol N° 23.808-2014

SENTENCIA de la Corte Suprema, Rol N° 1.720-2014

SENTENCIA de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 460-2014

SENTENCIA de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 132.162-2013

SENTENCIA del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-38-2010

SENTENCIA del Tribunal Constitucional de España, Recurso de Amparo N° 98-1984

SENTENCIA del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Recurso de Suplicación N° 958/2002

SENTENCIA del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Recurso de Suplicación N° 2.170/1997

SENTENCIA de la Corte Suprema de Estados Unidos, “EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, inc.”

SENTENCIA de la Corte Suprema de Canadá, “Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears”

SENTENCIA de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “Belotto Rosa contra Asociación Bancaria”

SENTENCIA de la Comisión Europea de Derechos Humanos, “Konttinen v. Finland”

SENTENCIA de la Comisión Europea de Derechos Humanos, “Stedman v. United Kingdom”

SENTENCIA del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Thlimmenos v. Greece”

SENTENCIA del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Kosteski v. The former Yugoslav Republic of Macedonia”

SENTENCIA del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Eweida and others v. The United Kingdom”