

Revista Juridica Universidad Interamericana de
Puerto Rico
Septiembre - Diciembre, 2003

Mesa I: Discriminación y Subordinación: Derecho y
Poder en Acción

***49 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA
DISCRIMINACIÓN Y RELACIONES
LABORALES EN CHILE**

Pablo Contreras V. [\[FNa1\]](#)

Copyright © 2003 by Pablo Contreras V.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Esta monografía comienza con una alarma y, a la vez, una advertencia previa: en nuestro país prácticamente no existen sentencias judiciales en materia de discriminación dentro de las relaciones de trabajo. Quizás por esto, la tarea presente es, a la vez, épica y titánica, de remover conciencias en torno a este problema y ser un aporte a la discusión actual sobre la materia.

¿Por qué discriminación en las relaciones de trabajo? Porque dentro de las relaciones de trabajo encontramos una jerarquía de poderes de parte del empleador que siempre es una amenaza latente para los derechos fundamentales de los trabajadores. Además, que es una rama del Derecho, tradicionalmente catalogado de “Privado”, donde la constitucionalización del derecho recoge particular importancia.

¿Cuál es el objetivo fundamental de esta monografía? En primer lugar, un análisis crítico del Estatuto Antidiscriminatorio de nuestro país, que lo estableceremos a partir del régimen constitucional, su complementación de los tratados internacionales de derechos que emanan de la naturaleza humana y finalmente, el Código del Trabajo. Intentaremos sentar ciertas bases de interpretación armónica de los preceptos, que serán complementadas con herramientas importadas desde el Derecho y la Jurisprudencia Comparada. Analizaremos en qué medida estas herramientas pueden ser aplicadas en nuestro Estatuto Discriminatorio.

¿Qué temas se cruzan en esta monografía? En un primer lugar, la revisión del Efecto Horizontal de los derechos fundamentales y sus repercusiones en el ámbito laboral, un análisis de conceptos de Igualdad,

Diferencia y Discriminación, tanto del Derecho Constitucional como de la Filosofía del Derecho. Luego de esto, una mirada interpretativa-analítica de las normas jurídicas que conforman el Estatuto Discriminatorio.

***50** Metodológicamente, he decidido acotar la presente revisión, a la discriminación por sexo, básicamente por ser la diferencia paradigmática del ser humano que ha permitido y que mantiene una cantidad considerable de distinciones arbitrarias. Pese a esto, pienso que diversos planteamientos que aquí se hacen, son perfectamente válidos para otros problemas de discriminación como puede ser la etnia, la nacionalidad o el origen o ascendencia nacional. Por esto, las bases interpretativas que intentaremos asentar, pretenden dar respuesta al intérprete a la pregunta de ¿qué es discriminatorio en las relaciones laborales?, y escaparnos de respuestas como “todo aquello que es arbitrario” o “todo aquello que escapa de la recta razón.” Lo cierto es que razones como éstas, esgrimidas constantemente, no nos otorgan herramientas para un análisis del Estatuto Discriminatorio y menos para una aplicación efectiva de éste en situaciones concretas. Es hora de que los derechos fundamentales en las relaciones laborales, sean “tomados en serio”, entren a la fábrica y luego, penetren y sean aplicados en tribunales.

**II. DERECHOS FUNDAMENTALES,
VINCULACIÓN DIRECTA DE LA
CONSTITUCIÓN Y *DRITTWIRKUNG***

Los derechos fundamentales laborales datan desde 1917 con la Constitución Mexicana y de 1919 con la Constitución de la República de Weimar. A partir de estas Cartas Fundamentales, se inicia un período de expansión y consolidación de los derechos laborales esenciales. Son básicamente los derechos clásicos, como el derecho al trabajo, el derecho a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga. Salvo unas discusiones menores que aún subsisten, nadie duda que estos derechos tienen el rango de fundamentales o esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Sin embargo, el problema resulta a partir de otros derechos, al parecer olvidados, que suscitan conflictos en las relaciones de trabajo. Me refiero a derechos tales como el de la intimidad, el derecho a la honra y la libertad de expresión, entre otros. Aquéllos que parte de la doctrina española denomina “derechos constitucionales laborales inespecíficos”, ya que estos derechos “no tienen una naturaleza propiamente laboral, ... cuya titularidad no está

determinada en alguna medida por la calidad de trabajador,” [FN1] sino por la calidad de ciudadano o ser humano. [FN2] Estos derechos, hasta hace muy poco tiempo, *51 parecían quedar afuera de las puertas de las fábricas, como Baylos muy gráficamente ha señalado, quedando el trabajador “sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor. De tal forma, la fábrica aparecía como una zona franca y segregada de la sociedad civil, en la que los derechos del ciudadano no tendrían recepción.” [FN3]

En consecuencia, observamos que junto a los clásicos derechos fundamentales laborales, aparecen los “derechos laborales inespecíficos” que constituyen un arista sensible en las relaciones de trabajo, que en definitiva son relaciones entre particulares. ¿Por qué, dentro del proceso productivo de las empresas, los derechos fundamentales de los trabajadores se encuentran propensos a una lesión de éstos? Este fenómeno se puede explicar, básicamente, por dos motivos; el primero de ellos es porque las personas se relacionan y se integran en la vida social, de manera importante a través del trabajo, por lo tanto, éste se configura “como uno de los aspectos esenciales de la existencia humana.” [FN4] El segundo motivo, y el más importante, es que dentro de las relaciones de trabajo existe un condimento especial, “un elemento absolutamente particular, respecto del resto de las relaciones de derecho privado: la existencia de la **subordinación o dependencia por parte del trabajador en relación con su empleador.**” [FN5] En consecuencia, nos encontramos en una relación entre particulares pero distinta de otras, en donde permanecen vínculos jurídicos de subordinación, es decir, la legitimación jurídica para que una persona ejerza poder sobre otra. [FN6]

Así, es menester analizar si es posible esgrimir los derechos fundamentales en las relaciones de particulares, dentro de las cuales la relación laboral cobra especial importancia. Para esto, revisaremos una doctrina alemana creada en la década de 1950 por el Tribunal Laboral Federal. Me refiero a la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* o Efecto Horizontal de los derechos fundamentales. A partir de esa década, y precisamente en un conflicto de índole laboral, nace una *52 doctrina derivada del ejercicio jurisprudencial que resuelve que los derechos fundamentales son exigibles y oponibles tanto a los órganos del Estado como a los particulares. Esta teoría sostiene “la posibilidad de esgrimir frente a particulares la eficacia de los derechos fundamentales, o dicho de otra manera,

consiste en determinar **los límites al principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones *Inter privados***”. [FN7] Se pasa, de esta forma, de una interpretación de eficacia *vertical* de los derechos fundamentales (particulares, que esgrimen estos derechos contra los órganos del Estado) a una eficacia *horizontal* de éstos (particulares, que esgrimen los mismos derechos en contra de particulares y en sus relaciones privadas). Los derechos fundamentales entendidos de esta manera, pueden “entrar a la fábrica” y constituirse como un límite en la acción de las relaciones entre privados. [FN8]

El problema que nos surge es, si tiene esta teoría recepción doctrinal y normativa en nuestro país. En otras palabras, cuál es el estado de la *Drittwirkung* en nuestro ordenamiento y dentro de la Doctrina nacional.

Al respecto, podemos señalar que nuestra doctrina constitucionalista tímidamente recibe la teoría en cuestión, basándose en el Art. 6.2 de nuestra *53 Constitución [FN9] que involucraría el Principio de Vinculación Directa de la Constitución, el principio que establece la sujeción “de las personas, grupos, organismos, autoridades o poderes públicos a la Constitución.” [FN10] La Constitución deja de ser un proyecto, ideario o programa político. Bajo este artículo se configura plenamente como norma jurídica, posee “energía propia” [FN11] y debe ser aplicada directamente. “[P]odría expresarse en términos simples, diciendo que ella obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos.” [FN12] Al señalar que los preceptos de la Constitución son obligatorios y vinculantes a los particulares, se establece que los derechos fundamentales que la Carta Fundamental asegura, y los que se integran al bloque constitucional a través de los Tratados Internacionales en virtud del Art. 5.2 CPR, rigen dentro de las relaciones entre particulares. En consecuencia, de manera indirecta, podríamos afirmar que el contenido de la teoría del *Drittwirkung* estaría inmerso en el principio de vinculación directa de la Constitución, haciendo la salvedad y crítica a la vez, de que el principio de la doctrina nacional, no hace un énfasis necesario a los derechos fundamentales y sólo establece una obligatoriedad general del Código Político. Sin embargo, no es de extrañar que la doctrina del *Drittwirkung* no tenga una clara y expresa consagración, debido a que ésta en el derecho comparado, “se ha desarrollado fundamentalmente en la doctrina y jurisprudencia

constitucional.” [\[FN13\]](#)

Finalmente, a partir del análisis del Principio de Vinculación Directa de la Constitución y de la teoría del *Drittwirkung*, podemos afirmar taxativamente que *54 los derechos fundamentales rigen; son vinculantes y exigibles en las relaciones entre privados, contando dentro de éstas las relaciones de trabajo.

Una vez resuelto esto, procederemos a continuación, a realizar una conceptualización necesaria de Igualdad y sus diversos tratamientos e interpretaciones.

III. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN, DOS CONCEPTOS CLAVES

La igualdad como derecho, se configura como uno de los supervalores de nuestro ordenamiento, dada su expresa consagración en el Art. 1.1 de la Constitución de 1980. Tanto es así, que el mismo Tribunal Constitucional ha manifestado la importancia del artículo 1º en términos de hermenéutica constitucional, para determinar el sentido y fijar el alcance de ciertos preceptos constitucionales. [\[FN14\]](#) Abordar este derecho, por ende, no es una tarea sencilla.

Como primer apunte, debemos decir que la Igualdad es uno de los baluartes de los derechos y de la ideología liberal, fundamento necesario para economías capitalistas [\[FN15\]](#) y sociedades democráticas. El modelo más clásico de Igualdad, es aquél que surge junto al Estado moderno y que podríamos denominar *homologación jurídica de las diferencias*, [\[FN16\]](#) es decir, el modelo liberal paradigmático en el cual “las diferencias ... son valoradas y negadas” ya que “todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad.” [\[FN17\]](#) De esta forma, la “filosofía liberal elaboró un discurso basado en una premisa indispensable para sus fines: que las personas, en sus relaciones, han de ser tratadas *como si fueran iguales*.” [\[FN18\]](#)

*55 El concepto de Igualdad, concebida desde la filosofía liberal clásica ha tendido a evolucionar a un nuevo modelo. Pero, ya no “en el sentido de un mandato de igualdad *formal* sino *material*.” [\[FN19\]](#) Un modelo al que Ferrajoli denominará como esquema de igual “*valoración jurídica de las diferencias*”. [\[FN20\]](#) Esta es la tendencia contemporánea del concepto de igualdad, un concepto que no anula ni elimina las diferencias para igualar a los miembros de una comunidad. Por el

contrario, las asume y dispone “que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquéllas que se encuentren en situaciones diferentes.” [\[FN21\]](#)

En síntesis, la definición del nuevo modelo de Igualdad podría establecerse en el siguiente tópico jurídico: “hay que tratar igual a los iguales y de manera desigual a aquéllos que son distintos.” [\[FN22\]](#) En virtud de esto, al legislador le es permitido establecer diferencias para personas que se ubican en distintas hipótesis legales siendo menester del Estado equiparar este desequilibrio producto de las diferencias, para lograr un igual acceso de oportunidades para su desarrollo en sociedad. En palabras de Alexy, “quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de *iure*”. [\[FN23\]](#) Abandonar el ámbito formal para atender a la realidad material significa entender tres dimensiones que alberga el nuevo concepto, ya que “bajo el rótulo de principio de igualdad ante la ley se encuentra un precepto con un contenido prescriptivo múltiple: que ordena igualar, permite distinguir y prohíbe discriminar”. [\[FN24\]](#)

La Igualdad, reorientada de esta forma, se aleja del concepto clásico de la filosofía liberal, dejando de ser un concepto *absoluto* y pasando a ser un concepto *relativo* y *relacional*. Relativo, por cuanto se observa “su diversidad en relación con sus manifestaciones, en particular con respecto a la materia a tratar.” [\[FN25\]](#) Relacional, ya que “no califica una característica inherente a un individuo, sino una cierta relación entre varios individuos” [\[FN26\]](#) en donde su puesta en práctica exige más de un sujeto pasivo. La nueva Igualdad supone, una paradoja necesaria: ser una Igualdad de las diferencias. Ya que, si en virtud de este modelo, una *56 diferencia como la sexual es ignorada o discriminada, ello produce una violación al principio normativo de la Igualdad. [\[FN27\]](#) Ahora bien, el problema claro a partir de esta reflexión es plantearse cuándo son legítimas las distinciones, cómo fijamos los criterios para realizarlas y, finalmente, cómo se justifican las diferencias para lograr la ansiada Igualdad.

Entonces, si el nuevo esquema de Igualdad permite las distinciones, de esto se infiere que para realizar éstas, necesariamente, debe existir un motivo plausible, una fundamentación suficiente para justificarlas. En virtud del esquema planteado por Alexy, se debe tener, primeramente, un par de comparación, luego realizar la comparación bajo una prohibición general de arbitrariedad y permitir distinciones sólo cuando éstas se encuentren

justificadas “razonablemente”. [FN28] A pesar de las distintas construcciones doctrinales para este mismo objetivo, todos concuerdan en una “exigencia de razonabilidad, objetiva justificación de las distinciones normativas” [FN29] para tolerarlas. Aquí, subyace un problema de política jurídica, del que sólo me remitiré a enunciar, ya que en última instancia, “la cualificación de la razón como suficiente es un *problema de valoración*”. [FN30] Lo importante de destacar es que, a pesar de que las distinciones se admiten e incluso son necesitadas en algunos casos, la Igualdad mantiene una premisa básica por la cual, si no existe razón que justifique o que sea suficiente para tolerar la distinción, entonces se estará ordenado un trato igualitario para los individuos. [FN31]

Además de esto, cabe constatar que la Igualdad puede ser entendida como valor, principio constitucional y derecho subjetivo o fundamental. Como valor, debemos entenderlo como uno de los pilares de la institucionalidad y consagrado expresamente en el Art. 1 CPR, tanto desde la persona humana como desde uno de los deberes del estado en el campo de la igualdad de oportunidades. Como *57 principio, “es **canon de hermenéutica** que debe iluminar la interpretación y aplicación del **bloque completo de normatividad**, a partir de la Constitución ... y no sólo, por ende, con referencia a los derechos públicos subjetivos.” [FN32] Finalmente, como derecho fundamental recogido en el catálogo del Art. 19 de la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos fundamentales.

Pero una vez entendido el concepto de Igualdad jurídica y aclarando lo que constituyen las legítimas diferencias que conducen a las distinciones normativas (que constituyen parte de la Igualdad como principio normativo), podemos llegar a entender un concepto teórico más “limpio” y puro de Discriminación que podríamos conceptualizar en aquellas “*desigualdades antijurídicas*, puesto que consisten ... en el *desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por él* [el nuevo concepto de Igualdad]”. [FN33]

En nuestro país, la Discriminación como límite y barrera para el goce del resto de los derechos fundamentales podría extraerse del artículo 1.5 de la constitución cuando señala “como uno de los deberes fundamentales del Estado, asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. [FN34] Como barrera, la Discriminación importa graves consecuencias ya que presenta una negación del individuo y no permite su

plena realización. [FN35] Ahora bien, en un sentido más práctico de la definición, podemos señalar que la Discriminación se configura como “un sentido específico peyorativo de distinción injusta de trato “contra” determinados individuos o grupos”. [FN36]

Zanjado el problema de definiciones y de conceptualización, podemos abocarnos a una revisión del tratamiento normativo que prescribe nuestro ordenamiento jurídico a la Igualdad y la Discriminación en materia laboral, a partir de los preceptos jurídicos que regulan estos principios normativos. Además, analizar de qué manera el legislador se ha hecho cargo del mandato constitucional que prohíbe la discriminación.

*58 IV. ESTATUTO JURÍDICO CHILENO ANTIDISCRIMINATORIO

Para esta revisión normativa metodológicamente me remitiré, en un primer momento, a una constatación descriptiva de la regulación de la Discriminación en el Derecho chileno, para luego realizar un análisis de las normas y lo que constituye, a mi parecer, una correcta interpretación de la ley, los tratados internacionales y la Constitución, respecto a la materia.

En primer lugar, debemos remitirnos a la fuente de fuentes, la Constitución y lo que ésta establece con respecto a la discriminación. El artículo 19 n° 16 inciso tercero señala la prohibición de discriminar. [FN37] Dicho artículo dispone: “se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad en el personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.” De esta forma, la Carta Fundamental prescribe que para realizar distinciones en el ámbito laboral se deben sujetar a un criterio formal y general, es decir, la idoneidad o capacidad personal para desempeñar un cargo determinado. Este criterio es la base a partir de la cual, el resto de nuestro ordenamiento, debe ajustarse y regular.

Por otra parte, la normativa internacional generalmente divaga en prohibiciones basadas en criterios de raza, sexo, opinión política y otros similares. [FN38] Interesante, a *59 propósito de los estereotipos, es la obligación del Estado de modificar estos patrones culturales. [FN39] Esto claramente legitima toda acción de diferenciación positiva en pos de un género como el femenino, a pesar que estas medidas ya encuentran respaldo constitucional. [FN40]

Finalmente, es menester constatar la forma como el legislador laboral ha regulado el tema. El artículo 2 del Código del Trabajo recepciona fundamentalmente el modelo discriminatorio. [FN41] Dentro de las normas con rango *60 legal, éste es el precepto matriz que debiese guiar la interpretación de la no discriminación en materia laboral [FN42], señalando taxativamente una serie de criterios por los cuales no se puede alterar la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato. [FN43]

A partir de estas disposiciones normativas, procederé a realizar el análisis pertinente sobre el modelo antidiscriminatorio que presenta nuestro ordenamiento jurídico.

En un primer momento, quisiera referirme a los criterios de selección de los actos discriminatorios. Por regla general, las disposiciones al respecto, establecen una serie taxativa de criterios diversos, a través de los cuales puede encuadrarse una posible conducta discriminatoria. Los instrumentos internacionales y el Art. 2 C.T. (Código del Trabajo), así lo demuestran donde, en síntesis, un acto discriminatorio es cualquier distinción o alteración en la igualdad de oportunidades o en el trato, que se basa en el sexo, raza, condición social, etc. La experiencia en derecho comparado no es distinta, ya que, por citar un ejemplo, en el caso español, la Constitución señala como criterios discriminatorios, en su Art. 14, aquéllos que se funden en “razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La tendencia es, por tanto, enumerar criterios de calificación y atenerse a ellos para resolver las eventuales conductas discriminatorias. La particularidad del caso chileno, a diferencia de la experiencia internacional, es que en su norma fundamental, la Constitución, ha evitado esta clásica enumeración y ha señalado que se prohíbe todo acto discriminatorio que no se funde en la capacidad o idoneidad personal para el respectivo cargo. En consecuencia, nuestra Constitución “ha optado por *61 una determinación negativa de dichos criterios, señalando el único criterio positivo y admisible: la capacidad e idoneidad personal.” [FN44]

Por lo tanto, nuestro modelo último de examen de una conducta discriminatoria, es el criterio constitucional mencionado, un criterio, en mi opinión, progresista e innovador que limita al empleador realizar cualquier distinción en el trato o en el acceso a la ocupación que no se funde en el esquema constitucional. Esto, en virtud de la plena vigencia de la *Drittwirkung* en nuestro país, a través de lo cual, la facultad de mando y dirección se sujeta

al principio normativo de la Igualdad y ordena un trato similar a los individuos en materia laboral, salvo que las distinciones se funden en la capacidad o idoneidad personal. En apoyo a esta argumentación, si quedasen dudas del límite a la libertad empresarial, se encuentra el Art. 5 C.T. que, alterado luego de la reforma legislativa de la ley 19.459, de 5 de octubre del 2001, opone a las facultades del empleador, los derechos fundamentales de los trabajadores, que en definitiva, son los denominados “derechos laborales fundamentales inespecíficos” que ya revisamos.

Ahora bien, una posible interpretación podría señalar que el legislador ha intentado materializar el mandato constitucional y lo ha plasmado en el citado Art. 2 C.T., por lo cual debiese el juez atenerse a aplicar dichos criterios ahí enunciados. Esto, a mi juicio, significaría restar fuerza normativa a la propia Constitución, lo que evidentemente es inaceptable desde cualquier punto de vista. Nuestro planteamiento radica en que el legislador, a través de los criterios clásicos de selección, ha establecido lo que en doctrina se llama “Distinciones Sospechosas”. Esta teoría nace en el seno del Tribunal Supremo de los EE.UU. y plantea, en síntesis que se:

considerará sospechosa toda distinción que afecte a un grupo que tradicionalmente ha sido víctima de hostilidad y prejuicios, puesto al margen del resto de la sociedad o que ha sido objeto de concepciones estereotipadas tales que quepan grandes dudas de que sus intereses han sido tomados adecuadamente en consideración. [FN45] La teoría de la distinción sospechosa ha sido entendida por la O.I.T. (Oficina Internacional del Trabajo) en los criterios de raza, origen nacional y los que se toman como base la calidad de extranjero (dejando fuera al sexo), y ha sostenido *62 como respaldo a su argumentación que son aquellas distinciones que se realizan fundándose en ciertas características que son involuntarias para la persona. [FN46] A nuestro parecer, el fundamento de la O.I.T. es incorrecto porque la argumentación de que las cualidades adscritas a la persona no pueden servir de base para conductas de discriminación y se constituirían en acciones que deben sujetarse al modelo de las distinciones sospechosas, daría la razón para que el mismo modelo sirviese en la aplicación de conductas discriminatorias basadas en el sexo. En consecuencia, la fundamentación del modelo de las distinciones sospechosas, debe entenderse como aquella distinción que discrimine a un colectivo determinado y que

tradicionalmente ha sido víctima de discriminaciones, estereotipos, hostilidad, etc. Lo siguiente, permitiría incluir, por ejemplo, a personas con afiliación sindical, a personas de ciertas ideologías políticas o el credo religioso.

El mandato constitucional no entraría en conflicto con la norma legal, ya que el Art. 19 n° 16.3 C.P.R. es más amplio que los criterios que señala el Art. 2 C.T. y éstos se configurarían como el modelo de distinción sospechosa para seguir en nuestro país. De acuerdo a esto, discrepamos con Lizama y Ugarte cuando plantean que:

la norma constitucional directamente relacionada con la discriminación laboral establece un modelo de discriminación sospechosa, en cuanto, el texto constitucional califica a priori como criterios inadmisibles para fundar en ellos distinciones de trato laboral “cualquier” motivo que no sea la capacidad o la idoneidad personal. [FN47] El precepto constitucional sería el criterio madre de interpretación y de calificación para conductas discriminatorias pero no se constituiría en un fundamento para las distinciones sospechosas debido a que éstas se fundan directamente en un colectivo que ha sido hostigado, estereotipado y marginado socialmente o dentro de las relaciones laborales, lo que claramente se interpreta del Art. 2 del C.T. y no de la Constitución.

Por estas razones, sostenemos que los criterios de cualificación de los actos de discriminación no son excluyentes o incompatibles. El criterio último para determinar una conducta discriminatoria es el que prescribe el texto constitucional y no debiese caer en dar “prioridad ... a las “cláusulas específicas” en detrimento de la “cláusula general””. [FN48] El problema que presentaría esta delimitación legal, es *63 que al momento de resolver las contiendas de relevancia jurídica, los órganos aplicadores del derecho asumirían las conductas propias de la cultura jurídica chilena, que revisaremos más adelante.

Otro punto importante de analizar, en términos de interpretación del modelo antidiscriminatorio que presenta nuestro país, sería el fijar los alcances y límites al criterio de capacidad e idoneidad personal. Es decir, a la hora de aplicar el criterio a un caso concreto, qué lineamientos debiese tener en cuenta el juez para poder resolver sobre la posible conducta discriminatoria. En nuestra opinión, los órganos aplicadores del derecho debiesen, en primer momento, ver si en el caso se presenta una de las

distinciones sospechosas que ya hemos explicado y, a partir de esto, realizar un *strict scrutiny* como lo ha denominado la jurisprudencia norteamericana, debido a que ciertos colectivos se encuentran más vulnerables a una eventual discriminación. Este factor de riesgo hace un llamado de atención al juez a una participación activa y, por consiguiente, una revisión aún más inquisitiva de los antecedentes. Estos colectivos varían dependiendo los contextos culturales y dependiendo si han sido estereotipados, hostigados, apartados, marginados, etc. En nuestro país, sería claro señalar por ejemplo, a los pueblos indígenas, los gitanos o las personas peruanas. Es en estos casos donde el juez debe tener especial atención, ya que sobre estos colectivos recae un importante foco de discriminación, no sólo laboral, sino también social.

Ahora bien, en la eventualidad de que el caso no presente ningún rasgo de distinción sospechosa, el juez deberá remitirse a la norma constitucional, y específicamente al criterio de capacidad e idoneidad que prescribe el Art. 19 n° 16 C.P.R. Sin embargo, el criterio constitucional es un criterio general y formal, lo que permite su amplitud para ser subsumido al caso particular, pero no presenta rasgos o indicios que permitan una más fácil delimitación. En estos casos, el juez deberá elaborar un parámetro promedio del determinado empleo en cuestión, que permita determinar si la capacidad o idoneidad personal del afectado satisface o no las condiciones mínimas de ese parámetro. El magistrado debe observar la realidad laboral, crear un parámetro formal de ese empleo u ocupación considerando ciertos mínimos y subsumir el caso particular al parámetro, es decir constatar si el recurrente cumple o no con las exigencias del parámetro. La mayor cantidad de las veces, el parámetro debe construirse a base de las mismas exigencias que hace el empleador. Configurar el parámetro mínimo puede dar a lugar a cuatro situaciones:

1. Las exigencias son cumplidas por parte del afectado, entonces el empleador que ha realizado la discriminación deberá justificar su conducta, en virtud al alivio probatorio que debiese regir en estos procedimientos y que será explicado más adelante.

2. Las exigencias no son cumplidas por el supuesto afectado del acto discriminatorio, entonces el juez deberá desechar la demanda.

- *64 3. El juez constata, bajo el modelo de las distinciones sospechosas, que una o varias de las exigencias que estableció el empleador es discriminatoria, entonces guiado por el “escrutinio

estricto” debe escuchar las justificaciones del empleador sin necesidad de crear el parámetro esperado.

4. El juez constata que una de las exigencias alberga una “discriminación indirecta”.

Para entender este último caso, es necesario explicar el concepto de la discriminación indirecta. Esta teoría, es parte del desarrollo jurisprudencial estadounidense ideado por la Suprema Corte de Justicia, en el afamado caso *Griggs v. Duke Power Company* de 1971. Por este concepto, en el caso del sexo que nos convoca, de “tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres afectados, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro sexo.” [FN49] Consiste en aquellos parámetros, cierto “criterio neutro (no sospechoso), que da como resultado en la práctica un efecto desproporcionadamente negativo sobre algún colectivo de trabajadores protegidos por la ley”. [FN50] La discriminación se realiza en los hechos a través de una exigencia o criterio de selección que formalmente aparece como válido frente al modelo antidiscriminatorio respectivo pero que en la situación fáctica, un determinado colectivo resulta perjudicado. En el caso citado, se solicitaban ciertos *test* de inteligencia y grado de educación media, que formalmente resistían un análisis discriminatorio, pero que, en la práctica y en la realidad material, marginaba a las personas de color el acceso a puestos de dirección y mejores remuneraciones. Otros criterios aparentemente neutros pueden ser la estatura, esfuerzo físico considerable o clasificación de funciones. En consecuencia, teniendo en cuenta la 4ª posibilidad, el juez debe ir más allá del criterio o exigencia formal establecido por el empleador e indagar la realidad y la implicancias que de la exigencia se derivan y constatar, en último término, si la exigencia aparentemente formal y neutra, produce o no discriminación sobre cierto colectivo.

Así concluye la construcción de hermenéutica propuesta con respecto al criterio constitucional antidiscriminatorio y al estatuto de discriminación de nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, quisiera analizar tres puntos finales de *65 relevancia. El primero de ellos es el respecto a los criterios físicos. Una práctica recurrente en nuestro país es exigir buena presencia o una fotografía en los currículos. Pues bien, el recurrir a criterios físicos para contratar o promover a las personas puede, en mi opinión, conducir a discriminaciones. En Bélgica, por

ejemplo, el problema se ha regulado y como observa la O.I.T., se afirma que “debería limitarse estrictamente a los casos en que las características generales de las tareas los justifique, y que dicha justificación debe ser de orden técnico.” [FN51] El criterio de capacidad e idoneidad personal no tolera, por regla general, la exigencia de “buena presencia”, por lo que las excepciones debiesen ser justificadas en función a la ocupación o empleo en cuestión. El segundo punto relevante es que dentro de las comunes discriminaciones que sufren las mujeres en el ámbito laboral, están la diferencia de remuneraciones para trabajos de igual “valor” (económico) y aquellas en virtud del embarazo o el parto. Con respecto a esto, es conveniente afirmar que la discriminación en la relación laboral puede darse en tres momentos de su duración: (1) en una etapa pre-ocupacional (previa celebración del contrato de trabajo), (2) una etapa ocupacional (como es el caso del embarazo o de la diferencias de remuneraciones) y (3) una etapa post-ocupacional (como el despido que encubre una violación de derechos fundamentales). Ya que es posible que la lesión del derecho a la igualdad se vea alterado en cualquiera de estas tres etapas es porque, a nuestro juicio, el principio de no discriminación rige y limita al empleador en todas ellas. Lamentablemente, en el caso de las mujeres, la mayor violación del derecho fundamental de la igualdad se ubicaría en la etapa ocupacional y, actualmente, no existirían medios idóneos para enfrentar dichas violaciones como revisaremos más adelante. En tercer y último punto, quisiera señalar que el denominado “acoso sexual” constituye en su esencia última, una desigualdad en el trato.

Los hostigamientos de índole sexual en el lugar de trabajo perjudican las condiciones de trabajo y las perspectivas de ascenso de los trabajadores. Por lo tanto, las políticas que *66 promuevan la igualdad deben traer consigo la adopción de medidas destinadas a luchar contra tales hostigamientos e impedirlos.

[FN52] V. MEDIOS DE TUTELA Y RECURSOS PROCESALES

El problema que encuentran los derechos fundamentales de los trabajadores, y entre ellos el de no discriminación, es la manera que éstos puedan entrar a tribunales, sean recogidos por éstos y que se apliquen las sanciones correspondientes.

En primer lugar me referiré a los recursos procesales que cautelan los derechos fundamentales en nuestro país. El recurso por excelencia, o la acción siendo estrictos, en nuestro ordenamiento, es la

acción de protección. La eficacia directa de la constitución y de los derechos fundamentales se realiza directamente a través de esta acción de rango constitucional. Con respecto a los derechos fundamentales laborales inespecíficos, encontramos que la acción de protección no es un mecanismo idóneo para la tutela de estos derechos, básicamente por tres razones: (1) por ser una construcción “jurídicamente neutra ... alejado de la [sic] principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador a favor de la parte contratante débil,” [FN53] lo que no facilita de ninguna manera un mejor acceso de parte del trabajador al ejercicio de la jurisdicción; (2) por no contener sanciones reparatorias del acto lesivo, como la nulidad del acto o la indemnización y (3) por ser un medio que pueda generar una conducta agresiva de parte del empleador, luego del término del juicio.

En efecto, no es difícil imaginar, que el empleador adopte represalias contra el trabajador que ha recurrido de protección en su contra, fundado en sus derechos fundamentales, disponiendo para ello de un efectivo mecanismo a nivel legal como el despido por “necesidades de la empresa.” [FN54] Además, podemos agregar que el derecho fundamental de no discriminación laboral no es tutelado en la enumeración que ordena el Art. 20 C.P.R. Por todas estas razones, se entiende que la acción de protección no es un medio eficaz para la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores.

*67 En consecuencia, es necesario un recurso especial y determinado para la tutela de los derechos fundamentales. Pero, uno pudiese argumentar que la Constitución, en virtud del Principio de Vinculación Directa de la Constitución, reclamara la intervención judicial para la revisión de conflictos de esta índole. La fuerza normativa de la Constitución permite invocarla como norma jurídica y aplicarla directamente “aún cuando no exista disposición complementaria alguna, ni siquiera aquélla que regula la forma o procedimiento conforme al cual deba dársele vigencia concreta a la norma constitucional.” [FN55] Significaría que darle plena y directa vigencia a la Constitución consistiría en que el afectado, por una lesión de sus derechos, podría requerir ante el tribunal competente la aplicación directa de la disposición constitucional y dejar de lado el prejuicio de norma programática. Si el afectado recurre por una lesión de sus derechos fundamentales “el Tribunal deberá impetrar las medidas para su protección” [FN56] sancionando, si

es el caso, la conducta lesiva.

Esta interpretación, a nuestro parecer, es la correcta en materia de derechos fundamentales; la norma constitucional se constituye como norma jurídica y obliga y vincula al juez a aplicar los derechos fundamentales. El problema que surge es que, a pesar de la Constitución y los Tratados Internacionales tienen vinculación directa, no existe un procedimiento adecuado y concorde con los objetivos del Derecho del Trabajo. [FN57] Además, no basta con un procedimiento, sino que exige a los órganos aplicadores del derecho superar una anquilosada Cultura Jurídica que ha imperado en nuestro medio. [FN58]

A falta del procedimiento idóneo para la tutela de derechos fundamentales, podemos trazar tres elementos que se consideran esenciales a la hora de llevar los derechos fundamentales a los tribunales, recogidos en la experiencia comparada.

*68 En primer lugar, encontramos una alteración del *Onus Probandi*. El alivio probatorio se establece a favor de la persona afectada por la conducta discriminatoria, ya que los elementos de prueba se encuentran, la mayor parte de las veces, en manos del empleador, de contra quien se dirige el reproche discriminación. [FN59] La regla general es que las acciones discriminatorias sean más presuntas que patentes y, por consiguiente, difíciles de demostrar. Esta flexibilidad probatoria consiste en que se altera el clásico principio de “quien alega un derecho debe probarlo”, puesto que con esta nueva modalidad se modifica el *onus probandi*, y se establece que el afectado debe acreditar “la existencia de “indicios” de la existencia de la conducta lesiva,” [FN60] correspondiendo al demandado dar las razones y exponer las justificaciones que expliquen su conducta. Esta doctrina nuevamente nace en Tribunales de Justicia, este caso, el Tribunal Constitucional Español, que en una emblemática sentencia [FN61] sienta una jurisprudencia que posteriormente va a ser recogida por la Ley de Procedimiento Laboral (L.P.L.). Precisamente, ésta señala en su artículo 172.2 que “en el acto del juicio constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical (o de otro derecho fundamental), corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficiente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. En consecuencia, el legislador procesal en el caso español ha establecido una distinción normativa para equiparar y poner en una misma hipótesis legal a ambas partes respetando y consolidando el valor normativo de la

Igualdad. [FN62] El demandado debe responder por su conducta, dar justificaciones razonables y en el caso que no lo haga “es decir, si el defensor no es capaz de oponer una respuesta satisfactoria a una demanda, se podrá deducir razonablemente que ha habido discriminación.” [FN63] *69 Importante es señalar que este alivio probatorio constituye una protección suplementaria frente a las conductas discriminatorias, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo.

Este principio procesal para la tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral, parece tener sus primeras repercusiones en el medio nacional puesto que dentro del Foro para la Reforma Procesal Laboral en donde:

parece adecuado un sistema que, sin invertir la carga de la prueba, atenúe la carga probatoria del afectado, obligándolo sólo a aportar probanzas que constituyan indicios de vulneración de derechos fundamentales. Acreditados esos indicios, sobre el demandado recaerá la obligación de probar que una actuación determinada tuvo fundamentos distintos de aquella conducta antijurídica, pero en apariencia lícita. [FN64] Este elemento ya se ha plasmado en el proyecto de reforma Procesal Laboral, donde se consagra un artículo muy similar al precepto español. [FN65]

Una segunda institución importante dentro del procedimiento especial, corresponde al de la sanción del acto discriminatorio. En derecho comparado, y en el proyecto de reforma, se establece la nulidad del acto lesivo. Ésta es, en España por ejemplo, una “nulidad absoluta y radical del acto impugnado, restituyendo la situación a su estado anterior y reconociendo, en su caso, indemnización por los daños y perjuicios causados.” [FN66] En Chile, por otra parte, dentro de los requisitos de validez de todo acto jurídico se encuentra el objeto lícito. Pues bien, un despido que violenta derechos fundamentales debiese ser considerado un acto jurídico nulo, de nulidad absoluta, porque en los términos del Art. 1462 C.C. “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno” o también en virtud del Art. 1466 ya que, puesto que la discriminación está prohibida por la Constitución y las leyes, hay objeto ilícito en todo acto “prohibido por las leyes”. Es, en definitiva, como señala Palomeque, un acto que reviste caracteres de antijuridicidad [FN67] y que, en último término, no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico.

Con la nulidad del acto es necesario establecer prerrogativas que aseguren el cese de la práctica lesiva y que, junto con un sistema de sanciones concordantes *70 con lo que significa la violación de derechos fundamentales, erradiquen conductas inaceptables para el ordenamiento. Por esta razón, la tercera institución que aparece en un procedimiento especial, es la reincorporación del trabajador afectado o, en subsidio, la indemnización correspondiente, sin perjuicio de las sanciones administrativas que sean pertinentes.

De esta forma es como se construye un procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales dentro de las relaciones laborales. Sin estas instituciones mínimas y orientadas por los principios del Derecho del Trabajo, la discriminación dentro de las relaciones laborales va a seguir permaneciendo impune.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Vasto camino hemos recorrido para analizar desde una perspectiva crítica el tratamiento de los derechos fundamentales laborales, en general, y el de no discriminación, en particular. A modo de conclusión, me permito establecer las siguientes inferencias:

1. Los derechos fundamentales, dentro de las relaciones de privados, rigen, tanto o más, que con respecto a las autoridades y organismos públicos. La doctrina alemana del *Drittwirkung* es reconocida y legitimada constitucionalmente, a través del Art. 6.2 C.P.R. En el ámbito laboral, esta doctrina cobra especial importancia debido a las relaciones de subordinación que legitima el ordenamiento jurídico.

2. Debe entenderse desde el concepto moderno el valor de la Igualdad y superar el esquema liberal clásico. Esta nueva noción de igualdad se constituye en una “igualdad de las diferencias”, que admite, tolera e iguala las distintas individualidades propias de cada individuo. A partir de una premisa básica que ordena la igualdad de trato, se pueden admitir distinciones normativas bajo una fundamentación razonable y que re-equilibre los niveles de igualdad que *de facto* no son logrados.

3. El problema de la discriminación es un problema complejo y que desborda al régimen jurídico que lo regula. Dentro de esto último, el concepto de los estereotipos cobra fundamental importancia ya que, trasladando al campo jurídico, se conecta plenamente con las distinciones sospechosas. Con respecto al modelo antidiscriminatorio, podemos

señalar que el constituyente ha sido progresista al establecer un criterio madre que prohíbe toda discriminación que no se funde en la idoneidad y la capacidad personal. El legislador, a su vez, concreta un modelo de distinciones sospechosas mediante las cuales el juez debe atender a un *strict scrutiny* para resolver sobre la eventual conducta discriminatoria.

4. El problema de los derechos fundamentales laborales en nuestro país, no radica en la Constitución o en las leyes que regulan el modelo antidiscriminatorio, *71 sino que más bien, las dificultades se encuentran en los mecanismos procesales de tutela y la cultura judicial, si es que existe una, que impera en nuestro país. Vano es el esfuerzo de construcción de un modelo de hermenéutica del Estatuto Discriminatorio si el Derecho Procesal Laboral no se ajusta a los principios sustantivos del Derecho del Trabajo. [FN68] La efectiva tutela de los derechos fundamentales pasa por la configuración de tres instituciones claves, esto es, el alivio probatorio o una flexibilidad del *onus probandi*, la nulidad del acto lesivo y sanciones que produzcan un cese de la práctica lesiva del derecho fundamental, como la reincorporación del trabajador en el caso de despidos atentatorios de derechos fundamentales. El procedimiento de tutela de derechos fundamentales dentro de las relaciones laborales debe construirse a partir de estas instituciones mínimas y claves a la vez, puesto que como señala Ugarte, [FN69] el largo camino de los derechos fundamentales a los tribunales se basa principalmente en obstáculos procesales para una efectiva tutela.

Finalmente, la última barrera sociológica o cultural, es la más difícil de atravesar puesto que exige un esfuerzo en el mediano plazo para una educación, en todos los niveles, partiendo por las Escuelas de Derecho, y en todas las esferas. Una educación que tenga como base el consenso social mínimo: el respeto y promoción de derechos fundamentales y garantías constitucionales.

[FNal] . Estudiante Universidad Jesuita Alberto Hurtado. El autor desea agradecer a José Luis Ugarte, Miguel Ángel Fernández, Diego López y Hugo Rojas quienes generosamente revisaron y corrigieron los borradores de la presente monografía.

[FN1] . Luis Lizama Portal & José Luis Ugarte Cataldo, *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa* 154 (Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 1998).

[FN2] . En definitiva, son “derechos fundamentales que se reconocen a la persona en su condición de tal y no específicamente en su condición de participante en el proceso productivo; pueden ser también ejercidos por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo”. Véase A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, J. García Muria, *Derecho del Trabajo* 143 (Tecnos, Madrid, 7^a ed. 1998).

[FN3] . Antonio Baylos Grau, *Derecho del Trabajo: un modelo para armar* 95 (Trotta, Madrid 1991).

[FN4] . Martín Valverde, et al., *supra* n. 2, en la pág. 143.

[FN5] . Lizama Portal & Ugarte Cataldo, *supra* n. 1, en la pág. 165. (Énfasis agregado). Véase también, *Id.*

[FN6] . El derecho legitima y regula la potestad de mando del empleador, configurando una relación anómala en sociedades democráticas y dando a lugar a una potencialidad de riesgo para la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores. Esta relación anómala, según la opinión de algunos, sería incoherente con los principios básicos del régimen democrático si no fuese regulado por el derecho. Véase Baylos Grau, *supra* n. 3, en la pág. 99.

[FN7] . Históricamente, la oponibilidad de los derechos fundamentales se entendió de manera *vertical*, es decir como aquellos derechos que los particulares oponían al Estado soberano y que se constituían como una barrera de intervención, donde los organismos del Estado estaban obligados a respetar. Es, por lo tanto, la consagración de los derechos y de la ideología liberal. VV. AA., *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos* 665-666 (Cecilia Medina Quiroga & Jorge Mera Figueroa eds., Cuadernos de Análisis Jurídico N^o 6, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales 1996). (Énfasis Agregado).

[FN8] . Ahora bien, parte de la doctrina española sostiene que los derechos fundamentales de los trabajadores deben ser ajustados o “adaptados” a la organización productiva empresarial en donde quieren ser aplicados o exigidos estos derechos. Manuel Alonso Olea & M^a Emilia Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo* 725-726 (Civitas, Madrid, 17^o Edición 1999). Pese a que los mismos autores señalan

que la restricción de estos derechos deba realizarse cuando “sea *estrictamente imprescindible* para satisfacer los legítimos intereses empresariales” y que esta “restricción sea *proporcional* a la consecución del fin”, no compartimos esta interpretación y sostenemos que los derechos fundamentales de los trabajadores constituyen uno de los límites que posee el derecho de propiedad y de la libre iniciativa en materia económica, fundamentos jurídicos últimos del poder de dirección del empleador. La autonomía de la voluntad, desequilibrada materialmente en las relaciones laborales, donde la parte contratante fuerte tiene mayores posibilidades de imponer las cláusulas contractuales, tiene consagración en el texto constitucional, pero y siguiendo en esto al análisis de Carlos Peña, una “aplicación absoluta e indiscriminada de la idea de libertad en las relaciones sociales puede conducir justamente a un deterioro de la misma idea de libertad que se intenta proteger”, a un deterioro de las demás libertades fundamentales. Peña, *supra* n. 7, en la pág. 666. En consecuencia, la eficacia plena y directa de la constitución y los derechos fundamentales se entiende como un límite a otros derechos fundamentales, que permite a la vez una realización armónica de todos los derechos que son consagrados.

[FN9] . “Art. 6.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución **obligan** tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a **toda persona, institución o grupo**. La infracción de esta norma generará la responsabilidad y sanciones que determine la ley.”

[FN10] . Mario Verdugo, Emilio Pfeffer & Humberto Nogueira, *Derecho constitucional* 132 (Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago 1999).

[FN11] . José Luis Cea Egaña, *El Sistema Constitucional en Chile. Síntesis Crítica* 180 (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile 1999).

[FN12] . Luz Bulnes Aldunate, *La Fuerza Normativa de la Constitución en Revista Chilena de Derecho*, Número Especial 137 (1998). Asimismo, el Tribunal Constitucional ha manifestado la existencia de este principio, “el de la “vinculación directa” de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios tanto para los gobernantes como para los gobernados”. Eugenio Valenzuela Somarriva, *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (11 marzo 1981 - 10 marzo 1989)* 5 (Editorial Jurídica, Santiago 1989).

[FN13] . VV. AA., *supra* n. 7, en la pág. 666.

[FN14] . “[Q]ue el artículo 1º de la Carta Fundamental constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”. Ver al respecto, STC rol 53/1988, considerando 12º.

[FN15] . Véase C. Medina, *Una Consideración Histórico Ideológico sobre el Trabajo en Crisis de la Sociedad Salarial* 51 y ss. (Granada 1999).

[FN16] . Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil* 75 (Trotta, Madrid 1999).

[FN17] . Dentro de un esquema normativo formal de igualdad se pretende anular toda diferencia, incluso aquellas inherentes a las personas, para dar un tratamiento igualitarista que desconoce diferencias. Así, en el caso del sexo, las mujeres y sus diferencias no serían discriminadas ya que en virtud del modelo formal de igualdad, sus diferencias propias se ven anuladas, negadas, olvidadas. Las mujeres tendrían, en el ámbito de *iure* los mismos derechos, pero las discriminaciones y desigualdades provendrían del ámbito de *facto*, justamente porque las diferencias son penalizadas de hecho en virtud de “los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad”. *Id.*

[FN18] . Medina, *supra* n. 15, en la pág. 51.

[FN19] . Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* 386 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993).

[FN20] . Ferrajoli, *supra* n. 16.

[FN21] . STC rol 53/1988, considerando 72.

[FN22] . STCE nº 420/1985, de 26 de junio.

[FN23] . Alexy, *supra* n. 19, en la pág. 404.

[FN24] . Lizama Portal & Ugarte Cataldo, *supra* n. 1, en la pág. 197.

[FN25] . Miguel Rodríguez-Piñero & María Fernanda Fernández López, *Igualdad y Discriminación* 46 (Tecnos, Madrid 1986).

[FN26] . *Id.*

[FN27] . Ferrajoli, *supra* n. 16, en la pág. 80.

[FN28] . Alexy, *supra* n. 19, en la pág. 388.

[FN29] . Rodríguez-Piñero & Fernández López, *supra* n. 25, en la pág. 50. Véase también, Luis López Guerra, *Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución en Mujer y Constitución en España* 23 y ss. (E. Álvarez Conde y otros, Madrid, CEC 2000). Como ha dicho en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional Español: “el derecho fundamental a la igualdad consiste en el derecho subjetivo a obtener un trato igual por parte de quienes se encuentran en una situación de hecho sustancialmente idéntica, de manera que, a igualdad de supuestos de hecho, no puede atribuir la norma consecuencias jurídicas distintas, si **no media una justificación objetiva y razonable.**” STCE n° 420/1985, de 26 de junio. (Énfasis agregado).

[FN30] . Alexy, *supra* n. 19, en la pág. 388. Esto suscita problemas en una Cultura Jurídica que mayoritariamente reconoce a la interpretación del derecho desde su visión decimonónica, esto es, desde un *acto de conocimiento*. Nuestra comunidad jurídica entiende a la interpretación una función de buscar el contenido oculto de la ley, descifrar lo que quiso decir el legislador. VV.AA., *La Cultura Jurídica Chilena* 42, 86-94 (Agustín Squella ed., Corporación de Promoción Universitaria 1988).

[FN31] . Alexy, *supra* n. 19, en la pág. 396.

[FN32] . Miguel Ángel Fernández González, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley* 35 (Ed. ConoSur, Santiago 2001). (Énfasis en la nota).

[FN33] . Ferrajoli, *supra* n. 16, en la pág. 82. Como señala la Constitución Italiana en su artículo 3.2: “[c]onstituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, **limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos**, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. (Énfasis Agregado).

[FN34] . STC rol 53/1988, considerando 12.

[FN35] . Rodríguez-Piñero & Fernández López, *supra* n. 25, en las págs. 82-83.

[FN36] . *Id.* en la pág. 88.

[FN37] . “Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

N° 16.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad en el personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”

[FN38] . Podemos encontrar el “Pacto de Derechos Civiles y Políticos” en sus artículos 14, 24, 25 y especialmente, en lo que nos compete el articulado 26 que prescribe: “[t]odas 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.” Se permite interpretar de la citada disposición, que señala expresamente una serie de categorías discriminatorias que están prohibidas y garantiza la protección que debe asegurar la ley para materializar este mandato. También encontramos con particular relevancia en el área del Derecho del Trabajo, el Convenio 111 relativo a “la discriminación en materia de empleo y ocupación” de la Oficina Internacional del Trabajo (O.I.T.). Como los instrumentos internacionales anteriores, éste posee también una definición de Discriminación, pero además posee una característica especial, ya que deja una fórmula normativa abierta que permite entender por discriminación “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” (Art. 1), entendiéndose por “cualquier otra distinción”, cualquiera distinción que se aparte de los criterios clásicos de discriminación como son el sexo, la raza, pensamiento político y nacionalidad, entre otras, con la salvedad de que la nueva distinción debe ser aprobada tanto por las organizaciones representativas de trabajadores como por la de empleadores.

[FN39] . La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” atiende expresamente a las prohibición y erradicación de discriminación sexual y con un énfasis al género femenino. Dentro de sus preceptos generales de Igualdad es destacable el Art. 2, letra c) que consagra el deber de los Estados partes para tomar las medidas de protección jurídica y efectiva de la mujer frente a actos discriminatorios y el artículo 5 que obliga al Estado a tomar las medidas necesarias para

“[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los **prejuicios** y las **prácticas consuetudinarias** y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en **funciones estereotipadas** de hombres y mujeres.” (Énfasis Agregado). Este precepto se conecta directamente con un análisis sociológico que debe establecerse, ya que le entrega plena fuerza normativa a un mandato que debe tender a la erradicación de estereotipos que en las situaciones de hecho producen discriminación a la mujer. Con respecto al ámbito netamente laboral, el artículo 11 de la Convención en cuestión, se encarga de listar una serie de disposiciones que aseguran un derecho de igual acceso a los **trabajos libremente elegidos**, a una **igual remuneración** y a los sistemas de seguridad social, entre otros.

[FN40] . Al respecto, ha habido cierto debate acerca de la constitucionalidad de las acciones positivas. Ciertos autores sostienen que los únicos criterios para admitir diferenciación en materia laboral, son los que señalan taxativamente el Art. 19 n° 16 inc. 3, es decir, la capacidad o idoneidad en el cargo, la edad y la nacionalidad. Esta interpretación se basa en la prohibición constitucional del artículo citado, pero omite un análisis sistémico y finalista, complementado con los tratados internacionales, para poder asegurar la igualdad de oportunidades en las relaciones de trabajo. Acerca de la inconstitucionalidad de las diferenciación positiva en materia laboral, véase Fernández González, *supra* n. 31, en las págs. 107-111. En contrario, Sergio Gamonal Contreras, *La Lucha contra la Discriminación Femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad en Revista Laboral Chilena* 69-79 (Santiago, Agosto 2001).

[FN41] . “Art. 2. Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. 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 requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero. Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren. Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento que regula la prestación.”

[FN42] . Otras disposiciones que asegurarían el principio de no discriminación en materia de relaciones de trabajo, sería el Art. 5.1 C.T., que establece como límite a las facultades del empleador, las garantías constitucionales y también el Art. 194.4 C.T. que prohíbe cualquiera conducta discriminatoria que tenga por ocasión el embarazo de una trabajadora.

[FN43] . Además, el Código establece que las obligaciones del inciso segundo y tercero del citado artículo, se constituyen en elementos de la naturaleza del contrato de trabajo, por lo cual no podrían ser nunca obviadas y además, no pueden ser renunciadas por las partes en virtud del Art. 5.2 CT, que prescribe el principio de irrenunciabilidad de los derechos en materia laboral.

[FN44] . Lizama Portal & Ugarte Cataldo, *supra* n. 1, en la pág. 234.

[FN45] . Oficina Internacional del Trabajo, O.I.T., *Igualdad en el Empleo y la Ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* 23 (Ginebra, 75ª reunión 1988).

[FN46] . *Id.*

[FN47] . Lizama Portal & Ugarte Cataldo, *supra* n. 1, en la pág. 233.

[FN48] . Rodríguez-Piñero & Fernández López, *supra* n. 25, en la pág. 66.

[FN49] . Fernando Rey Martínez, Ponencia, *El Principio de Igualdad y el Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo* (III Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: Género y Derechos, Zaragoza 2001) en <http://www.unizar.es/> (última visita efectuada el 28 de diciembre de 2002).

[FN50] . José Luis Ugarte Cataldo, *Los Derechos Fundamentales y la Relación Laboral: El Largo Camino a los Tribunales*, en *Anuario de Derecho del*

Trabajo y la Seguridad Social, N° 2/2001, *Reforma Procesal Laboral* 52 (Santiago 2001).

[FN51] . Oficina Internacional del Trabajo, O.I.T., *supra* n. 45, en la pág. 71. Así también se ha referido el Tribunal Constitucional Español (T.C.E.), con respecto a si una presencia atractiva era un requisito de capacidad o idoneidad para el cargo de auxiliar de vuelo. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que “[p]ueden existir actividades laborales en las que la presencia física tenga una importancia decisiva, pero este no es el caso de las Auxiliares de Vuelo, cuya actividad consiste en prestar determinados servicios que competen por igual a los Auxiliares masculinos y femeninos.” STCE 207/1987, FJ 1.º citada en Francisco Rubio Llorente Ed., *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)* 129 (Ariel, Barcelona 1995). Compartiendo el criterio del Tribunal Constitucional Español, pensamos que una característica física que es necesaria para el cargo debiese claramente ser interpretada de manera restrictiva y ser evaluada en la situación fáctica.

[FN52] . Oficina Internacional del Trabajo, O.I.T., *Boletín Oficial*, vol. LVIII 104 (Ginebra 1985).

[FN53] . Ugarte Cataldo, *supra* n. 50, en la pág. 48.

[FN54] . Lizama Portal & Ugarte Cataldo, *supra* n. 1, en la pág. 178.

[FN55] . Miguel Ángel Fernández González, *La Fuerza Normativa de la Constitución* en 63 *Revista de Derecho Público* 79 (Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001).

[FN56] . *Id.* en la pág. 80.

[FN57] . En esta línea, debe entenderse que el Derecho Procesal o Adjetivo debe sujetarse a los principios sustantivos que rigen en la materia que se está tutelando. De esta forma, el fundamento que basa al Derecho del Trabajo se traslada a las normas procesales, donde “la desigual posición de las partes como punto de partida, requiere la adaptación necesaria para el logro de una igualdad real”. Irene Rojas Miño, *La Necesaria Especialización de la Justicia Laboral: los desafíos en Chile*, en *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* N° 2/2001 *Reforma Procesal Laboral* 38 (Santiago 2001).

[FN58] . Donde encontramos una de las hipótesis que desarrolla Jorge Correa, la cual señala que el

Juez cumple una función de aplicación del derecho basada en el subsumir la norma general, de manera lógica y mecánica, al caso concreto. Si la función judicial se entienda de esta forma, la aplicación directa de la Constitución por una falta de procedimientos no le correspondería al juez, éste únicamente debe limitarse a aplicar y aparece como un órgano subordinado de las funciones del Estado, casi como un servicio público. VV.AA., *supra* n. 30, en las págs. 75 y ss.

[FN59] . Oficina Internacional del Trabajo, O.I.T., *supra* n. 52, en la pág. 247.

[FN60] . Ugarte Cataldo, *supra* n. 50, en la pág. 51.

[FN61] . STCE 38/1981, a propósito de un despido discriminatorio por motivos de afiliación sindical. En dicha sentencia, el T.C.E. manifestó: “el empresario debe probar que el despido, tachado de discriminatorio, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical, y que este principio se generalice a todos los trabajadores y, desde luego, a los trabajadores que son candidatos o que han sido presentados como candidatos la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores”. Es entonces, precisamente a raíz de un problema laboral de derechos fundamentales que el T.C.E. crea esta doctrina jurisprudencial para salvaguardar y restablecer la igualdad. Es decir, y como veíamos anteriormente, se admiten distinciones normativas con respecto al *onus probandi* a favor de la parte contratante débil y procesalmente disminuida con respecto a las pruebas. Al respecto véase Manuel Carlos Palomeque López, *Despidos Discriminatorios y Libertad Sindical* (Civitas, Madrid 1983).

[FN62] . Aunque a algunos superpongan el derecho del debido proceso. Al respecto véase Ferrajoli, *supra* n. 16, en la pág. 95.

[FN63] . Oficina Internacional del Trabajo, O.I.T., *supra* n. 52, en las págs. 247-248.

[FN64] . Foro para la Reforma Procesal Laboral y Previsional, Resumen Ejecutivo 15-16.

[FN65] . El nuevo Art. 504 señala en el proyecto: “cuando el denunciante aporte en sus alegaciones indicios de que se ha producido la vulneración denunciada, corresponderá al denunciado justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad.”

[\[FN66\]](#) . Martín Valverde, et al., *supra* n. 2, en la pág. 657.

[\[FN67\]](#) . Palomeque López, *supra* n. 61, en la pág. 64.

[\[FN68\]](#) . En esta línea, debe entenderse que el Derecho Procesal o Adjetivo debe sujetarse a los principios sustantivos que rigen en la materia que se está tutelando. De esta forma, el fundamento que basa al Derecho del Trabajo se traslada a las normas procesales, donde “la desigual posición de las partes como punto de partida, requiere la adaptación necesaria para el logro de una igualdad real.” Rojas Miño, *supra* n. 57.

[\[FN69\]](#) . Ugarte Cataldo, *supra* n. 50.

END OF DOCUMENT