



UNIVERSIDAD
Finis Terrae
VINCE IN BONO MALUM

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

**TRATAMIENTO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LA
DISCRIMINACION LABORAL EN CHILE**

ANDREA DEL PILAR MONTERO CELIS

TAMARA SALINAS SZADA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho para optar al grado de Licenciado
en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Denise Lara Castro

Santiago, Chile

2013

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN, CLASES DE DISCRIMINACIÓN Y CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL.	2
1.1 Conceptos de discriminación	2
1.2 Clases de discriminación	3
1.3 Concepto de discriminación laboral, ¿Qué supone esta definición? ..	4
CAPÍTULO 2: LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.	5
2.1 La declaración universal de los derechos humanos	6
2.2 El pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.....	7
CAPÍTULO 3: LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL.....	11
CAPÍTULO 4: DISCRIMINACIÓN LABORAL DIRECTA E INDIRECTA	14
CAPÍTULO 5: ELEMENTOS O REQUISITOS ESENCIALES DEL ILÍCITO LABORAL Y DISTINCIONES NO CONSTITUTIVAS DE DISCRIMINACIÓN.	16
5.1 Los requisitos de un acto ilícito laboral deben ser	16
5.2 Distinciones no constitutivas de discriminación	16
CAPÍTULO 6: ¿POR QUÉ AÚN PERSISTE LA DISCRIMINACIÓN? Y ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA PARA ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN LABORAL?.....	18

6.1	¿Por qué sigue existiendo discriminación?	18
6.2	¿Cuál es la importancia de eliminar la discriminación laboral.....	18
CAPÍTULO 7: ETAPAS DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL.		19
7.1	Etapa pre-ocupacional	19
7.2	Etapa post-ocupacional.....	21
7.3	Etapa ocupacional	21
CAPÍTULO 8: LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA		22
8.1	La no discriminación laboral en la Constitución Política de la República	22
8.2	La no discriminación laboral en el Código del Trabajo.....	23
8.3	Otras disposiciones legales nacionales sobre discriminación laboral	29
CAPÍTULO 9: FACTORES DE DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES.....		33
9.1	El mobbing o acoso moral laboral.....	33
9.2	Discriminación laboral por sexo	38
9.3	La maternidad como factor de discriminación.....	44
9.4	El mobbing maternal	57
9.5	El acoso sexual como forma de discriminación laboral.....	58
9.6	Discriminación laboral por orientación sexual	62
9.7	Discriminación laboral por edad.....	63
9.8	Discriminación laboral por motivos de salud	70
9.9	Discriminación laboral por discapacidad	77
9.10	Discriminación laboral por origen social y apariencia personal.....	85
9.11	Discriminación laboral para los trabajadores inmigrantes.....	86
9.12	Discriminación laboral etnia	87

9.13	Discriminación laboral por libertad sindical	89
CAPÍTULO 10: TUTELA JURISDICCIONAL DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL.....		
		92
10.1	Ventajas que ofrece el procedimiento de tutela para el trabajador ...	93
10.2	El procedimiento tutela propiamente tal	94
CAPÍTULO 11: LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LA DISCRIMINACIÓN LABORAL.		
		98
CAPÍTULO 12: DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO SOBRE DISCRIMINACIÓN LABORAL.		
		101
CONCLUSION		
		103
BIBLIOGRAFIA		
		105

INTRODUCCION

La presente memoria, tiene como función revisar el tema de la discriminación laboral, desarrollándolo en un principio sus ideas básicas, como su legislación y protección internacional, hasta llevarla a la normativa nacional de hoy en día, como también analizaremos casos concretos de discriminación en el ámbito laboral. Y es, precisamente, por la gran importancia que tiene aún este tema tanto a nivel nacional como internacional, porque a diario existen millones de personas que se encuentran siendo víctimas de discriminación de diversos tipos, donde se les deniega acceder a puestos de trabajos, se les encasilla en determinadas ocupaciones o reciben una remuneración inferior sólo por su edad, sexo u otro atributo físico, sea cual sea sus capacidades o los requisitos del empleo, lo que hace que los trabajadores, que sufren de discriminación, se expresen y participar activamente en sus fuentes laborales, lo que afectará la calidad de vida y salud de quienes se ven enfrenados a esta cruel realidad, y lo que en definitiva también afectará la rentabilidad y productividad de la empresa o lugar de trabajo. Es por esto, que eliminar todo tipo de discriminación laboral, por más utópico que parezca, es fundamental para la dignidad humana, la libertad y la igualdad en los individuos.

Elaboraremos la presente memoria por medio de revistas, libros y legislación tanto nacional como internacional, referidos a este tema, que nos permitió tener una idea clara de lo que es la discriminación laboral, cuándo se da y cómo afecta ésta a sus víctimas, como también dispondremos de jurisprudencia internacional como nacional sobre diversos casos de discriminación, para informarnos sobre la aplicación legislativa al caso concreto y por último disponemos de las medidas como la auto tutela para accionar en caso de discriminación laboral.

CAPÍTULO 1: CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN, CLASES DE DISCRIMINACIÓN Y CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL.

En el mundo laboral nos encontramos, día a día, con casos de discriminación de diversos tipos, afectado a millones de personas a quienes se les deniega un puesto de trabajo, se les da determinadas ocupaciones o se les ofrece un salario más bajo por su género, religión o del color de su piel, sea cual sean sus capacidades o los requisitos del trabajo.

1. 1. Concepto de discriminación.

Para hablar sobre la discriminación laboral, primero debemos definir que es discriminación, la cual, abarca una serie de conceptos tales como separar, distinguir, diferenciar.

La Academia de la Real Lengua Española señala que discriminación, es la acción y efecto de discriminar, siendo el objetivo principal de esta acción pretende hacer es diferenciar o destacar a una persona o grupo de personas por sobre el resto, ya sea por factores de género, religión, color, etnia, condición sexual, nacionalidad, entre otros. No obstante, en su acepción más coloquial, la palabra discriminar, se refiere al acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad.

Toda discriminación presenta una característica común, que es el trato diferente a las personas, sea por su raza, color, sexo, entre otras, lo que contradice a la igualdad de oportunidades y de trato, provocando desigualdades.

1. 2. Clases de discriminación.

Los afectados de discriminación son mayormente individuos que pertenecen a las denominadas minorías, las que son pequeños grupos dentro de una sociedad. Hay veces que estos grupos no son pequeños pero, aún así, son rechazados.

Hay numerosos ámbitos donde las personas pueden ser discriminadas, siendo algunos casos de discriminación los siguientes:

- a) **Discriminación social:** es aquella donde se ven afectados los grupos de bajo nivel socioeconómico con respecto a los que están en una mejor posición con respecto a esta escala. El factor social es determinante al momento de buscar trabajo, siendo probable que personas de un estrato más alto ocupen cargos sobre otros candidatos más capacitados, pero de un nivel socioeconómico más bajo.
- b) **Discriminación laboral:** es aquella que comprende el trato de inferioridad dado a personas por motivos ajenos a su capacidad dentro del ámbito de la libertad de trabajo y derecho al mismo, en el cual nos avocaremos en esta memoria.
- c) **Discriminación sexual:** es la que nace al hacer diferencias por motivos de género.
- d) **Discriminación racial:** se da al discriminar el origen de la persona y generalmente por el color de la piel.

- e) **Discriminación religiosa:** es la que se produce debido a la poca tolerancia a las personas con respecto a las creencias y religiones ajenas.

1. 3. **Concepto de discriminación laboral, ¿Qué supone esta definición?**

La definición más idónea, correcta y completa de discriminación laboral, es la que da la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) *“...El término discriminación comprende: 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”*.¹

Esta definición supone, que la intencionalidad no es un requisito esencial en la discriminación y lo que determina a la discriminación es la privación o limitación de la igualdad de oportunidades y tratos ocasionado por un tratamiento diferente.

¹ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (núm. 111, 42ª reunión CIT 1958, Ginebra). Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Ginebra, Suiza. 1960.

CAPÍTULO 2: LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

La comunidad internacional se ha manifestado en relación a la discriminación, principalmente por considerarla como una de las principales fuentes de desigualdad mundial, al privar a ciertos grupos de sus derechos fundamentales (como salud, seguridad social, educación, entre otros muchos) y es por eso que la ha reconocido en diversos instrumentos internacionales.

La discriminación laboral, es un problema mundial y que se da a diario. Se produce cuando se rechaza o escoge a un trabajador por sus atributos físicos, cuando se le da un sueldo inferior, cuando se le pide la prueba de embarazo a una mujer o por despedir a una persona por ser poseedor de VIH, entre otros casos, ya que la discriminación en el trabajo toma diversas formas y ocurre en todo tipo de ámbito laboral.

Eliminar la discriminación laboral es un requisito esencial para eliminar la discriminación social y así, obtener una justicia social, es por esto que en los últimos tiempos los países han elaborado o se han dotado de normas antidiscriminatorias tendientes erradicar la discriminación en el trabajo.

Algunos instrumentos internacionales donde se consagra la discriminación son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el Convenio N° 100 de la O.I.T., la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, entre otros, creándose así, un marco de tutela para proteger los derechos humanos que pueden verse afectados por la discriminación.

El artículo 20, número 20, del Convenio 169 de la O.I.T. prohíbe la discriminación y establece *“Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:*

- a. Acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso.*
- b. Remuneración igual por trabajo de igual valor.*
- c. Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda.*
- d. Derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores”.*

2. 1. La declaración universal de los derechos humanos.

Es el instrumento más importante del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, sobre todo porque ha servido como inspiración al resto de acuerdos adoptados en el marco de dicho organismo y referidos a la protección de los Derechos Humanos.

Su artículo 2º dispone que los derechos contenidos en su texto se encuentran garantizados para todas las personas, sin que pueda mediar distinción alguna entre ellas, estableciendo *“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”.

La Declaración más adelante agrega *“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”.*

2.2. El pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.

Su artículo 2º señala, que quienes lo suscriban, se obligan a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian todas las personas, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Recién en el Siglo XX la palabra *“discriminación”* logra tener importancia en los textos internacionales de derechos humanos, debido a que antes de este período no se reconocía a la discriminación como una problemática digna de ser tratada en las convenciones de los países, siendo los esfuerzos internacionales para combatir la discriminación casi inexistentes hasta la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas.

En 1945, uno de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas era fomentar *"el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los individuos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión"* y junto con el artículo 7 de la declaración universal de derechos humanos, en el año 1948, que

señala *“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”* elaboran los primeros pasos de la legislación tendientes a evitar los perjuicios de la discriminación en la sociedad.

Más tarde, este concepto, se utilizó nuevamente en la Convención Internacional sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952, pero fue recién en el año 1958, en la Convención sobre la Discriminación en materia de empleo y ocupación donde, este concepto, es definido por primera vez en un instrumento internacional, refiriéndose a este término como: *“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*.

Posteriormente, otros tratados internacionales también trataron la problemática social de la discriminación, algunos fueron la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, entre otros.

La doctrina moderna ha establecido que la discriminación no es un concepto equivalente a una distinción simplemente arbitral, debido a que ambas se refieren a una acción de diferenciar dos entidades para aplicar tratamientos distintos a cada una de ellas, la diferencia nace en el hecho de que la discriminación es una distinción en que el criterio para efectuarlas es injustificado, por otro lado, en la simple distinción el criterio para realizarla es justificado y racional.

El autor argentino Julio Martínez Vivot² señala “se aplica discriminación cuando injustificada e irracionalmente se ve afectada una persona, grupo de personas o comunidad en el ejercicio de sus libertades fundamentales, contenidas en la Constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social, además de razones de cualquier naturaleza posible”.

La O.I.T. ha señalado “hay discriminación cuando, por ejemplo, a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo religioso minoritario, se le deniega un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de sus creencias religiosas o de su afiliación sindical. La discriminación se manifiesta también cada vez que un trabajador migrante cobra un salario inferior al de un trabajador nacional por un empleo idéntico, o cuando el pago de la remuneración a los trabajadores de una casta inferior o a los trabajadores agrícolas indígenas se retrasa sistemáticamente con respecto a la fecha de cobro de sus colegas de casta superior o no indígenas. También es víctima de discriminación la enfermera o la radióloga que desempeña un trabajo de valor igual al de un técnico paramédico, pero que percibe una remuneración inferior”³.

A partir de los conceptos entregados por la doctrina y los tratados internacionales, podemos definir aun más clara la idea de discriminación laboral propiamente tal, entendiéndola como “toda exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro

² MARTINEZ Martínez, Julio. La discriminación laboral. Despido discriminatorio. 2000.[Fecha de consulta: 4 de Abril 2013]. Disponible en: <http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf>.

³ *La igualdad en el trabajo: Afrontar los retos que se plantean* [en línea] Oficina internacional del trabajo, Ginebra. 2007.[fecha de consulta: 11 Junio 2013]. Disponible en: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@webdev/documents/publication/wcms082609.pdf>>

que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.”⁴

Por medio este concepto podemos deducir dos ideas en el estudio de la discriminación laboral. La primera es que los actos que constituyen la discriminación se pueden efectuar durante como fuera de la relación laboral, esto es al configurarse el contrato de trabajo o cuando este ya se ha extinguido y la segunda idea, señala que la discriminación laboral no sólo opera en la admisión del empleo, sino que también será el acceso a los medios de formación profesional y a las condiciones de trabajo, esto se debe a que la discriminación en el ámbito laboral puede tener diversas manifestaciones, incluso llegando a actos segregación en el ambiente de trabajo. En ambos casos, se pueden citar ejemplos como el prototipo de una determinada apariencia física, la edad de contratación, el género o incluso el nombre.

El término de discriminación más completo y de mayor utilización es el establecido por la OIT mediante el Convenio N° 111 que cita: “...*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...*”.

⁴ LIZAMA Portal, Luis y UGARTE Cataldo, José Luis. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1998. 248 p.

CAPÍTULO 3: LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL.

Desde el punto de vista histórico, al principio, el derecho laboral fue construido sin diferencias raciales ni étnicas, sino económicas y políticas. Lo que condujo a que el derecho laboral del siglo XX no existieron normas que sancionaran la discriminación. Esto cambió Desde los años 50, ya que por medio de la O.I.T., se empezó a incluir normas que consagraron el derecho a la no discriminación en materia de empleo.

En 1919 se creó la O.I.T. como parte del Tratado de Versalles, enfocada a la justicia social, siendo su Constitución elaborada por una Comisión del Trabajo, integrada de representantes de nueve países: Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos⁵.

La O.I.T. ha realizado aportes importantes al mundo del trabajo desde sus primeros días. La primera Conferencia Internacional del Trabajo en Washington en 1919 adoptó seis Convenios Internacionales del Trabajo, tratando las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria. Adoptó, en 1930, el Convenio sobre el trabajo forzoso, el que en su artículo 1 estableció a sus miembros a *“La supresión, lo más pronto posible, del empelo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas”*.

La O.I.T., es un organismo a nivel mundial encargado de la elaboración y fiscalización del cumplimiento de las Normas Internacionales en materia de Trabajo. Tiene un carácter tripartito ante la Naciones Unidas, atendido que

⁵ Orígenes e historia de la O.I.T. Organización internacional del Trabajo (OIT), 1996 - [fecha de consulta: 10 Junio 2013]. Disponible en: <[http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm)>

representantes de tres sectores (gobiernos, empleadores y trabajadores) participan en la elaboración de las políticas y programas relevantes al tema y promueven la idea de un trabajo decente en todo nivel. Entregando cada uno de los participantes puntos de vista de la realidad sobre el trabajo y el empleo en el mundo. Esta agencia de Naciones Unidas ha tendido una participación principal en el conocimiento Internacional del respeto de la igualdad de trato en las relaciones laborales, a través de Convenios y Recomendaciones que han sido ratificados ampliamente por los Estados. En la ratificación y posterior respeto de los instrumentos entregados por la O.I.T. ha existido una positiva evolución en las legislaciones de los Estados ratificantes, tendientes a evitar todo tipo de discriminación en las relaciones laborales. Es así como con fecha 29 de junio de 1951, en una Conferencia General de O.I.T., se adoptó el Convenio N°100 sobre igualdad de remuneraciones, suscrito y ratificado por Chile en 1971.

Este Convenio en su artículo 2, establece como principio rector internacional, la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor, apartándose del concepto antes utilizado, que se refería a igual remuneración por igual tarea. La finalidad del Convenio es que no exista este tipo de discriminación en material laboral, indicando que la remuneración de una labor debe ser fijada en consideración a la naturaleza de esta y hasta el rendimiento individual alcanzado, y no la distinción del género de quien la ejecuta.

En dicha conferencia se adoptó la recomendación N°90 que complementa el Convenio N°100, en cuanto a establecer directivas no obligatorias sobre la aplicación de disposiciones del mismo convenio. La Convención N°100 y su recomendación complementaria sobre igualdad de remuneración, generó una corriente internacional de aprobación de creación de diversos documentos, que a su vez, complementaron lo acordado con el expreso reconocimiento a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. Esta idea fue consagrada y aprobada también por el Convenio N°111 y recomendación de igual número acordada por la

Conferencia General de la OIT en el año 1958. Su artículo primero señala que se entiende por discriminación, constituyendo la primera definición formal en materia internacional.

El Convenio N°111 señala que las distinciones, exclusiones y preferencias basadas en calificaciones exigidas para un empleo determinado, no pueden ser consideradas como acciones de discriminación. También se refiere a la no discriminación en materia de formación profesional o aprendizaje, considerando la importancia que tiene esta materia en la economía actual, por los cambios vertiginosos de tecnología, lo que hace imprescindible la capacitación constante para no quedar en desventaja con los pares.⁶

⁶ *Discriminación en las relaciones laborales* [en línea]. Santiago, Chile. Boletín Dirección del Trabajo N° 146/2001. [fecha de consulta 10 Junio 2013]. Disponible en: <http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf>

CAPÍTULO 4: DISCRIMINACIÓN LABORAL DIRECTA E INDIRECTA.

La doctrina moderna señala que la discriminación en el trabajo puede ser directa e indirecta.

La discriminación directa es aquella que está vinculada a la diferencia de trato, relación o consideración, sin una situación que lo justifique, lesionando con dicho trato la dignidad y los derechos de una persona. En otras palabras, es la que ocurre cuando una persona es tratada de manera menos favorable, de la que puede ser en una situación parecida. Un Ejemplo citado por la O.I.T. es aquel en que las empresas exigen a las trabajadoras contratadas que cumplan un cierto período de servicio antes de quedar embarazadas⁷.

Este tipo de discriminación directa puede adoptar a su vez dos formas: la discriminación directa abierta ocurre cuando algún criterio de diferenciación prohibido sea el elemento explícito que motive condiciones laborales menos favorables al trabajador; y la discriminación directa oculta es aquella que afecta a un trabajador cuando se vincula con ciertos atributos personales que sólo pueden ser cubiertos por ciertos trabajadores.

La discriminación indirecta, se relaciona con el impacto que produce la discriminación, aun cuando ésta no se haga directamente, pero donde la acción realizada tiene la misma intención, es decir aquella en que las *“normas, procedimientos y/o prácticas que son a primera vista neutrales, pero cuya aplicación afecta de manera desproporcional a los miembros de determinados*

⁷ *La igualdad en el trabajo: Afrontar los retos que se plantean* [en línea] Oficina internacional del trabajo, Ginebra. 2007. [fecha de consulta: 11 Junio 2013]. Disponible en: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@webdev/documents/publication/wcms082609.pdf>>

*colectivos*⁸. Este tipo de discriminación se aplica por ejemplo al despedir a un trabajador aludiendo necesidades de la empresa, pero en realidad lo que se busca es desvincular al trabajador por tener VIH⁹, esta teoría fue aplicada en la jurisprudencia española del Tribunal Supremo de dicho país.

La definición de discriminación indirecta deja ver una serie de prejuicios inherentes que prevalecen en el trabajo, como por ejemplo la infraestructura de los locales de empleo, que están diseñados para personas sin discapacidad física, o el horario de trabajo tendiente al modelo de jornada masculina sin ser importante el horario para la crianza de los hijos¹⁰.

⁸ TOMEI, Manuela. Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo. **Revista Internacional del Trabajo**, vol. 122 (4):442, 2003.

⁹ *Discriminación en las relaciones laborales* [en línea]. Santiago, Chile. Boletín Dirección del Trabajo N° 146/2001. [fecha de consulta 10 Junio 2013]. Disponible en: <http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf>

¹⁰ Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del director general, 91ª reunión de la conferencia internacional de trabajo. La hora de la igualdad en el trabajo. Ginebra. 2003. 153 p.

CAPÍTULO 5: LOS ELEMENTOS O REQUISITOS ESENCIALES DEL ILÍCITO LABORAL. DISTINCIONES NO CONSTITUTIVAS DE DISCRIMINACIÓN.

5. 1. Los requisitos de un acto ilícito laboral deben ser:

- a. Que se produzca una distinción.
- b. Que esta diferencia sea basada en la raza, sexo, edad, estado civil o cualquier motivación que no sea basada en la capacidad o idoneidad personal.
- c. Que haya una alteración a la igualdad de oportunidades.

La autoridad laboral estima que para que haya un ilícito laboral basta que exista desigualdad de trato, siendo una figura objetiva que no requiere verificarse si se actuó o no con dolo o con la intención de discriminar.

5. 2. Distinciones no constitutivas de discriminación.

No toda diferencia implica discriminar, así como en el caso que se justifique por las exigencias del empleo. Las distinciones basadas en las destrezas o en los esfuerzos exigidos por el trabajo son justas y legítimas, como también lo son las disparidades en la remuneración en función del número de años de formación o de horas trabajadas¹¹.

Mientras no haya una desigualdad de oportunidades, no habrá discriminación, por lo tanto, no habrá discriminación laboral al excluir a

¹¹ *La igualdad en el trabajo: Afrontar los retos que se plantean* [en línea] Oficina internacional del trabajo, Ginebra. 2007. [fecha de consulta: 11 Junio 2013]. Disponible en: <<http://www.ilo.org/wcmstp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@webdev/documents/publication/wcms082609.pdf>>

sospechosos de realizar labores que pueden ser perjudiciales para la seguridad del Estado, siempre y cuando esto se haya manifestado previamente y de manera adecuada y coherente con los requisitos del empleo. Tampoco serán diferencias las que se dé por los méritos personales, el que sólo hará posible determinar quién es la persona más idónea para el cargo. Asimismo, las medidas especiales para asegurar la igualdad y trato de oportunidades a personas con necesidades especiales tampoco serán discriminatorias¹².

La discriminación en el ámbito laboral se manifiesta al considerar estereotipos y prejuicios sociales, quitando valor a los méritos, calificaciones o requisitos para la ejecución del trabajo, ocasionando desigualdades a la víctima que se ve representado en las desventajas al momento de acceder a empleos y en la igualdad de trato en el trabajo.

¹² Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del director general, 91ª reunión de la conferencia internacional de trabajo. La hora de la igualdad en el trabajo. Ginebra. 2003. 153 p.

CAPÍTULO 6: ¿POR QUÉ AÚN PERSISTE LA DISCRIMINACIÓN? Y ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA PARA ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN LABORAL?

6. 1. ¿Por qué sigue existiendo discriminación?

La corriente mayoritaria señalan que la discriminación laboral persiste en que las empresas no pueden examinar la productividad de cada uno de sus trabajadores, por lo que estos indicadores de supuesta productividad según las características más fáciles de apreciar como la edad, sexo, raza, lo que recibe el nombre de la teoría a gusto de los empleadores, es por esto, que los empleadores no contratan a personas con determinadas características para prevenir actitudes negativas entre los trabajadores.

6. 2. ¿Cuál es la importancia de eliminar la discriminación laboral?

Al eliminarse la discriminación laboral, permite combatir la discriminación social en otros ámbitos.

La igualdad en el ámbito laboral, tiene relevancia para la libertad, la dignidad y el bienestar. Se sabe que quienes sufren discriminación les afecta la calidad de vida y la salud, por lo que el estrés, la desmotivación y desaliento se ve reflejado en ellos, repercutiendo su rendimiento, lo que podría afectar a la productividad de la empresa. Al sentirse valorados los trabajadores, el ambiente laboral mejora, disminuyendo la ausencia al trabajo, como también el número de licencias médicas. Por lo tanto, al eliminar la discriminación ayuda al funcionamiento eficaz de los mercados laborales, lo que aumenta la competitividad en las empresas y lo que se ve de manifiesto en que el potencial humano se amplíe y se despliegue con mayor eficacia.

CAPÍTULO 7: ETAPAS DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL.

Dentro de las relaciones laborales existe una jerarquía de poderes de parte del empleador, pudiendo transformarse en una amenaza para los derechos fundamentales de los trabajadores, por la subordinación o dependencia del trabajador en a su empleador.

La discriminación en el trabajo es muy extendida, pudiendo darse desde la postulación a un empleo o al terminar el contrato laboral. Pero lo importante en todo acto discriminatorio es que este genera desigualdades y que puede tener efectos perjudiciales, ya que los trabajadores que se sienten discriminados tienen menor autoestima, repercutiendo su motivación y rendimiento, también tiene mayor ausentismo en relación a sus otros compañeros de trabajo¹³.

En la discriminación laboral encontramos tres etapas. En primer lugar tenemos la etapa previa que abarca, desde la oferta de empleo hasta la celebración del contrato, denominada “pre-ocupacional”. Luego, viene la segunda etapa denominada “ocupacional”, que va desde la celebración del contrato de trabajo hasta el término dicho contrato y, finalmente, la tercera etapa, “post-ocupacional”, que regirá una vez terminada la relación laboral.

7. 1. Etapa pre-ocupacional.

En este período, la discriminación, apuntará a los requisitos exigidos para acceder al empleo, tales como la edad, sexo, idioma, nacionalidad, etc. Las conductas discriminatorias se pueden producir en la publicación de las ofertas de empleo, como en los procedimientos de reclutamiento de personal, por ejemplo,

¹³ RIQUELME, Verónica. ¿Maternidad castigada? Discriminación y malos tratos. Santiago, Chile. Dirección del Trabajo/ Departamento de Estudios. Santiago, Chile. 2011. 104 p.

los avisos de contratación que se publican en los medios informativos (que indican determinados requisitos discriminatorios). También en los exámenes exigidos a los postulantes al cargo, estos exámenes pueden consistir en test para detectar el consumo de drogas o VIH, lo más frecuente es la utilización de test de embarazo en mujeres de edad fértil. Otras de las formas de discriminación en esta etapa se producen mediante el uso de los denominados test pre-ocupacionales.

En nuestro país, el empleador tiene amplia libertad para contratar a quien estime conveniente, porque la ley reconoce como lícito la libertad de escoger trabajadores por parte del empleador en función de determinados requisitos, lo que naturalmente genera conflictos con prohibiciones de discriminación en el empleo que el derecho debe resolver¹⁴.

Chile ha limitado la libertad de contratación por el principio de igualdad de trato, consagrada en el artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución Política y por la prohibición de discriminar directa o indirecta a los candidatos reales o potenciales, regulado por el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política y artículos 2 y 5 del Código de Trabajo.

Si en nuestro país, una persona que por un acto de discriminación se le impida acceder a un puesto de trabajo, podrá ejercer dos tipos de acciones. En primer lugar podrá ejercer una acción administrativa, según los artículos 476 y siguientes del Código de Trabajo, y recurrir a la Dirección del Trabajo, específicamente, ante la Inspección del Trabajo, para que dicho organismo fiscalice a quien habría realizado el acto discriminatorio y, de comprobarse la infracción del artículo 2 del Código de Trabajo, se aplicará la sanción correspondiente, en este caso una multa según lo establecido por el artículo 477

¹⁴ Cámara Botía, Alberto, Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo, **Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales N° 33**, España, pág. 75 (disponible en: www.mtas.es).

del mismo Código¹⁵. En segundo lugar, también podría nacer una acción civil de resarcimiento, artículo 1458 del Código Civil, respecto a los perjuicios ocasionados al postulante discriminado, el que por sufrir un acto doloso se le ha imposibilitado para acceder al empleo¹⁶.

7. 2. Etapa post-ocupacional.

Esta se produce en el momento de la extinción de la relación laboral, aquí se generan varios cuestionamientos acerca de cuando el despido injustificado también puede ser considerado discriminatorio.

7. 3. Etapa ocupacional.

Aquí los problemas se producen en torno a las facultades que tiene el empleador para con el trabajador. Se entiende que el empleador podría, en ciertas ocasiones, derivar en acciones de discriminación.

¹⁵MEJÍA Viedman, Sergio y LIZAMA Portal, Luis. Reformas Laborales. Su contenido e impacto en la empresa. Santiago, Chile. ConoSur, 2001. 448 p.

¹⁶ LOPEZ Santa María, Jorge. Los contratos, parte general, Tomo II, Segunda edición, actualizada, Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998. 457 p.

CAPÍTULO 8: LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

Sin perjuicio de la vigencia y validez de los tratados internacionales sobre discriminación laboral, en nuestro país, existen algunas prohibiciones en relación con el tema de la discriminación, teniendo pleno reconocimiento jurídico el principio de la no discriminación en nuestra legislación, tanto en la Constitución Política de la República, específicamente en su artículo 19 N° 16 inciso 3º, como en el artículo 2 inciso 2 y siguientes del Código de Trabajo.

8.1. La no discriminación laboral en la Constitución Política de la República.

El artículo 1º, inciso primero, de la Constitución Política del Estado, establece *“Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”*, es importante señalar que antes de la reforma introducida por la Ley 19.611 de 1999, este artículo hablaba de los “hombres” y no de las “personas”, por lo que esta frase fue modificada por considerar que excluía y discriminaba a la mujer.

Otro artículo que consagra el principio de no discriminación es el artículo 19 N°2: *“La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”¹⁷

¹⁷ Constitución Política de la República de Chile, CHILE. 2006.

La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 16, consagra una regla fundamental, el principio de no discriminación en materia laboral, *“Se prohíbe cualquier 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”*, por lo tanto, desde el punto de vista laboral, este precepto constitucional prohíbe cualquier discriminación que no se funde en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos, es así, que todas las normas legales deberán respetar dicha norma de rango constitucional. Nuestra Constitución al prohibir cualquier otra discriminación que no sea la que se funde en la capacidad e idoneidad personal, está estableciendo que cualquier otro criterio, que establezca diferencias, será un factor sospechoso de discriminación en materia laboral y por lo mismo, protege constitucionalmente y de forma absoluta la antidiscriminación.

Pese a la ubicación del numerando 16 del artículo 19, no existe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio de igualdad. Respecto a si la discriminación laboral queda comprendida dentro de la libertad de trabajo, parte de la doctrina nacional ha señalado que debe existir la no discriminación dentro de la libertad de contratación y de elección de empleo, ya que *“a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias”*¹⁸.

8. 2. La no discriminación laboral en el Código del Trabajo.

Por su parte, el Código del Trabajo reconoce este principio de la no discriminación, *“Son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color,*

¹⁸ EVANS de la Cuadra, Enrique. Los derechos constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1986. 950 p.

sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias”, esta norma legal se contradice con el modelo estipulado por la Constitución generando dificultades de interpretación, ya que algunos han entendido que si el criterio sospechoso de discriminación no se encuentra expresamente establecido por la ley sería posible establecer diferencias legítimas fundados en dicho factor.

Respecto a las disposiciones del Código del Trabajo, el artículo 2 es la única disposición expresa referida a la prohibición de discriminación laboral: *“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.*

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

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.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

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.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúense solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto 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 de las normas que regulan la prestación de los servicios”.¹⁹

¹⁹ Código del Trabajo, Santiago, Chile. 2010.

Este artículo 2º en su inciso segundo menciona que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, posteriormente en su inciso tercero define los actos de discriminación como aquellas “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Definir los actos discriminatorios es un avance importante en nuestro ordenamiento jurídico, ya que en particular concretiza el efecto que estos actos deben producir para entender configurado un caso de discriminación en el trabajo, lo que significa, que ellos anulen o alteren la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Se puede concluir que se busca incorporar efectivamente los principios que impone el Convenio N°111 de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, convenio ratificado por Chile. Como también, se implementa un mecanismo que hace efectivo el resguardo de los derechos fundamentales, para compatibilizar la dignidad de los trabajadores y las medidas de control interno de las empresas, sin perjuicio de otras medidas de protección.

Aun así, esta norma se diferencia con la del artículo 19 N°16 inciso tercero de la Constitución, ya que el artículo 2º del Código de Trabajo enumera criterios discriminatorios, no así nuestra Constitución Política. No obstante, la disposición establecida por la Constitución Política de la República no entraría en conflicto con la norma legal, ya que el artículo 19 N°16 en su inciso tercero es más amplio que los criterios que señala el artículo 2 del Código del Trabajo y estos a su vez conforman el modelo de distinción sospechosa que rige el ordenamiento.

En términos concluyentes, cualquier distinción de trato que se base en un criterio que no corresponda a la capacidad o idoneidad personal debe ser considerada discriminatoria, aun cuando no sea alguno de los señalados en el artículo 2° del Código del Trabajo. Al mismo tiempo, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias, a pesar de que pareciera que el legislador restringe la prohibición de discriminar sólo respecto al inicio de la relación laboral, su finalidad es sólo reforzar el principio general de no discriminar contenida en la Carta fundamental, la que no contiene restricciones a ese principio.²⁰

El artículo 5, inciso primero, del Código de Trabajo establece el límite a las facultades del empleado estableciendo *“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”*. Lo que significa, es que los derechos fundamentales de los trabajadores se oponen a las facultades del empleador. Estos derechos fundamentales, denominados por la doctrina española como *“derechos laborales fundamentales específicos”*²¹, engloban los derechos a la intimidad, a la honra, la libertad de expresión, etc., no teniendo una naturaleza propiamente laboral, y por lo tanto, su titularidad no está determinada por la calidad del trabajador, sino por la calidad de ser humano.

El artículo 194 del Código del Trabajo establece que ningún empleador puede condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, la promoción o movilidad en sus empleos, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar

²⁰ *Discriminación en las relaciones laborales* [en línea]. Santiago, Chile. Boletín Dirección del Trabajo N° 146/2001. [fecha de consulta 10 Junio 2013]. Disponible en: <http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf>

²¹ PALOMEQUE López, Carlos. Derecho del trabajo. 20ª. ed. Madrid, España. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1998. 964 p.

si se encuentra o no en estado de gravidez: *“La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado.*

Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados.

Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”.

Esta norma contiene la prohibición de que los empleadores condicionen la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de embarazo, lo que busca esta norma además de evitar la discriminación en contra de la mujer es protege la vida del que está por nacer, evitando segregar a las mujeres de los empleos, sólo por su género y por estar en edad fértil. La misma norma le entrega la facultad a la Inspección del Trabajo de

sancionar con una multa de 14 a 70 unidades de fomento a los empleadores que incurran en alguna de las infracciones previstas.

El artículo 203 del Código de Trabajo establece que *“Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras”*.

8.3. Otras disposiciones legales nacionales sobre la discriminación laboral.

Además de las normas señaladas anteriormente existen otras disposiciones legales, que sin contener expresamente el principio de no discriminación aluden la temática desde otros ángulos.

8.3.1. La ley N°16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades.

En su artículo 67 y el artículo 17 del Decreto N°40 de Trabajo de 1967, que fija el reglamento sobre prevención de riesgos profesionales, autorizan a las empresas para que estas puedan incluir procedimientos de exámenes médicos o sicotécnicos del personal, en su reglamento interno de higiene y seguridad, sean estos procedimiento pre-ocupacionales o posteriores.

Esta situación no contradeciría la prohibición de no discriminar, que estableció la Constitución Política de la República, debido a que estos son los

medios que deciden sobre la capacidad o idoneidad personal de los candidatos, esto es, siempre y cuando la facultad del empleador para exigir estos exámenes no sean incompatibles con los derechos fundamentales del postulante, como por ejemplo la intromisión en la intimidad y vida privada de las personas.

Requisitos de los exámenes pre ocupacionales²²:

- a. El consentimiento (expreso) del postulante.
- b. El empleador tiene un deber de secreto del resultado del examen.
- c. El no uso discriminatorio de los exámenes, sino sólo para establecer la capacidad o idoneidad del cargo del postulante.

8. 3. 2. La ley Nº19.010, de 1990 sobre el terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo.

Esta ley señaló el término de la relación laboral a una causa justificada, eliminando por lo tanto, el despido sin expresión de causa y enumera las formas de terminación del contrato de trabajo.

Una causal de término del contrato de trabajo puede invocarse por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, prevista en el inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, que señala: *“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de*

²² *La discriminación laboral en Chile.* [en línea]. Santiago, Chile. LIZAMA Portal, Luis y UGARTE Cataldo, José Luis. [fecha de consulta: 25 Mayo 2013]. Disponible en: <<https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D128D0766/2/.../60493>>

uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168.

En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

Las causales señaladas en los incisos anteriores no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia.”

Si el empleador no invoca una causal o esta fuere declarada improcedente, injustificada o indebida por el juez del trabajo, se tratará de un “despido injustificado”. En caso de comprobarse que el despido es injustificado, no se podrá anular el despido, pero si se obliga al empleador al pago de una indemnización equivalente a la del preaviso y a la de años de servicio con un reajuste de un 50% ó 80% para esta última.

Nuestros tribunales resuelven los casos de término del contrato de trabajo atendiendo a las causales legales de los artículos 159, 160 y 161 del Código del

Trabajo, sin considerar si se ha o no infringido por parte del empleador un derecho fundamental laboral inespecífico propio del trabajador.

La Corte Suprema se ha manifestado respecto a las trabajadoras que gozan de fuero maternal contratadas a plazo fijo y a señalado la improcedencia de poner término al contrato de trabajo, “sin otra razón aparente que el vencimiento del plazo”, como también admitido perseguir civilmente la responsabilidad extracontractual del empleador que ha provocado un daño moral a un trabajador con ocasión del término del contrato de trabajo.

Un acto discriminatorio implica no sólo vulnerar los derechos fundamentales de las personas, sino que también presupone un incumplimiento del contrato de trabajo, ya que se entiende incorporada al contrato de trabajo la prohibición de discriminar como una obligación para ambas partes, y más puntualmente para el empleador.

CAPÍTULO 9: FACTORES DE DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES.

En todos los países existe algún grado de discriminación en el ámbito laboral.

En nuestro país, existiendo discriminación principalmente en la población laboral femenina (por su condición y edad) y las personas de escasos recursos, que son discriminados sobre la base de su origen social o socioeconómico. También puede verse que las etnias sufran un grado de discriminación en Chile. Otro grupo que se ve discriminado es el de las personas mayores que, al momento de buscar trabajo, les cuesta reinsertarse en el mundo laboral.

A continuación nos referiremos a algunos casos de discriminación que se pueden dar en la relación laboral.

9. 1. El mobbing o acoso moral laboral.

El acoso laboral o acoso moral en el trabajo, se caracteriza por una intención discriminatoria hacia uno o más trabajadores por parte de la empresa o compañeros de trabajo.

Consiste en el hostigamiento psicológico realizado en forma sutil y prolongado en el tiempo para producir miedo, terror, desprecio o desánimo en un trabajador hacia su trabajo, el cual es manifestado por medio de actos negativos y hostiles (dentro o fuera del trabajo) por parte de grupos sociales externos, de sus compañeros, de sus subalternos o de sus superiores.

Según el abogado chileno Claudio Palavecino²³ el acoso laboral afecta el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, y que puede verse lesionado el derecho a la honra, como también podría configurar una transgresión de la prohibición constitucional de discriminación laboral.

El objetivo principal de este hostigamiento es que el trabajador, víctima de hostigamiento, abandone su trabajo, ya que es considerado por sus agresores como una molestia o amenaza para sus intereses personales. No siempre el acoso laboral tiende a la eliminación del compañero, lo que generalmente pretende quien acosa es mostrar a la víctima o a los demás su poder.

El mobbing afecta a hombres como mujeres, sin diferencia de edad ni niveles jerárquicos, pudiendo provocar el desmoronamiento del equilibrio psicológico de la víctima y para que sea considerado como acoso debe producirse en forma continua durante un semestre.

Un ejemplo de este tipo de acoso moral ocurrió en La empresa France Télécom, donde se registraron numerosos suicidios entre los trabajadores de esta empresa, ya que esta quería reducir plantilla pero no podía despedir a muchos trabajadores por ser funcionarios, llevando a cabo una campaña de desmotivación de los mismos para conseguir que renunciaran voluntariamente a su trabajo.

En nuestro país esta realidad no es ajena. En el año 2004 según la investigación elaborada por Laborum, estimó que cerca del 69% ha sido víctima de mobbing, del cual el 34% dijo estar sufriendolo en su actual trabajo y el 33% se

²³ *La protección contra el acoso psíquico laboral en el ordenamiento jurídico chileno* [en línea]. Revista de Derecho, Vol. XVII. Valdivia. 2004. [fecha de consulta: 11 Diciembre 2012] Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200003>

sintió hostigado en su trabajo anterior²⁴. A pesar de estimarse que este número es mayor, ya que las víctimas de mobbing temen denunciar por miedo a perder el trabajo.

En el derecho chileno no está regulado expresamente el acoso moral laboral, no obstante, existe un sustento normativo significativo que permite a la víctima ejercer acción y terminar con la situación hostil u obtener resarcimiento de los perjuicios derivados del acoso causado, por medio del nuevo procedimiento tutela y solo podrá ser ejercido por el trabajador, si quien vulnera sus derechos es el empleador, por medio de su comportamiento, sea este por acción u omisión, esto quiere decir, sea por su inactividad o renuencia a adoptar medidas para poner fin al acoso.

La jurisprudencia ha conceptualizado esta figura como *“la acción conducente a miedo o terror del afectado hacia su lugar de trabajo, como el efecto o la enfermedad que produce en el trabajador, recibiendo éste, una violencia psicológica injustificada a través de actos negativos en el trabajo de sus superiores, de manera sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado, cuyo fin es hostigar, intimidar o perturbar al trabajador, hasta que éste haga abandono del trabajo”* (Causa Rol N° 179-2009, seguida ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso).

²⁴ *El oculto mobbing maternal: Trabajar sin cuidar*. Revista Nos. [en línea]. Concepción, Chile. 2007. [fecha de consulta 5 Mayo 2013]. Disponible en: <<http://www.revistanos.cl/2007/11/el-oculto-mobbing-maternal-trabajar-sin-criar/>>

Existen fallos que han acogido la figura del *mobbing* y han señalado algunas de las conductas que lo configuraron en esos casos²⁵. En un primer caso, el tribunal *“ha llegado a la convicción y certeza de que en la actualidad, desconociendo el motivo de ello, a la señora (...) se le cambiaron sus funciones de manera unilateral, y en el día de hoy don (...) se encuentra cumpliendo sus funciones; a lo que principalmente con la prueba documental de la demandante se acreditó la existencia de una rebaja en sus remuneraciones, que la actora no cuenta con funciones claras a desempeñar, y sin un lugar o espacio físico donde trabajar; y por lo demás, todo ello, de manera unilateral y sin la correspondiente documentación que así lo avale, como en derecho corresponde”* (Causa RIT T-1-2009, seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto).

Otro caso dispone que *“la recurrida cometió un acto ilegal y arbitrario al designar a la recurrente en un cargo de profesora de aula en circunstancias que su función era de Inspectora General, lo que constituye una alteración evidente del artículo 12 inciso primero del Código Penal al no destinarla a labores similares a los desempeñados como Inspectora General”* (Causa Rol N° 179-2009, seguida ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso).

Una causa de la Corte de Apelaciones de Concepción señala *“la actora fue objeto de conflictos laborales y de hostigamiento sistemático y continuado que trajo consecuencias para la salud de la trabajadora. Dichos comportamientos hacia ella emanaban del Supervisor de (...), y combinaban la simpatía con el engaño, el humor con la amenaza, el silencio con gritos y garabatos, ofensas y desprestigio que terminaron enfermándola, ocasionándole un cuadro depresivo...”* (Causa Rol N° 113-2011, seguida ante la Corte de Apelaciones de Concepción).

²⁵ ROMANIK Foncea, Katy. El *mobbing* y su tratamiento en la legislación laboral. Informe de actualidad laboral 2. Dirección del trabajo. 2011. 44 p.

La jurisprudencia judicial también ha excluido determinadas conductas: *“La circunstancia de disparidad de criterios entre empleador y trabajador, los conflictos o discrepancias que pueden ocurrir en una relación laboral, no constituyen por si solo una manifestación de acoso laboral”* (Causa Rol N° 228-2010, seguida ante la Corte de Apelaciones Talca).

Asimismo, la jurisprudencia ha determinado que *“ninguna norma establece el número de días que debe hostigarse a un trabajador para que se configure el acoso laboral”* (Causa Rol N° 65-2010, seguida ante la Corte de Apelaciones de San Miguel).

Existen fallos sobre las indemnizaciones por conductas de acoso, y la competencia de los tribunales para conocer de ellas. En un caso se señaló *“la indemnización por daño moral no está establecida en nuestra legislación como una pena o sanción para el empleador negligente, sino que como una compensación al trabajador que ha sufrido un daño, y estando ésta acreditada por la prueba pericial de autos, donde se acredita el nexo causal entre el hostigamiento laboral y el cuadro depresivo de la demandante, no se tendrá más que acceder a dicha solicitud”* (Causa RIT T-1-2009, seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto). Mientras que otro fallo desechó la demanda de indemnización por daño moral, ya que el acoso denunciado se originó con posterioridad al despido. Así, *“carece de interés examinar si la prueba rendida en el juicio por la demandante permite llegar a una conclusión positiva, porque tratándose de una responsabilidad en sede extracontractual, como sucede en este caso, no son los Juzgados laborales los competentes para conocer de una demanda de indemnización por daño moral, ya que ella debe ventilarse ante la judicatura ordinaria y conforme a las reglas del derecho común”* (Causa Rol N° 12-2010, seguida ante la Corte de Apelaciones de Concepción).

Para terminar, podemos señalar un fallo en que las conductas de acoso son la causa del despido indirecto y en que el Tribunal del Trabajo determina ser competente para conocer de la indemnización por daño moral intentada, y la compatibilidad entre las indemnizaciones por término de la relación laboral y las que derivan de la reparación del daño causado. *“Que, respecto a la compatibilidad del daño moral con el resto de las indemnizaciones propias del término de la relación laboral, estas últimas, señaladas expresamente en la ley laboral, tienen un contenido netamente patrimonial, pues se indemnizan los años que una persona trabajó para un determinado empleador, esto es, se premia una larga vinculación contractual, que en el presente caso se extendió por 19 años y también se indemniza por el término mismo de esa vinculación, al quedar el trabajador sin el sustento regular que le proporcionaba la remuneración. Que lo anterior resulta plenamente compatible con el daño moral el que tiene por objeto reparar aspectos que no tienen contenido patrimonial, esto es, se refiere a situaciones espirituales, morales o éticas, y en el presente caso, dicha reparación se encuentra más que justificada, atendiendo los términos en que la actora hubo de poner fin a la relación laboral, esto es, por las conductas de acoso de que fue objeto, daño que ha sido establecido por las instancias médicas pertinentes”* (Causa Rol N° 141-2011, seguida ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso).

9. 2. Discriminación Laboral por sexo.

La discriminación por sexo está relacionada con los roles tradicionales dados al hombre y a la mujer, siendo el primero producción mientras que a la mujer se le da el rol de reproducción, la cual viene siendo planteada por las mujeres, desde la postguerra.

En un principio se le discriminó al derecho de la mujer a tener un trabajo remunerado. En la actualidad las conductas discriminatorias se ven reflejadas en cuanto a la brecha salarial de género y a la protección de la maternidad, siempre

considerando que, aún hoy en día, el ingreso de la mujer que trabaja es calificado de “secundario”, al suponer que quien se haría cargo de las necesidades económicas sería el jefe de hogar.

La discriminación contra la mujer es definida como: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

La O.I.T. en su propuesta conocida como Trabajo Decente estableció *“promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”*, instando por consiguiente a que no exista diferencias salariales como tampoco diferencias de trato en cuanto al género.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación (CEDAW) fue aprobada en 1979, entrando en vigencia el año 1981, siendo un instrumento internacional fundamental por incorporar a la mitad femenina en las distintas manifestaciones en la esfera de los derechos humanos²⁶, destacando que la mujer requiere de otros medios de protección, ya que los existentes no garantizaban su total protección, señalando la convención que la mujer sigue sin tener derechos iguales a los de los hombres, y que por lo mismo, persiste la discriminación.

²⁶ FOLGUERA Crespo, Pilar “La equidad de género en el marco internacional y europeo”, Maqueira, Virginia, (editora), Mujeres, globalización y derechos humanos. 2ª ed. Madrid, España, 2010. 146 p.

LA CEDAW reconoce el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia, al desarrollo de la sociedad, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y educación de los hijos.

Desde su comienzo esta organización internacional ha demostrado gran preocupación por las implicancias que el trabajo podría tener sobre la maternidad y cuidado de la familia. Por esta razón, uno de sus primeros convenios fue elaborado con el propósito de promover el reconocimiento sobre los derechos vinculados a la protección a la maternidad, siendo perfeccionado posteriormente por los convenios N° 103 de 1956 y N° 138 de 2000. El convenio N° 156 surge de la preocupación de la O.I.T. de complementar acuerdos adoptados en materia de no discriminación y de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, ya que estos no hacían referencia a los trabajadores con responsabilidades familiares, adoptando medidas especiales para evitar problemas que se veían enfrentados estos trabajadores, teniendo como fin compatibilizar trabajo y familia.

El derecho laboral español ha tenido una evolución normativa respecto a la no discriminación, sobre todo sobre la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, elaborando normas tales como la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, materializando una igualdad real entre hombres y mujeres según consta en el punto II de su exposición de motivos y del artículo 15 del título II de la ley relativo a las políticas públicas para la igualdad²⁷.

²⁷ LOPEZ López, Julia. “Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de “gender mainstreaming” y “empowerment”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° especial sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres. España. 2007. [consulta 15 Marzo 2013]. Disponible en: <http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraIgualdad07/Est02.pdf>

En Chile, en los años ochenta, se forma el Movimiento de Mujeres, siendo su principal objetivo la igualdad entre géneros. Ya desde 1990, y por medio de reformas legales, la acción de la administración pública y programas sociales que se han ido incluyendo con el fin de disminuir la desigualdad entre géneros y estimular la participación del sexo femenino en el área laboral, existiendo también diversas normas respecto a la tutela de los trabajadores con responsabilidades familiares entre los que destacan, la ratificación de las Convención N° 100, N° 111 y N° 156, como también las recientes modificaciones legales introducidas al Código Laboral como la ley N° 20.137 permiso de nacimiento a favor de los padres trabajadores.

Una de las formas más violentas de discriminación en la relación laboral se produce en cuanto a la diferencia que existe entre el salario de los hombres y el de las mujeres. El principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres fue reconocido por primera vez en el Tratado de Paz de Versalles de 1919. En el derecho comunitario europeo, este principio de igualdad de remuneraciones, tiene un reconocimiento expreso en el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Es así que la media de las remuneraciones pagadas a los hombres profesionales dobla a la media pagada a las mujeres, existiendo sin duda alguna una desigualdad en la remuneración por idéntica función. Al ser la remuneración fundamental en toda contratación laboral, es por lo mismo, que la OIT se ha manifestado respecto a este tema señalando *“La eliminación de la discriminación en la remuneración es fundamental para alcanzar una igualdad de género genuina y fomentar la equidad social y el trabajo decente”*.

La situación laboral entre géneros presenta características diferentes, es así como en el caso de los hombres estos tienen mejores posibilidades de ocupar cargos más importantes, puestos fijos o con un mejor salario, en caso contrario,

las mujeres suelen ocupar puestos laborales de menos importancia y tiende a trabajos parciales.

Es reseñable el trato discriminatorio que sufren las mujeres, por el costo que para las empresas supone contratar a una mujer. Destacado es el caso que en Francia protagonizaron hace décadas las auxiliares de vuelo de la compañía aérea Air France, donde se discriminó no por la condición de mujer, sino por la de ser mujer casada. Otro caso de conflicto internacional, es el juicio contra Wal-Mart, donde el año 2010 se acoge una demanda colectiva interpuesta el año 2001, contra Wal-Mart, fundándose en la discriminación de género en el salario y en la promoción laboral.

A pesar de que esta situación esta cambiando en algunos países, donde la mujer ha evolucionado laboralmente, permitiéndole participar en actividades consideradas tradicionalmente solo para hombres, la propia O.I.T ha aprobado Convenios con el propósito de proteger a la mujer en el trabajo, especialmente en tareas peligrosas o insalubres que, indirectamente, se les darán preferencia a los hombres. Ejemplos de estos Convenios son el Convenio N°4 sobre trabajo nocturno y el Convenio N°45 sobre trabajo subterráneo.

La comunidad internacional, por medio de Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, establece uno de los principales instrumento para garantizar un trato en igualdad de condición para la mujer, definiendo en su artículo 1 la discriminación contra la mujer como *“toda disminución, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.

En nuestro país, la discriminación de las mujeres en las relaciones laborales, es un problema real, y a pesar de la normativa laboral vigente, en la práctica se presenta a diario actos discriminatorios, siendo los ejemplos más claro el salario entre género²⁸, donde aún existe una brecha discriminatoria, que obedece a un problema cultural, y la no contratación de las mujeres por los costos del cuidado de sus hijos. En Chile las normas legales no exigían igualdad salarial en ninguna situación, pero el artículo 62 bis, agregado por la Ley 20.348, en su inciso 1º de Código del Trabajo, reconoce a las trabajadoras el derecho a obtener igual salario sin diferencia de sexo cuando se realice el mismo trabajo, sin embargo la ley establece situaciones objetivas, donde excepcionalmente, pueda haber diferencia salarial, esto es por ejemplo cuando el hombre sea más idóneo, sea más capacitado, entre otros. Esta ley también establece medidas específicas para favorecer su cumplimiento²⁹, señala que el empleador tendrá 30 días desde el reclamo para contestar a la petición de la trabajadora (art. 154 número 2 y 3) y determina que las denuncias ante los tribunales por actos discriminatorios salariales serán sometidas al procedimiento de tutela laboral y cuyo procedimiento está regulado en los artículos 485 y siguientes del Código de Trabajo.

²⁸ Por medio de los datos de la Encuesta de Empleo de la Universidad de Chile, el último informe de PNUD de 2010 señala que en los años 60 las chilenas ganaban la mitad de lo que obtenían los hombres. El año 2009 la Encuesta Suplementaria de Ingresos (INE) señaló que en el trimestre octubre-diciembre la brecha de salarios entre hombres y mujeres era de 12,7%.

²⁹ Las empresas con diez trabajadores o más deben disponer un procedimiento interno para atender los reclamos debidos a una infracción por desigualdad salarial (art. 154 número 13); las grandes empresas, de 200 empleados o más, fuera de cumplir con lo anterior, están obligadas a describir los diversos cargos o funciones que existen en la empresas, según sus características técnicas esenciales, con el objeto de permitir acreditar la infracción de la obligación legal. Tanto el procedimiento como el registro de los cargos, deben ser parte del reglamento interno de orden, higiene y seguridad de las empresas (art. 154 número 6).

9. 3. La maternidad como factor de discriminación³⁰.

En nuestro país no existen normas que protejan el trabajo de la mujer en sí, sino que sólo están referidas a la protección de la maternidad.

La entrada de las mujeres al ambiente laboral es un proceso en marcha que genera aceptación pero también rechazo y esto debido al rol que le otorga la maternidad, el cuidado de hijos pequeños y la posibilidad de otro embarazo.

Proteger el embarazo y la maternidad son requisitos claves para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el lugar de trabajo, por lo mismo, la legislación laboral establece normas que resguarden ciertas situaciones, como determinados trabajos que están prohibidos para las trabajadoras embarazadas, el fuero maternal o impedimento de despedir a las trabajadoras hasta un cierto lapso de tiempo luego del parto.

A juicio de la especialista regional de Género y Empleo de la Organización Internacional del Trabajo, María Elena Valenzuela, “una mujer es discriminada a causa de la maternidad si la ley obliga a la empresa a pagar, con cargo al empleador, el costo de la sala cuna. Entonces, en la práctica, se termina desincentivando su contratación”.

Ya a comienzos del siglo XX, por la importancia social, laboral y económica que implica la adecuada protección a la maternidad esta ha sido regulada no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, siendo el más relevante al contener una disposición laboral, en su artículo 11, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la

³⁰ Datos de la Encuesta Laboral (ENCLA 2011) cifran en un 7,3% la cantidad de trabajadoras que gozan o hicieron válido el fuero maternal durante el año. Cerca de un 80% de las empresas contrata menos de 20 mujeres y un 12% opta por no contratar mano de obra femenina.

mujer, que se encarga de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre el trabajo y vida familiar, señalando medidas para proteger la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad³¹. No obstante, el último informe de O.I.T. sobre la igualdad en el trabajo ha arrojado que *“a pesar de la voluminosa legislación que desde antiguo existe en la maternidad, la discriminación contra la mujer por razones de maternidad es un fenómeno persistente e incluso creciente, según lo comprueban varias comisiones sobre igualdad de género en todo el mundo”* y señala que son el despido durante el embarazo o en la lactancia, el no pago de licencias pre y postnatales como la negación a ascender durante el embarazo o al derecho a volver al puesto de trabajo ocupado antes del embarazo serían las principales irregularidades realizadas por los empleadores.

El artículo 11, apartado 2, de la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación por género, señala que los Estados Partes tomarán medidas para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, tales como: prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivos de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil, implementar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales, entre otros.

Existe la llamada Carta internacional de los derechos humanos de las mujeres, estableciendo bases para mantener la igualdad entre hombres y mujeres donde manifiesta la importancia social de la maternidad y que este rol no debe ser causa de discriminación.

³¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *“Mujer, trabajo y derecho”* editorial LegalPublishing Chile. Santiago, Chile, 2011. 228 p.

El convenio N° 183 en su artículo 9 dispone “todo miembro debe aportar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al trabajo”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en septiembre de 2010, en la causa *Álvarez C. Sesa Start España* resolvió que una ley española, por la que se otorgaba una hora libre al día a los padres para alimentar a los bebés menores de 9 meses, era incompatible con las leyes sobre la igualdad de protección, además de constituir un ejemplo de discriminación injustificada por motivos de género, puesto que en virtud de esa ley el padre sólo podía utilizar el tiempo libre si la madre tenía un empleo, mientras que la madre podía disfrutarlo con independencia de la situación laboral del padre. El Tribunal señaló que la ley española, previamente modificada para incluir la alimentación con biberón además del amamantamiento, tenía por objeto velar por la nutrición adecuada de los bebés y la creación de vínculos con los padres sin distinción de sexo, puesto que la ley ya no atribuía una connotación biológica a la alimentación. El Tribunal determinó en términos generales que las políticas de empleo destinadas a conciliar la vida laboral con la vida familiar de los trabajadores con hijos, como la Ley de Lactancia española, debían beneficiar a ambos padres por igual, de conformidad con la Directiva del Consejo Europeo relativa a la igualdad de trato. En consecuencia, los hombres podrán encargarse, juntamente con las mujeres, de la alimentación de los bebés de forma más regular, lo cual aumentará la capacidad de mujeres y hombres de alcanzar un equilibrio entre el trabajo y la vida familiar. La resolución también puede inducir a una redacción neutra de las políticas de la UE sobre equilibrio entre el trabajo y la vida persona³².

³² La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe I (B) del director general. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. 2011. [consulta 14 Junio 2013]. Disponible en: <http://www.ilo.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS_166923/lang-es/index.htm>

En nuestro país comienza a legislarse sobre la maternidad a principios del siglo XX, teniendo la normativa un sentido esencialmente protector respecto a las trabajadoras y del hijo que esta por nacer. Frente a esto, a mitad del siglo XX, se comenzó a cuestionar estas normas frente a que podrían tener efectos discriminatorios y atentar contra el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Las que fueron modificadas en la década de los 90 con el fin de aumentar la participación de los padres y algunas medidas de conciliación entre la familia y el trabajo.

El Código del Trabajo regula la maternidad y que se desprende con su sola lectura que apoya a la madre durante la maternidad y que no es un problema para la empresa la ausencia que se podría generar por este motivo, es por ello que las trabajadoras cuentan con fuero para evitar prácticas discriminatorias contra ellas. Es así que nuestro Código en su artículo 194 señala que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia, renovación del contrato, promoción o movilidad en sus empleos, la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez³³.

Nuestra legislación protege el despido de la mujer por razones de maternidad, así el artículo 201 del Código del Trabajo le entrega fuero laboral a la mujer durante el embarazo y hasta un año después de expirado el post natal. Siendo necesaria una autorización judicial previa, para poner fin a un contrato de trabajo si la mujer está embarazada, se ha considerado al fuero maternal como uno de los pilares de la protección a la maternidad, teniendo importancia en cuanto evita la discriminación laboral en las mujeres embarazadas, garantizándoles que sufran un despido discriminatorio, como la pérdida de su empleo por embarazo por ausencia del trabajo durante el descanso de

³³ WALKER Errázuriz, Francisco. Derecho de las Relaciones Laborales. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 2003. 720 p.

maternidad o por parto y en un determinado período después de reintegrarse al trabajo. Por lo tanto, según lo ha señalado la jurisprudencia administrativa durante el fuero el empleador no podrá alterar las condiciones de contratación ni afectar las remuneraciones.

El poder Judicial se ha manifestado respecto al fuero maternal, algunos casos son³⁴:

En el caso de trabajadoras con contratos a plazo fijo, el Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, donde se interpuso una demanda de desafuero maternal respecto a una trabajadora operaria de una planta de proceso, donde se solicita que se autorice la terminación del contrato de trabajo, por la causal del artículo 159 N°4 del Código de Trabajo, por el vencimiento del plazo estipulado en el contrato de trabajo. La demandada solicita se rechace la demanda al encontrarse con 15 semanas de embarazo y que ha desarrollado correctamente su trabajo, señalando que otras trabajadoras que han ingresado a la empresa en la misma fecha se les ha renovado su contrato. Y que el término de su contrato de trabajo se debe a encontrarse embarazada. Respecto a esto, el tribunal ha fallado *“ante la colisión de los derechos que se produce cuando se configura la causal de término de contrato por vencimiento del plazo convenido respecto de una trabajadora embarazada, este sentenciador compartiendo el razonamiento de algunos fallos sobre la materia, estima que la contienda debe dilucidarse en atención a consideraciones de índole laboral que justifiquen que la razón para solicitar el desafuero es efectiva y no enmascara otras de orden diversa e injustificada, por cuanto la vinculación contractual era a plazo fijo, de manera que no basta la sola comprobación mecánica de la situación de hecho de haberse producido el término de contrato por vencimiento de plazo”* y concluye *“de los antecedentes fluye, además, que la continuidad del contrato de trabajo de*

³⁴ RIQUELME Giagnoni, Verónica. ¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos. Departamento de estudios/ Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. 2011. 104 p.

*la demandada no le genera un perjuicio económico a la empresa demandante desde que se dejara asentado, los servicios de despinadora de filete, que realiza a la fecha la trabajadora, siguen siendo requeridos por la demandante, de manera que la trabajadora sigue siendo útil en el desarrollo de la actividad productiva la empresa, no apareciendo, además de la prueba rendida por el demandante, que la autorización de desafuero corresponda a una necesidad imperiosa, motivo por los cuales no cabe sino rechazar la demanda de desafuero incoada en esta causa*³⁵.

Respecto al despido inmediatamente terminado el fuero maternal, el Tribunal de Letras del Trabajo de Coyhaique se ha manifestado. Se interpuso una demanda por tutela de derechos fundamentales por despido improcedente y cobro de prestaciones, por una trabajadora con contrato indefinido, quien luego de terminado su fuero maternal fue despedida por necesidades de la empresa, fundándose en una reorganización del área donde ella trabaja, siendo de las ocho personas que trabajan en la sucursal la única despedida, y a la semana de su despido se contrato a otra persona. Antes del inicio de la audiencia preparatorias las partes llegan a un acuerdo, señalando el acta de disposición *“que la parte demandada principal ofrece pagar la suma única y total de (...)”*³⁶.

Un tema recurrente es la ausencia por licencias maternas, las que van desde antes y después del parto, las durante el embarazo o las por enfermedad grave del hijo menor de un año. Siendo la principal perturbación las licencias medicas imprevisibles tales como las otorgadas antes del prenatal y las después del postnatal. Respecto a un estudio realizado en países de Latinoamérica, sobre costos laborales de hombres y mujeres, establece que las mujeres tienen un promedio de 17 días de licencias en el año, siete serían a licencias pre y postnatal

³⁵ Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, RIT 0-78-2009 Sentencia de fecha 19/03/2010.

³⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, RIT T-7-2011. RUC N°11-4-0023400-2

y relacionadas al embarazo, mientras que dos sería a enfermedades del hijo menor de un año³⁷. Y según arrojó los resultados de la Encuesta Laboral, Encla, el año 2008 el ausentismo laboral es superior, pero no sustantiva para las mujeres, siendo en el caso de las trabajadoras de 20.7%, mientras que para los trabajadores sería de un 16% respectivamente.

Otro tema que preocupa al empleador consiste en el permiso de alimentación, el que consiste en dos porciones de tiempo durante la jornada laboral, las que no podrán exceder una hora al día.

La ley N°20.545 en su artículo 1° modifica el artículo 195 del Código del Trabajo, dispone: *"Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.*

El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable.

Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien

³⁷ ABRAMO, Laís y TODARO, Rosalba. Cuestionando un mito: Costos Laborales de hombres y mujeres en América Latina, OIT/Oficina regional para América Latina y el Caribe. Lima, Perú. 2002. 413 p.

gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.

El padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor perderá el derecho a fuero y subsidio establecidos en el inciso anterior.

Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas.

Asimismo, no obstante cualquier estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos períodos, incluido el período establecido en el artículo 197 bis."

Las modificaciones realizadas por el legislador permiten observar innovaciones en distintos aspectos. Así por ejemplo en lo relacionado con el permiso por nacimiento de un hijo, la nueva disposición que regula la materia muestra un mejoramiento del beneficio de permiso por nacimiento de un hijo que la misma contempla, por cuanto se le otorga al padre que se encuentra en proceso de adopción, a diferencia de la anterior que establecía que el referido permiso se otorgaba al padre al que se le hubiere concedido la adopción, contándose el beneficio en este caso, desde la respectiva sentencia definitiva.

Por lo anterior, esta disposición se podrá aplicar a los padres que hayan comenzado un proceso de adopción, los cuales gozarán de este permiso a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal del menor.

Respecto al descanso postnatal o del resto de él en caso de fallecimiento de la madre, existe un nuevo beneficiario , en el evento que el padre no tuviere el

cuidado personal del hijo a quien le fuera otorgada la custodia del menor, amparándolo también con la prerrogativa de fuero establecida en el artículo 201 del Código del Trabajo, con derecho al subsidio contemplado en el artículo 198 del mismo cuerpo legal el cual será equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba.

En cuanto a las sanciones contempladas en esta reforma, el inciso 4° del artículo 195 del Código del Trabajo dispone que el padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor pierda el derecho a fuero y al subsidio.

Al igual que el padre pierde tanto el fuero como el derecho de subsidio, al ser privado de la custodia del hijo, lo mismo debe suceder con la persona que tiene un niño a cargo y es privado de su custodia del menor.

En lo que dice relación con la conservación de empleos o puestos de trabajo, el inciso 6° del artículo 195 del Código del Trabajo modificado, establece que no obstante cualquier estipulación en contrario, a las mujeres embarazadas y puérperas deberá conservárseles sus empleos o puestos de trabajo durante los períodos de descanso, incluido el período establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo.

El artículo 196 del Código del Trabajo también fue modificado por el artículo 1° número 2 de la Ley N°20.545, intercala los siguientes incisos cuarto, quinto y sexto al artículo 196 del Código del Trabajo, pasando su actual inciso cuarto a ser séptimo. Estos incisos señalan lo siguiente:

"Cuando el parto se produjere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal del inciso primero del artículo 195 será de dieciocho semanas.

En caso de partos de dos o más niños, el período de descanso postnatal establecido en el inciso primero del artículo 195 se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.

Cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias establecidas en los incisos cuarto y quinto de este artículo, la duración del descanso postnatal será la de aquel que posea una mayor extensión."

La Ley N°20.545, también agregó el artículo 197 bis en el Código del Trabajo, el que regula el permiso postnatal parental, señalando: *"Las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195.*

Con todo, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extenderá a dieciocho semanas. En este caso percibirá el cincuenta por ciento del subsidio que le hubiere correspondido conforme al inciso anterior y, a lo menos, el cincuenta por ciento de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho.

Las trabajadoras exentas del límite de jornada de trabajo, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 22, podrán ejercer el derecho establecido en el inciso anterior, en los términos de dicho precepto y conforme a lo acordado con su empleador.

Para ejercer los derechos establecidos en los incisos segundo, tercero y octavo, la trabajadora deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada, enviada con a lo menos treinta días de anticipación al término del período postnatal, con copia a la Inspección del Trabajo. De no efectuar esta comunicación, la trabajadora deberá ejercer su permiso postnatal parental de acuerdo a lo establecido en el inciso primero.

El empleador estará obligado a reincorporar a la trabajadora salvo que, por la naturaleza de sus labores y las condiciones en que las desempeña, estas últimas sólo puedan desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes de su permiso prenatal. La negativa del empleador a la reincorporación parcial deberá ser fundamentada e informada a la trabajadora, dentro de los tres días de recibida la comunicación de ésta, mediante carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo en el mismo acto. La trabajadora podrá reclamar de dicha negativa ante la referida entidad, dentro de tres días hábiles contados desde que tome conocimiento de la comunicación de su empleador. La Inspección del Trabajo resolverá si la naturaleza de las labores y condiciones en las que éstas son desempeñadas justifican o no la negativa del empleador.

En caso de que la trabajadora opte por reincorporarse a sus labores de conformidad a lo establecido en este artículo, el empleador deberá dar aviso a la entidad pagadora del subsidio antes del inicio del permiso postnatal parental.

Con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá a éste el permiso y subsidio establecidos en los incisos primero y segundo.

Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado en base a sus remuneraciones. Le será aplicable al trabajador lo dispuesto en el inciso quinto.

En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental, deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada, a lo menos, con diez días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso, con copia a la Inspección del Trabajo. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la trabajadora. A su vez, el empleador del padre deberá dar aviso a las entidades pagadoras del subsidio que correspondan, antes del inicio del permiso postnatal parental que aquél utilice.

El subsidio derivado del permiso postnatal parental se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía del decreto con fuerza de ley N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1982.

El empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con

multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto."

Finalmente el artículo tercero transitorio de la misma ley, señala: *"Quienes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encontraren haciendo uso de licencia por enfermedad grave del niño menor de un año, y éste tenga menos de veinticuatro semanas de edad, podrán seguir haciendo uso de dicha licencia, hasta su término, gozando del subsidio a que ésta dio origen.*

Mientras se esté ejerciendo este derecho no se podrá hacer uso del permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo"

Esta modificación, al ordenamiento legal, contempla la obligación del empleador de aceptar que la madre, padre o el trabajador o trabajadora que se encuentre en la situación prevista en el artículo 200 del Código del Trabajo, cumpla labores en media jornada.

El artículo 197 bis del Código del Trabajo, establece que el empleador estará obligado a reincorporar a los beneficiarios si éstos optan por esta alternativa, debiendo dar aviso a la entidad pagadora del subsidio, antes del inicio del período postnatal parental, conforme lo dispone el inciso sexto del mismo precepto legal.

Excepcionalmente, por la naturaleza de las labores y las condiciones desempeñadas, están obligados a realizarlas en jornada completa, el empleador puede negarse a esta incorporación

En Chile, los costos de la maternidad, son de cargo del Estado y del sistema de salud al que pertenece la trabajadora. Pero, la empresa debe asumir algunos costos, como la sala cuna si hay más de 20 trabajadoras y el tiempo de alimentación de los menores de 2 años. Según estudios de la OIT sobre 5 países de Latinoamérica *“Indican que los costos monetarios directos para el empleador, asociados a la contratación de un mujer son muy reducidos: representan menos del 2% de la remuneración bruta mensual de las mujeres”*³⁸. A pesar de esto, la facultad de contratar se ve limitado por la maternidad, por lo que existen empresas que no contratan mujeres, al sostener que la maternidad es una limitación a la competitividad y rendimiento de la empresa.

9. 4. El *mobbing* maternal.

Es el acoso contra las mujeres embarazadas, con el fin de mostrar un ejemplo de lo que le puede pasar a "la que se atreva a" quedarse embarazada, siendo la violencia que sufre la mujer por ser madre en su entorno laboral, para evitar nuevos embarazos en la empresa. En Chile, un 16.9% de las trabajadoras ha señalados que ha sido víctima de una reacción hostil por parte de la empresa.

En la región del Bío Bío el 2006 hubo 104 denuncias de despido a mujeres con fuero maternal. En La Araucanía fueron 43 los reclamos del año pasado mientras que los de 2007 fueron 75. En la región de Los Lagos la estadística es de 113 reclamos el 2006 y 162 los de este año.

Cualquier tipo de *mobbing* es una práctica ilegítima, pero en el caso de la mujer embarazada es, además, ilegal. Esto porque la trabajadora con fuero maternal sólo puede ser alejada de su trabajo previa autorización judicial, pero

³⁸ ABRAMO, Laís y TODARO, Rosalba. Cuestionando un mito: Costos Laborales de hombres y mujeres en América Latina, OIT/Oficina regional para América Latina y el Caribe. Lima, Perú. 2002. 413 p.

son numerosos los casos que esconden una realidad marcada por la violencia psicológica, el hostigamiento, la humillación y falta a la dignidad de la persona.

Respecto a este tema, podemos señalar el caso María José Ramis, que en 2005, fijo un precedente al presentar un recurso de protección en la Corte de Apelaciones de Valdivia, ciudad donde ejercía como paisajista en el Departamento de Aseo y Ornato de la municipalidad de Valdivia, por el hostigamiento a su persona ocasionados durante su embarazo. El tribunal acogió el recurso de protección en primera y segunda instancia y fue ratificado por la Corte Suprema, es importante destacar que los argumentos de la sentencia reconocen al mobbing como lesión a los Derechos Fundamentales y sanciona su práctica con un castigo. Por consiguiente, la práctica del mobbing o acoso debe denunciarse bajo el criterio del artículo 19 de la Constitución Política de Chile y del artículo 2 del Código del Trabajo.

9. 5. El acoso sexual como forma de discriminación laboral.

El acoso sexual laboral es un término utilizado para describir un problema *Tabú* y el que se refiere a conductas sexuales u otros comportamientos basados en el sexo que afectan la dignidad de la mujer y del hombre, un siendo considerada en muchos países como una forma de discriminar por sexo, siendo por consiguiente, un obstáculo a la integración de la mujer en el ámbito laboral.

Según las encuestas, las mujeres más vulnerables al acoso sexual son jóvenes, dependientes económicamente, solteras o divorciadas y migrantes, mientras que en el caso de los hombres son los más jóvenes, homosexuales y miembros de minorías étnicas o raciales.

En las diferentes legislaciones existe una aceptación que identifica el acoso sexual al "chantaje". Esto ocurre cuando un superior exige a un subordinado suyo, para que se preste a una actividad sexual si quiere conseguir o conservar ciertos beneficios laborales. En una definición más amplia de acoso sexual se abarca incitaciones sexuales importunas u otras manifestaciones verbales o no verbales o físicas de índole sexual, para coartar sin razón la actuación laboral de una persona o de crear un entorno de trabajo ofensivo, hostil, de intimidación o de abuso. La Dirección del Trabajo define al acoso sexual como "un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada, que incide negativamente en su situación laboral, provocándole un perjuicio".

Hay dos tipos de acoso sexual, en primer lugar el chantaje sexual, que ocurre cuando existe una relación jerárquica y por lo tanto, puede acarrear una pérdida tangible de los derechos laborales, y el segundo donde no se plantea la posibilidad de pérdida de derechos laborales, que es el acoso ambiental, acá el sujeto activo crea un ambiente intimidante, hostil o humillante. A su vez, la Dirección del Trabajo distingue entre acoso jerárquico y acoso sexual horizontal.

El acoso sexual jerárquico es el que realiza el empleador o un mando superior. Normalmente se asocia con beneficioso amenazas. Y el acoso sexual horizontal es ocasionado entre compañeros de trabajo de igual jerarquía.

La O.I.T. realizó un estudio en 23 países, y estableció que entre un 15% y 40% de las mujeres se han visto acosadas sexualmente de alguna forma. A nivel nacional, según cifras del SERNAM, cerca a un 20% de las trabajadoras han sufrido algún tipo de acoso sexual.

Internacionalmente existen muchas normativas internacionales contra el acoso sexual. En nuestro país hasta el 2004 no existía legislación que tratara el

asunto. En la actualidad rige la Ley N° 20.005, de 18 de marzo de 2005, que tipifica y sanciona el acoso sexual.

En 2003 la Corte Suprema falla una conducta de acoso sexual y condena pagar una indemnización compensatoria al empleador que no veló en resguardar la integridad de una trabajadora al no protegerla frente a un compañero de trabajo³⁹.

Esta ley en su artículo 1° dispone que las relaciones laborales deberán fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona, y establece como contrario a ella conductas como la de acoso sexual. Es así, que señala que es contraria a los derechos fundamentales de las personas y al principio de la no discriminación. Así mismo, en su artículo 7° señala el procedimiento aplicable en caso de acoso sexual.

Nuestro país ha declarado su disposición para evitar formas de discriminación que puedan ocasionar daños a la integridad física o mental y a la salud de las personas, sin discriminación de sexos, como así ha proclamado su disposición para evitar formas de discriminación por sexos. También ha reconocido su obligación de amparar en el ejercicio de estos derechos a las personas.

“La Ley señala como acción básica la de efectuar requerimiento de carácter sexual cuando se presenten dos condiciones fundamentales, en primer lugar que no sean consentidos por quien los recibe y segundo, que se produzca una amenaza o un perjuicio en su situación laboral o en sus oportunidades”⁴⁰.

³⁹ LIZAMA Portal, Luis y UGARTE Cataldo, José Luis. Nueva Ley de Acoso Sexual. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. 2005.

⁴⁰ LIZAMA Portal, Luis y UGARTE Cataldo, José Luis. Nueva Ley de Acoso Sexual. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. 2005.

El artículo 171 del Código del Trabajo señala, al despido indirecto, cuando quien incurra en las causales de término del contrato fuere el empleador. Dentro de las causales se encuentra la "falta de probidad, vías de hecho injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada". Y "actos, omisiones o imprudencias temerarias que afectan a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores o a la salud de éstos.", por lo tanto, si un empleador incurre en actividades de acoso sexual, amenazando con despedir o condicionando remuneraciones, u otro beneficios o medidas de carácter administrativos a cambio de exigencias de tipo sexual incurre en falta de probidad, incurriendo también en el incumplimiento del artículo 184 del Código del Trabajo, el que señala "El empleador estará obligado a tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, manteniendo las implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales". Por lo tanto, la persona afectada puede poner término al contrato y reclamar del empleador las indemnizaciones del despido injustificado con un recargo de hasta el 50 por ciento.

El procedimiento de acoso sexual es denuncia, medida de resguardo, investigación y sanción. La denuncia la realizará el sujeto pasivo, mediante un escrito, pudiendo optar entre la empresa en la que trabaja o ante la Inspección del Trabajo. Acto seguido se tomaran medidas de resguardo para el trabajador, como las del artículo 211-B. Posteriormente el empleador deberá iniciar la investigación dentro de 5 días y remitir los datos a la Inspección del trabajo, investigación que no excederá los 30 días. Finalizada la investigación, dentro de 15 días, el empleador deberá haber adoptado las sanciones o medidas pertinentes.

El segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit. 0-171-2012, acoge con fecha 14 de abril de 2010 la demanda interpuesta por la empresa Inversiones Alsacia S.A. en contra del señor Apablaza, quien goza de fuero

laboral, y por lo tanto, se autoriza judicialmente su despido, esto debido a su comportamiento, el cual afecta y denigra a las trabajadoras del entorno laboral, por medio del acoso sexual constante ocasionado a ellas.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 27 de mayo de 2008, rol N° 4475-2007, acogió un auto-despido fundado en que un socio de la empresa incurrió en una conducta de acoso sexual en contra de una trabajadora, expresando que el acoso sexual lesiona derechos fundamentales inherentes a todo ser humano y, por ende, afecta diversos bienes jurídicos del trabajador, tales como la integridad física y psíquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y libertad sexual.

9. 6. Discriminación Laboral por orientación sexual.

Este caso de discriminación ocurre cuando arbitrariamente se alteran las condiciones laborales, se pone término a la relación laboral o por prohibir su acceso a una ocupación a personas que integran las, que diversos autores han llamado, "minorías sexuales", siendo estos las lesbianas, gays, bisexuales o transexuales (LGBT). Claudio Kiper define a las minorías sexuales como "grupos de personas que se enfrentan de forma permanente, implícita o explícitamente, al orden establecido y se niegan a desempeñar el papel que les ha sido atribuido en su calidad de hombre o mujer, y se organizan cuando tienen esa posibilidad para reclamar la satisfacción de sus necesidades específicas y para ayudarse mutuamente" y agrega "responden a esta definición los homosexuales, ya sean masculinos o femeninos".

Debe considerarse la situación de las minorías sexuales como un hecho social, que se presenta también en las relaciones laborales y que puede originar respuestas discriminatorias, ahora bien, si dicha homosexualidad no tiene una manifestación externa, en su ambiente laboral, así no se perturba a los

compañeros de trabajo, ni se afecta a la posible clientela de la empresa, esta conducta no aparece como propicia al poder disciplinario laboral, mientras aquellas circunstancias no se presenten. Pero por dicho ocultamiento, por temor a ser discriminados, puede traer consecuencias en la salud y en su bienestar, lo que se ve reflejado en una menor productividad laboral.

En algunos estudios se ha determinado que esta discriminación puede causar una diferencia de 3 al 30 por ciento entre trabajadores homosexuales y heterosexuales.

Los trabajadores LGBT no solo son discriminados, sino que también sus parejas, ya que no reciben las mismas prestaciones que se dan a las parejas heterosexuales como poder beneficiar a su pareja de su seguro de salud.

En diversos países, es apreciable un cambio de mentalidad y de disposición con relación a las minorías sexuales, las que lentamente tienden a superar discriminaciones que antes eran habituales a su respecto, como en el orden penal, por ejemplo.

En 2009, la ratificación del Tratado de Lisboa entrañó la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta, es el primer instrumento internacional en materia de recursos humanos que veda terminantemente la discriminación por razón de la orientación sexual.

9. 7. Discriminación por laboral por edad.

La discriminación por edad es el trato diferente a una persona por razones de su edad, sin considerar sus capacidades y aptitudes.

Este tema debe analizarse con relación a dos etapas distintas de la vida, la vejez y la juventud.

El transcurso de los años, en general, afecta la capacidad laboral y el rendimiento probable de las personas que trabajan, lo que se ve reflejado indudablemente en su salario, por cuya razón la generalidad de las legislaciones en el mundo prevén para ese tiempo la posibilidad de dejar de trabajar y percibir, para su subsistencia, una jubilación.

La recomendación N° 162 “sobre los trabajadores de edad” que tiene por objetivo eliminar cualquier tipo de discriminación a la que se puede ver enfrentada una persona de edad y señala la manera en que los trabajadores pueden acogerse a retiro o jubilación sin salir totalmente del ámbito laboral.

Las situaciones posibles de discriminación por vejez se dan cuando la persona tiene una edad avanzada (superior a los cincuenta años) y pierde su trabajo, debiendo enfrentar las dificultades para conseguir otro empleo y que peligre su subsistencia por no tener la edad para jubilarse. Aquí aparece otro abuso que es frecuente, el tomar estas personas para trabajos transitorios o tareas de difícil aceptación por otros, porque no tienen otra posibilidad para satisfacer sus necesidades, más aún cuando tienen obligaciones familiares.

La O.I.T. siempre se ha preocupado por la situación de los menores, como resulta de los Convenios iniciales, fijando pautas limitativas que los Estados debían introducir en sus respectivas legislaciones. La edad mínima, de los catorce años, tanto para actividades industriales como no industriales, pasó a quince años en el Convenio N° 138 de la O.I.T. de 1973 y, en la Reunión de París en el Año Internacional del Niño, se propició elevarla a dieciséis, límite que ya se observa en la mayoría de los países industrializados de Europa.

La UNICEF diferencia el trabajo infantil como “la participación de los niños y niñas en la actividad económica (siempre que no perjudique su salud y desarrollo o interfiera con su educación) puede ser positiva” con la discriminación infantil señalando que esta realidad es cotidiana para muchos niños y que a grandes rasgos se ven privados de servicios, cuidados básicos, educación o salud. Pudiendo resultar en violencia y explotación”.

En nuestro país, con la modificación introducida al artículo 13 del Código del Trabajo el año 2000, la edad mínima para celebrar un contrato de trabajo quedó en dieciséis años, estableciéndose la posibilidad de que los menores de dieciséis y mayores de quince años puedan contratar cumpliéndose determinados supuestos. Señala el mencionado artículo: *“Para los efectos de las leyes laborales, se considerarán mayores de edad y pueden contratar libremente la prestación de sus servicios los mayores de dieciocho años.*

Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o a falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo. Además, previamente, deberán acreditar haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica. En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación. Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su Enseñanza Básica o Media no podrán desarrollar labores por más de treinta horas semanales durante el período escolar. En ningún caso los menores de dieciocho años podrán trabajar más de ocho horas diarias. A petición de parte, la Dirección Provincial de Educación o la respectiva Municipalidad, deberá certificar las condiciones geográficas y de

transporte en que un menor trabajador debe acceder a su educación básica o media.

Lo establecido en el inciso anterior se aplicará respecto de los menores de quince años, en las situaciones calificadas en que se permite su contratación en los espectáculos y actividades artísticas a que hacen referencia los artículos 15, inciso segundo y 16.

El inspector del trabajo que hubiere autorizado al menor en los casos de los incisos anteriores, pondrá los antecedentes en conocimiento del Tribunal de Familia que corresponda, el que podrá dejar sin efecto la autorización si lo estimare inconveniente para el trabajador.

Otorgada la autorización, se aplicarán al menor las normas del artículo 246 del Código Civil y será considerado plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes.

La autorización exigida en el inciso segundo no se aplicará a la mujer casada, quien se registrará al respecto por lo previsto en el artículo 150 del Código Civil.

Un reglamento del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, previo informe de la Dirección del Trabajo, determinará las actividades consideradas como peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de dieciocho años que impidan, en consecuencia, celebrar contratos de trabajo en conformidad a los incisos anteriores, debiendo actualizarse dicho listado cada dos años.

Las empresas que contraten los servicios de menores de dieciocho años, deberán registrar dichos contratos en la respectiva Inspección Comunal del Trabajo”.

Por otra parte, Chile ratificó en febrero de 1999 el Convenio N° 138 de la O.I.T., sobre la edad mínima para contratar y, en julio de 2000, el Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, como la esclavitud, la venta y el tráfico de niños, la prostitución, la producción de pornografía, el tráfico de estupefacientes, etc.

La discriminación laboral, basada en la edad de las personas, se encuentra expresamente prohibida sólo por el Código del Trabajo. Sin embargo, es evidente que las demás normas transcritas también la prohíben, en forma tácita, ya que todas ellas efectúan un listado meramente referencial de casos de discriminación, proscribiendo en esencia cualquier distinción que carezca de motivo plausible y no se base en las calificaciones objetivas del empleo de que se trate.

Se analizarán tres sentencias de tribunales laborales basados en actos de discriminación por edad⁴¹:

Causa RIT N° T 57 2009, tutela de Derechos Fundamentales, Primer Juzgado del Trabajo de Santiago (febrero 2, 2010).

En esta causa se comprobó que el actor, de 72 años, recibía una remuneración inferior al resto de los otros trabajadores, que desempeñaban las

⁴¹ *La discriminación por edad en el ámbito laboral: una mirada a la jurisprudencia* [en línea]. Santiago, Chile. ARAYA Ibañez, Alvaro. [fecha consulta 2 Mayo 2013]. Disponible en: <http://www.nyaabogados.cl/docs/NotasyArticulosNA_N3_Discriminacion%20por%20edad%20laboral.pdf>

mismas funciones de guardias de seguridad. El demandante señaló que dicha diferencia se debía exclusivamente a su edad. El demandado que no negó la acusación y se defendió explicando que dichas diferencias se debían a los beneficios que se le daban al actor que representaban en los hechos una suerte de “discriminación positiva” a favor este.

El tribunal consideró que dichas justificaciones eran inválidas, irrelevantes o impertinentes y dio por establecido que el motivo de discriminación fue la edad.

Es importante destacar que en este caso se consideró innecesario comprobara el “ánimo” discriminatorio. Como también, se descartó que pudiera ser útil la existencia de supuestos beneficios.

Causa RIT N°: T 2 2010, Tutela de Derechos Fundamentales, Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena (Abril 5, 2010).

La actora ejerció acción de tutela, fundándola en que el despido se habría producido por de su edad, al no cumplir con el perfil del ejecutivo de ventas de la empresa, según el documento "Modelo Preferente, Canales indirectos", el que señalaba que los ejecutivos debían tener como máximo 50 años y se produce el despido y ella estaba cercana a cumplir 51 años. El demandado negó esta acusación, señalando que el despido fue justificado por el artículo 161 del Código del Trabajo, basada en el no cumplimiento de metas impuestas a la actora.

El juez declaró que el demandado no justificó debidamente la causal de necesidades de la empresa. Y estableció que el documento "Modelo Preferente, Canales indirectos", imponía un perfil del ejecutivo de ventas de la empresa no consistente con la edad de la actora, constituía un indicio suficiente para considerar “que la actora fue despedida en razón de la edad, vulnerándose con

ello el derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2° del Código del Trabajo.”

Este caso es interesante porque hubo una prueba de la discriminación, la existencia de un documento que establecía un perfil del ejecutivo tipo de la empresa, que junto con la incapacidad del demandado de comprobar la causal de necesidades de la empresa, fueron indicios suficientes para dar por comprobada la discriminación por edad.

Causa RIT N°: T 7- 2009, Tutela de Derechos Fundamentales, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción (Octubre 2, 2009).

En esta causa el empleador enfrentó una situación de hecho que justificó el despido por “necesidades de la empresa” de un grupo de trabajadores. La empresa había disminuido sus ventas, por la pérdida de clientes a los que prestaba servicios, lo que constituyó una circunstancia objetiva que afectó su actividad. Por esta razón, se despidió a empleados y al actor, cuyas funciones se distribuyeron entre dos trabajadores que permanecieron en la empresa.

El tribunal declaró que la edad del demandante y ser el funcionario de mayor edad dentro de su área, no se podía estimar como una conducta de discriminación frente al despido, máxime si existió una restructuración de personal.

Por consiguiente, hay que dejar en claro que el despido de una persona de avanzada edad no es sinónimo de discriminación.

Respecto a estas causas puede señalarse que el tribunal no exige el elemento subjetivo en la discriminación laboral, sino que basta probarse la

discriminación o diferencia. Y en consideración, para la discriminación laboral por edad debe proporcionársele al tribunal algún elemento probatorio adicional al acto discriminatorio y al de la edad.

9. 8. Discriminación laboral por motivos de salud.

La salud es fundamental para trabajar siendo, lo normal, que la persona que ingrese a un empleo lo haga estando sana. La salud otorga a las personas que estas puedan disfrutar plenamente de sus potencialidades, sin sentirse disminuidos por alguna afección, temporal o permanente y sin ningún tipo de discapacidad.

La salud de una persona se puede determinar al momento en que el empleador efectúa un examen pre-ocupacional. Mientras no exista relación laboral, no han surgido aún obligaciones legales laborales, por lo tanto si el empleador detecta alguna enfermedad en el examen pre-ocupacional y decide no contratarlo no está incurriendo en una infracción. Aún así, habrá que analizar la situación para ver si se incurrió en un acto en que hubo discriminación, por lo mismo habrá que demostrarse si el postulante actuó con mala fe o malicia si en la declaración previa que se le solicitó no mencionó su enfermedad, o por el contrario, la mencionó, detectarla en el examen pre-ocupacional no es más que una corroboración, y si el empleador dispone aun así la contratación, no puede luego alegar tal circunstancia para justificar su actitud, ya que estaríamos frente a un acto de discriminación.

El tema que más conflictos ha provocado, en las relaciones laborales, es el VIH/SIDA⁴², precisamente por la gran resistencia a vincularse con quienes la poseen esta enfermedad.

El VIH/Sida menoscaba los derechos fundamentales de quien lo padece en el trabajo, sobre todo debido a la discriminación y el rechazo de que es objeto la gente que vive con el virus o se ve afectada por el mismo.

La O.I.T. ha elaborado una serie de directrices tendientes a señalar a los diferentes países asociados cuales son las vías y mecanismos de acción más adecuados respecto a este tema.

En nuestro país se ha ido tomando conciencia de la gravedad de esta epidemia, y de sus graves efectos sociales. La ley 19.779, vigente desde el año 2001, busca precaver la exclusión arbitraria de aquellas personas infectadas por el VIH, particularmente en el ámbito laboral.

Un gran número de enfermos de SIDA se encuentra entre los 20 y los 49 años, que coinciden con el de mayor productividad económica de las personas, siendo en la mayoría de los casos estos enfermos además jefes de hogar.

⁴² El **VIH** o **Virus de Inmuno-deficiencia Humana**, es un virus que ataca el sistema de defensas del cuerpo. Con el tiempo el virus debilita las defensas de la persona contra la enfermedad, dejándolo vulnerable a muchas infecciones y formas de cáncer que no se desarrollarían en personas saludables. Algunas personas con infección al VIH no tienen ningún síntoma, algunos tienen problemas menores de salud y otros tienen el SIDA completamente desarrollado. El **Síndrome de Inmuno-Deficiencia Adquirida (SIDA)** es la etapa final de la infección con VIH. SIDA significa que el sistema inmunológico está seriamente dañado. A menudo la persona ya ha sido diagnosticada con una infección que amenaza la vida o con un cáncer. Puede tomar hasta 10 años o más desde el momento inicial de la infección con VIH hasta llegar a ser diagnosticado con SIDA. En promedio las personas con SIDA dependiendo de muchos factores pueden vivir de dos a cuatro años más luego de ser diagnosticados.

Aunque, en la actualidad, se aprecia un aumento en la incorporación de los enfermos con SIDA al mundo laboral, hay que señalar que en la mayoría de los casos lo hacen realizando sus funciones de manera precaria, ya que un alto porcentaje (43,3% el 2003) lo hace sin contar con un contrato de trabajo. Así mismo, muchos trabajadores afectados con el VIH, ante las malas experiencias de rechazo, optan por desempeñar trabajos independientes.

En Chile la Ley N° 19.779, de 2001, en su artículo 7 señala “No podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen”, estableciendo que el test de E.L.I.S.A., u otro que aparezca posteriormente para determinar la existencia del VIH en una persona, no puede ser esgrimido como factor para alterar el Derecho de las personas infectadas con el mal a desarrollar una ocupación laboral lícita, en la medida de sus condiciones.

Esta norma se encuentra reafirmada por lo dispuesto en el artículo 5 de la ley, que establece que el examen para detectar el virus del VIH será siempre confidencial y voluntario para quien se lo realiza, debiendo constar por escrito el consentimiento del interesado o de su representante legal.

Al postular a un empleo, el principio de no discriminación implica que tratándose de aquellos postulantes infectados con el VIH, deberán ser tratados como cualquier otro trabajador, aunque se deberá distinguir entre aquellos enfermos asintomáticos y los que ya han desarrollado el SIDA. Puesto que la presencia del VIH en su organismo no tiene ninguna otra significancia para su desempeño laboral, deben de ser tratados como cualquier otro trabajador sano. Pero, los que ya han desarrollado el SIDA, por las consecuencias físicas que ello

acarrea producto de las enfermedades asociadas a que éste da lugar, deberán ser tratados como cualquier otro trabajador enfermo⁴³, En este caso el empleador podrá prescindir de la contratación de una persona sin con ello infringir el artículo 7º de la ley 19.779, por cuanto el fundamento para ello no será propiamente la seropositividad, sino la incompatibilidad física para desempeñar la función, como ocurriría con cualquier trabajador enfermo.

Si bien la ley prohíbe la exigencia del examen del VIH como requisito para postular a un trabajo, investigaciones realizadas por Vivo Positivo, entre los años 2000 y 2005, señalan que esta práctica aún se lleva a cabo.

Por expresa disposición de la ley quedan excluidas de las normas anteriormente, referidas al período de pre-contratación tanto en el sector público como privado, quienes pretendan ingresar a alguna de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden, esto es, aquellos regidos por el D.F.L. N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, por el D.F.L. N° 2, de 1968, del Ministerio del Interior, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N° 412, de 1992, del Ministerio de Defensa Nacional y por el D.F.L. N° 1, de 1980, del Ministerio de Defensa Nacional. Según el inciso 2º del artículo 7 de la ley 19.779, teniendo que estarse a lo dispuesto por cada uno de los reglamentos respectivos, donde no se excluye la posibilidad de que entre las distintas pruebas realizadas a los postulantes se encuentre presente el test del SIDA. Esta norma de excepción sólo se aplica para ingresar a una de estas instituciones, pero no a aquellas personas infectadas que ya se encuentren dentro de ellas, por lo que no podrán serles condicionados a estos la permanencia en el servicio, la renovación de los empleos y la promoción.

⁴³ ERMIDA Uriarte, Oscar. Repercusiones del SIDA en el Derecho Laboral. **Revista Laboral Chilena** N° 10. Santiago, Chile, 1993.

Con el fin de resguardar el empleo de los trabajadores portadores del VIH/SIDA la O.I.T. ha establecido ciertos principios básicos en el Repertorio de Recomendaciones Prácticas, entre los que se encuentran:

- a. Reconocer el VIH/SIDA como un problema en el ámbito laboral, y ser tratado como tal, como cualquier enfermedad profesional grave.
- b. Prohibir toda forma de discriminación en el lugar de trabajo, particularmente aquella fundada en motivos relacionados con el VIH/SIDA.
- c. Reconocer y promover la igualdad entre hombres y mujeres.
- d. Promover un medio ambiente de trabajo sano y seguro, para todas las partes involucradas, con el fin de prevenir el contagio por VIH.
- e. Promover la aplicación de una política y un programa contra el VIH/SIDA que involucre de la misma manera al gobierno, empleador y trabajadores.
- f. Prohibir las pruebas tendientes a determinar la presencia del VIH en el organismo de una persona, tanto si se encuentra actualmente trabajando, como si está postulando a un puesto.

Dentro de los artículos del Código del Trabajo que señalan las causales de término de contrato, queda claro que la condición de seropositivo no se encuentra en ninguna de las situaciones que nuestra ley acepta como motivo para poner cese a una relación laboral, y por tanto, utilizar dicho argumento como causal, redundaría en un caso de despido injustificado que nuestra ley sanciona.

A este tipo de trabajadores se les tratará como a cualquier otro trabajador enfermo, y si sus condiciones de salud así lo ameriten, podrán ser declarados en estado de invalidez total o parcial. Siendo obligatorio para el empleador mantenerlos en su puesto de trabajo para que sigan desempeñándolo en tanto ello no les cause un perjuicio físico o ponga en peligro su salud, tal y como ha declarado la Dirección del Trabajo, y como se desprende de lo establecido por el artículo 161bis del Código, que dispone que “La invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168.” En aquellas situaciones en que no sea posible que el trabajador siga desempeñando las mismas funciones para las que fue contratado, y que el empleador no disponga de otro puesto adecuado para él en el que pueda seguir laborando sin peligro o detrimento para su persona, quedará a su juicio determinar si ello constituye o no una causal para proceder a despedirlo, cuestión que en definitiva deberá ser evaluada por el tribunal correspondiente si el trabajador reclama por el despido.

Las instituciones internacionales se ha referido al tema, es así como la división sobre derechos civiles de Nueva Jersey señaló que el examen del sida no puede ser realizado si se impone esa prueba como condición para un empleo”, como tampoco podrá tomarse medidas en contra de trabajadores ya infectados en caso que esta persona cumpla con sus funciones. Asimismo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estableció que la realización del test de VIH sin consentimiento previo del paciente viola el derecho a la vida privada, siendo discriminatorio para la contratación laboral.

En 2003, en nuestro país, la Pastelería de la Empresa Comercio Franco Andesa Limitada (Cofra), despidió a un trabajador por haberse negado a someterse al test de VIH, argumentando necesidades de la empresa del artículo 161 del Código del Trabajo. El trabajador afectado accionó en contra de su empleador y el Tercer Juzgado de Policía Local de Las Condes sentenció a la empresa Cofra a pagar la suma de veinte millones de pesos al trabajador. La empresa apeló en contra de esta resolución y dicho monto se rebajo a dos millones de pesos.

Existe una sentencia emitida por el Tribunal de Letras de Coronel, con fecha 2 de julio de 1999 (confirmado por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema) donde el trabajador había perdido un 53% de su capacidad laboral, sosteniéndose que no era suficiente para declarar la caducidad del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, ya que para que ello fuera procedente era necesario que el trabajador perdiera al menos $\frac{2}{3}$ de su capacidad laboral. El fallo señala “Que las enfermedades en el grado de incapacidad que provocan, está por debajo a los capacidad laboral. En lo pertinente el fallo reza del siguiente modo: «Que las enfermedades en el grado de incapacidad que provocan, está por debajo a los $\frac{2}{3}$, esto es, el 66,66% de disminución de capacidad laboral y al respecto la jurisprudencia de nuestros Tribunales superiores, sostienen reiteradamente que para verificarse la causal de despido por caso fortuito o fuerza mayor, la incapacidad debe ser superior a los $\frac{2}{3}$ y cabe hacer presente que reclamado el despido por el trabajador, el peso de la prueba respecto la legitimidad y procedencia del mismo, y el que la incapacidad del actor, de un 53%, le impedía cumplir las funciones o labores a que se obligaba como contraamaestre de una embarcación pesquera correspondía a la demandada. Es más, la empleadora pudo asignar a su trabajador dentro de las diversas funciones existentes en una embarcación pesquera alguna que él como contraamaestre, podía desempeñar sin

menoscabar la seguridad o producción de la empresa, evitando aplicar una causal de despido sin sustento legal”⁴⁴.

La ley N° 19.779, establece sanciones por su infracción. El artículo 8 señala que en caso que se vulnere el derecho a confidencialidad y voluntariedad de los exámenes del SIDA, consagrados en el artículo 5 de la ley, el culpable será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 3 a 10 UTM. Esto sin perjuicio de la obligación de responder de los daños patrimoniales y morales que haya sufrido el afectado, los que el juez habrá de apreciar prudencialmente. Además, en caso de que la infracción fuere cometida por 2 o más personas, ellas podrán ser obligadas a responder solidariamente tanto de la multa como de la indemnización. En caso que la infracción sea al artículo 7, la sanción será una multa a beneficio fiscal, pero el monto sube será entre 10 y 50 UTM, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños causados.

9. 9. La Discriminación laboral por discapacidad.

El término discapacidad implica una condición física que está relacionada con desventajas y limitaciones sociales. Las personas pueden quedar minusválidas en cualquier momento de su vida, las discapacidades pueden adquirirse de diversas maneras y en distintas formas, puede ser físico, sensorial, intelectual o mental.

Un tema que aún Chile se encuentra distante es en generar vías de acceso e integrar a personas con discapacidad en el trabajo. La integración de personas con discapacidad se ha visto obstaculizada, principalmente, por barreras

⁴⁴ Juzgado de Letras de Coronel, Sentencia de 2 de julio de 1999, causa Rol: 290-99; confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 20 de septiembre de 1999, Rol N° 307-99; y por la Corte Suprema, conociendo un recurso de casación, en sentencia de 14 de noviembre de 2000, Rol N° 3.922-99.

culturales, basándose en su condición física, mental o sensorial y no en sus facultades reales.

La discriminación es la barrera de mayor peso, fundándose esta en los prejuicios que se han creado durante la historia. La discriminación que sufren los discapacitados va desde una discriminación positiva, que se refiere a la sobreprotección, discriminación nociva y discriminación sistemática, que se da por ejemplo cuando se tiene una política empresarial con mismas exigencias para todos los candidatos. También existen barreras como infraestructura adecuada, falta de enseñanza media y/o técnica o universitaria que hacen el camino más difícil para acceder a empleos⁴⁵.

En la actualidad, en Chile, existen aproximadamente 1.119.867 personas con discapacidad, de las cuales 137.965 presentan una discapacidad cognitiva⁴⁶, siendo la integración de estas personas, el objetivo de diferentes instancias internacionales y nacionales, declarando políticamente derechos para estas personas tendientes a la igualdad y comprometiéndose a crear programas que se dirijan a erradicar la discriminación y a favorecer la inclusión laboral. Sin embargo, el desempleo en Latinoamérica alcanza a más del 80% de las personas con discapacidad.

La Ley N° 20.422 sobre igualdad de oportunidades y a la inclusión social de las personas con discapacidad, vigente desde febrero de 2010, le subyace un enfoque centrado en las barreras sociales. Así, la ley reconoce a la persona discapacitada como *“aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el*

⁴⁵ Guía práctica para la elaboración de un programa de integración laboral de personas con discapacidad. Publicación de Acción RSE. Septiembre 2005, Santiago. Chile. Pág. 13-14.

⁴⁶ Fuente: descubreme, 2013,

entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Así también la O.I.T, define como invalida a “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de prolongar en el mismo, quedan substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”⁴⁷.

Se han creado acciones públicas dirigidas al acceso al empleo en la población con discapacidad, principalmente a través del financiamiento a personas naturales o jurídicas.

Las personas que sufren de algún tipo de discriminación son los discapacitados, y esto ocurre principalmente por ignorancia y por prejuicios, al vérselos como dependientes o con lástima. El 20 de diciembre del año 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 48/96, aprobó “Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad”, siendo un documento que contiene normas previstas para la igualdad de participación, sus requisitos, medidas de ejecución y mecanismos de supervisión. Teniendo por fin hacer conciencia, en los Estados y la sociedad en su conjunto, de la necesidad de rechazar toda forma de discriminación, incluidas en este aspecto la discriminación hacia los niños, mujeres y hombres discapacitados.

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en diciembre de 2000, señala que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía. Su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

⁴⁷ Convenio N° 159 de 1983 de la O.I.T. sobre la readaptación profesional y el empleo de personas invalidas.

El Convenio N° 159 y la Recomendación de la O.I.T. sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, contiene una serie de medidas posibles que pueden servir de base a la preparación profesional y a la integración social de estas personas. El artículo 7 del Convenio N° 159 señala que las autoridades nacionales competentes deberán tomar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, para que estas personas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo.

Dentro de los convenios y acuerdos, suscritos por Chile, respecto a este tema tenemos, el Convenio 159 de la Organización Internacional de Trabajo que señala:

Art. 1, inciso 2:...”que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo...”

Art. 3: “Dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas con discapacidad en el mercado regular de empleo”.

Art. 4: “Dicha política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras y trabajadores con discapacidad...”.

Art. 8: “Se adoptarán las medidas para promover el establecimiento y desarrollo de servicios de readaptación profesional y de empleo para personas inválidas en las zonas rurales y en las comunas apartadas”.

Las normas aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, señala en su Art. 7, en su punto 5: *“En su calidad de empleadores, los Estados deben crear condiciones favorables para el empleo de personas con discapacidad en sector público”*.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, señala como sus objetivos *“la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad”*. Como una forma de lograr estos objetivos, está *“la colaboración entre los Estados para la prevención de las discapacidades, su tratamiento, rehabilitación e integración así como el desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar o promover la vida independiente, autosuficiente e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad, de las personas con discapacidad”*.

En Chile, las normas legales de las relaciones laborales, no discriminan a las personas en relación a posibles discapacidades, excepto en los casos en que se requiera, para el buen funcionamiento de la especialidad requerida, características o habilidades determinadas.

El artículo 15 de la Ley 18.600, sobre deficiencia mental, establece *“los organismos de la Administración del Estado no podrán hacer discriminación alguna en los llamados a concurso ni en los nombramientos o contrataciones, respecto de los deficientes mentales, para funciones o labores que resulten compatibles con su condición psicobiológica”*.

En 1994 se promulga la Ley 19.284 que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad, creando el Fondo Nacional de la Discapacidad (FONADIS) y el Registro Nacional de la Discapacidad. Señala en su artículo 33 que el Estado, a través de los organismos pertinentes, promoverá la

capacitación laboral de las personas con discapacidad, creando programas especiales para permitir e incrementar su inserción al trabajo. Dispone en su artículo 36 que el Estado deberá crear las condiciones y velar por la inserción laboral de las personas con discapacidad, con el propósito de asegurar su independencia y desarrollo personal.

La contratación de un trabajador discapacitado se rige por las disposiciones generales del Código del Trabajo, toda vez que este cuerpo legal no contiene normas especiales al respecto. Sin embargo debe tenerse presente lo dispuesto en la Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

En efecto, el artículo 24 de la mencionada ley señala que, toda persona o institución, pública o privada, que ofrezca servicios educacionales, capacitación o empleo, exigiendo la rendición de exámenes u otros requisitos análogos, debe realizar los ajustes necesarios para adecuar los mecanismos, procedimientos y prácticas de selección en todo cuanto se requiera para resguardar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que participen en ellos. La norma agrega que los postulantes que presenten alguna discapacidad que les produzca impedimento o dificultad en la aplicación de los instrumentos de selección que se administren para el efecto, deben informarlo en su postulación, para su adaptación.

Ahora bien, respecto de la celebración del contrato de aprendizaje que contempla el Código del Trabajo, el artículo 47 de la ley N° 20.422 establece una norma especial al señalar que las personas con discapacidad pueden celebrar el contrato de aprendizaje contemplado en el Código del Trabajo sin limitación de edad, lo cual constituye una excepción respecto de la regla general contenida en el artículo 79 del referido Código, que limita la celebración de tal tipo de contrato a las personas menores de 21 años de edad. En consecuencia, en el caso de las

personas con discapacidad el contrato de aprendizaje puede celebrarse cualquiera que sea la edad del trabajador.

Por otra parte, cabe agregar que el artículo segundo transitorio de la referida ley modificó el numeral 7 del artículo 154 del Código del Trabajo, relativo al contenido del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, siendo su texto actual el siguiente:

"7.- las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores, y a los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado;".

En consecuencia, el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad debe contener, además del detalle de las diversas faenas según la edad y sexo de los trabajadores, la indicación de los ajustes y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad prestar sus servicios de manera adecuada.

En cuanto a la inserción laboral, las personas con discapacidad ocupadas continúan siendo menos de la mitad que la población ocupada sin discapacidad: 25,1% y 51,6% respectivamente. Así también, las personas con discapacidad continúan siendo un colectivo mayoritariamente inactivo: el 71,1% de la población con discapacidad posee esta condición. En términos de la calidad del empleo, las personas con discapacidad ocupadas tienden a insertarse en trabajos de carácter menos permanentes con más frecuencia que la personas ocupada sin discapacidad⁴⁸.

⁴⁸ MIDEPLAN, Encuesta CASEN. Chile. 2000.

La Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC) presentó una demanda judicial contra la empresa Sears, Roebuck & Co., resolviéndose en septiembre de 2009, por su política inflexible, contraria a la ley de protección de los americanos con discapacidad (ADA) y consistente en el agotamiento de los días feriados de compensación y el despido, en lugar de la adopción de medidas de adaptación razonables a la discapacidad de sus empleados. De conformidad con la resolución del tribunal, la EEOC proporcionó formularios de queja a algunos trabajadores de Sears que habían sido despedidos en virtud de la política de la empresa relativa a los días feriados de compensación de los trabajadores. Se pidió a los querellantes que informasen a la EEOC sobre elementos como el alcance de sus discapacidades, su aptitud para reincorporarse a su empleo en Sears, y sobre si la empresa había hecho algún intento para aceptarlos de nuevo en su puesto. Atendiendo a estos criterios, la EEOC concluyó que 235 personas podían beneficiarse del acuerdo. La compensación media fue de aproximadamente 26.300 dólares de los Estados Unidos⁴⁹.

El Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, con fecha de 23 de mayo de 2011 acoge la denuncia por tutela por discriminación por discapacidad⁵⁰, en contra de la empresa ISS SERVICIOS GENERALES LTDA, ocasionada por la negativa de la parte demandada a respetar el contrato de trabajo de la trabajadora por presentarse en sus laborales con muletas. El tribunal señala que el art. 2° del Código del Trabajo no enumera la discapacidad, pero la referencia no es taxativa, ya que la discriminación se especifica como toda infracción del principio general de igualdad; el resultado de la decisión de la demandada principal de no permitirle a la actora ejecutar el contrato de trabajo porque la misma se presentó a las labores con muletas – dada su discapacidad que es un hecho no controvertido- tuvo como resultado la afectación de la igualdad de oportunidades e inclusión

⁴⁹ Fuente Comisión de los Estados Unidos para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC): Court Approves \$6.2 Million. Distribution in EEOC v. Sears Disability Settlement.

⁵⁰ RIT T-63-2011

social de personas con discapacidad, vulnerando asimismo lo dispuesto en la ley 20.422 que establece Normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social⁵¹ y se le ordena además el pago de prestaciones e indemnizaciones impagas y daño moral.

9. 10. Discriminación laboral por origen social y apariencia personal.

Los países a nivel mundial optan por regular las prácticas de selección para asegurarse de que no se discrimine por el género, origen, edad o estado civil. En un estudio comparativo de 22 países, publicado en el año 2008, se encontró que, con la salvedad de Chile, en todas las legislaciones se regulan las prácticas de selección con el fin de asegurar que no fomenten la discriminación.

A pesar de la igualdad para todas las personas exigidas por la ley, pero la actualidad nos refleja que persisten numerosas desigualdades sociales, difíciles de eliminar, presentes día a día.

En el ámbito laboral se ve reflejado el problema, principalmente en la contratación del personal, ya que tanto para las actividades comerciales como administrativas, la selección toma en cuenta alguna de las circunstancias como el origen social del postulante.

En la etapa pre-ocupacional es complicado detectar la discriminación, al no existir la obligación precisa de contratar.

⁵¹ Blog jurisprudencia nueva justicia laboral. [fecha consulta 2 Mayo 201]. Disponible en: <<http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2011/07/tutela-1er-jlt-santiago-23052011-acoge.html>>

La vestimenta o su apariencia física puede ser un elemento característico para detectar en el personal un origen social no deseado o una situación cultural reprochable, a criterio del empleador.

Según los resultados de la encuesta realizada por Chile 21⁵², con un 46% las consideraciones socioeconómicas son la principal causa de discriminación, tales como “por ser pobre”, “por la educación que recibió”, existiendo también otros factores sociales como vestimenta, aspecto físico, lugar donde reside, entre otros. Lo que demuestra que una gran cantidad se ha sentido discriminada por factores sociales.

Hay que mencionar dentro de la discriminación laboral por apariencia física, la discriminación por exceso de peso. Al respecto, en 2008, un informe concluyó que en Estados Unidos la tasa de discriminación por peso, entre las mujeres, es hasta mayor de las tasas de discriminación por razones de sexo o edad. Otro estudio, realizado en Suecia, señaló que los solicitantes obesos tenían un 25 por ciento menos de llamados a entrevistas que los que tenían un peso normal.

9. 11. Discriminación laboral para los trabajadores inmigrantes.

A nivel mundial, los trabajadores inmigrantes constituyen entre el 8 y el 20 por ciento de la fuerza de trabajo, quienes son víctimas de una discriminación laboral cuando tratan de acceder a un empleo o cuando son contratados. Los trabajadores inmigrantes son víctimas de prácticas abusivas, como excluirlos de los programas de seguro social y/o de las pensiones de vejez.

⁵² Encuesta Fundación Chile 21, “Estudio de Opinión N°15”. Chile. 2004.

En julio de 2008, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, falló en contra de un empleador belga que se negaba a contratar a personas de origen extranjero porque sus clientes deseaban tratar sólo con personal belga. El Tribunal sostuvo que todo empleador que manifestase públicamente la intención de negarse a contratar a trabajadores de origen extranjero incurría en una violación del principio de no discriminación⁵³.

En los 90 nuestro país tuvo un desarrollo económico importante, convirtiéndose en un país estable política y socialmente resultando atractivo para inmigrantes, quienes llegaron a Chile buscando nuevas oportunidades laborales y con ella, mejorar su calidad de vida.

No obstante, y debido a que se les atribuye el aumento en el desempleo y la reducción en el salario, lo que ha tenido como consecuencia que se le discrimine.

Existen estudios, realizados en la capital de nuestro país, que reflejan el rechazo, especialmente, a los peruanos y bolivianos, quienes han sido maltratados tanto físicos como psicológicamente y, en general, son contratados para realizar tareas con bajos niveles de responsabilidad, poca calificación y mal remunerados.

9. 12. Discriminación laboral por etnia.

La O.I.T. ha trabajado con los pueblos indígenas desde 1920, siendo responsable por el único instrumento internacional que vela por los derechos de estos pueblos. En la actualidad, la comunidad mundial ha aceptado el principio

⁵³ Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme: Discrimination/Diversité: Rapport annuel 2009. Bélgica.

según el cual las culturas, modos de vida, tradiciones y leyes de los pueblos indígenas deben ser respetadas y protegidas. La falta de oportunidad laboral digna vulnera a los pueblos indígenas, en relación a la discriminación y, por lo tanto, los torna más propensos a ser víctimas de trabajo forzoso o trabajo infantil.

El Convenio N° 169 de la O.I.T., del año 1989, es un instrumento jurídico que vela por la promoción de los derechos de las 370 millones indígenas en más de 90 países. Y, establece que los pueblos indígenas tienen derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Entre otros derechos, se refiere al “acceso al empleo” y a la remuneración igual por trabajo de igual valor.

El año 2005 los resultados de la encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional, Casen, y de Población Indígena del Ministerio de Planificación, Mideplan, reveló datos que un indígena, en Chile, recibe en promedio un sueldo 26.34% menor a un no indígena, existiendo discriminación no en el acceso laboral, sino que en el tipo de empleo y en las remuneraciones que se entregan. Del 26.34% correspondiente a la diferencia salarial entre un indígena y una persona “común y corriente”, un 12.22% se explica por diferencias de educación y capital humano, y un 9.54% exclusivamente a la discriminación. Los grandes márgenes en este tema se presentan en las labores de la construcción e industrias manufactureras, donde los individuos de pueblos originarios ganan poco más de la mitad de lo que gana un no indígena.

Esta discriminación ésta vinculada al tema de la pobreza, ya que esta persistente según la encuesta Casen, por el bajo nivel educacional que estos pueblos poseen.

El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, con fecha 19 de marzo de 2011, acoge demanda de tutela por discriminación por raza, causa RIT

T-403-2010, interpuesta por doña Catalina Lepileo en contra de la empresa Envases Exportables Ltda., ya que ha sido víctima de discriminación, al objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche. Y se establece a su favor una medida de reparación que no sea otra que la condena pecuniaria a la empresa por tal infracción, lo que quedará reflejado en lo resolutivo de este fallo⁵⁴.

9. 13. Discriminación por la libertad sindical.

La libertad sindical es “la facultad de los trabajadores y empleadores para constituir sindicatos y afiliarse libremente a los mismos, así como la facultad de las organizaciones sindicales una vez constituidas, para desarrollar libremente su programa de acción, tanto en su vida interna como en su accionar externo respecto de sus contrapartes”⁵⁵.

La libertad sindical puede ser individual o colectiva, siendo la primera aquella en que los individuos tienen plena libertad para constituir y afiliarse a sindicatos, mientras que la segunda son los derechos que tiene una organización sindical una vez formada para lograr los fines para la que fue creada como también defender los intereses colectivos de los afiliados, por lo tanto, debe protegerse los derechos de las agrupaciones sindicales y a quienes lo conforman.

Existen diversos instrumentos internacionales que reconocen la libertad sindical, como el documento constitucional de la O.I.T. de 1919, el convenio N° 87 sobre Libertad sindical y protección de los derechos de sindicación de 1948, el convenio N°98 sobre derecho de organización que en su artículo 1 señala “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de

⁵⁴ Blog jurisprudencia nueva justicia laboral. [fecha consulta: 2 Mayo 2013]. Disponible en <<http://sentenciasreforma laboral.blogspot.com/2011/03/tutela-2do-jlt-santiago-19032011-acoge.html>>

⁵⁵ “La reforma laboral y la libertad sindical”. **Revista Laboral Chilena**. Chile. 2002.

discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación a su empleo” y señala a continuación “dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato y despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”. Se encuentran otros instrumentos tales como, la negociación colectiva de 1949, la declaración universal de los derechos del Hombre de la O.N.U. de 1948 que señala en su artículo 23 “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas en 1966 que establece en su artículo 8 el derecho a toda persona a fundar sindicatos, a afiliarse a ellos, a formar federaciones y confederaciones, el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y el derecho a huelga, el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 16 la libertad sindical, suscrita por nuestro país el 22 de noviembre de 1969.

Según un informe de la O.I.T., el Comité de Libertad Sindical, en los últimos 20 años existió 131 quejas provenientes de Chile, de las cuales 52 correspondieron a agravios por discriminación antisindical.

Las prácticas antisindicales se pueden definir como las acciones u omisiones que pueden provenir de cualquier persona, empleador o trabajador, incluso de organizaciones sindicales que obstaculizan el ejercicio o la autonomía de la libertad sindical. Dentro de prácticas desleales o antisindicales encontramos: presiones para que el trabajador renuncie al síndico, amenazas de pérdida de empleo o de beneficios, discriminación respecto a las remuneraciones, etc. Estas prácticas lo hacen es a debilitar las organizaciones sindicales por medio de discriminaciones que ven enfrentado los trabajadores.

El artículo 2 del Código del Trabajo en su inciso segundo señala “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

El objetivo principal de la ley 19.759⁵⁶ es perfeccionar las normas sobre organizaciones de trabajadores y de protección contra las prácticas antisindicales y en segundo lugar posibilitar relaciones laborales armónicas en un mundo globalizado. Y señala en el capítulo IX las prácticas desleales o antisindicales como su sanción.

La principal razón de las empresas para discriminar dirigentes sindicales es entorpecer la negociación colectiva, siendo las empresas en donde no existen sindicatos, rara vez se desarrollan negociaciones colectivas.

⁵⁶ Ley N° 19.759 que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica. Se publicó el 5 de octubre de 2001 y entró en vigencia el 1 de diciembre del mismo año.

CAPÍTULO 10: TUTELA JURISDICCIONAL DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL.

El derecho fundamental a no ser discriminado es exigible en el ámbito laboral y exige una adecuada tutela jurisdiccional.

La Ley N° 20.087 que reforma al proceso laboral, incluye en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, el proceso de tutela tendiente a proteger los derechos fundamentales del trabajador, es necesario precisar que, hasta la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral, el recurso de protección era el mecanismo natural para resolver estos casos, la que permite lograr el restablecimiento de un número limitado de derechos constitucionales, entre los cuales está la libertad de trabajo, la libertad de contratación, la prohibición de discriminación, la libertad sindical, entre otros.

El procedimiento que rige hoy día, se creó como un mecanismo de amparo de los derechos de los trabajadores frente a las atribuciones del empleador, configurando el Código del Trabajo y, sin perjuicio del Recurso de Protección, su propio procedimiento de competencia del juez laboral. El cual tiene su antecedente en el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical de la Ley de Procedimiento Laboral española, la que contiene un procedimiento especial para la protección judicial de la libertad sindical. Es así como el legislador chileno, al igual que el modelo español, estableció una protección especial en la jurisdicción laboral de los derechos fundamentales de los trabajadores, siendo esta una vía alternativa y excluyente al del Recurso de Protección, ya que si el trabajador opta por ejercer el recurso de protección, pierde la opción de ejercer la tutela laboral.

Este nuevo procedimiento conoce y sanciona los actos de discriminación que el empleador pueda realizar durante la relación laboral o al momento de extinguirse, pudiendo ser utilizado por cualquier trabajador u organización sindical

que se sienta abusado por su empleador por un acto de discriminación, siempre que tenga un derecho o interés legítimo en lo demandado y cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción laboral, teniendo dicha causa preferencia respecto de las demás, que se tramiten en el mismo tribunal.

10. 1. Ventajas que ofrece el procedimiento de tutela para el trabajador.

La víctima que ha sido vulnerada en sus derechos fundamentales podrá protegerse por este nuevo procedimiento, el que ofrece las siguientes garantías:

1. La consagración del principio de ponderación o proporcionalidad como método para resolver la colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador.
2. La posibilidad de ampliar los sujetos activos de la acción de tutela, tanto a los Sindicatos como a la Inspección del Trabajo.
3. La suspensión inmediata de los efectos del acto impugnado. Resolución que puede dictar el juez del trabajo de oficio o a petición de parte.
4. El alivio probatorio que debemos descartar como inversión del peso de la prueba, en cuanto el Código del Trabajo señala que si la víctima o el que ejerce la acción, aporta antecedentes de los cuales resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos constitucionales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

5. La posibilidad de ejercer una acción indemnizatoria que incluye el resarcimiento del daño moral producido por la lesión de los derechos constitucionales.
6. La indemnización adicional a la víctima en caso de que la lesión del derecho fundamental si se hubiere producido con ocasión del despido.
7. El artículo 495 del Código de Trabajo contempla la necesidad que el fallo consigne la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada.

10. 2. El procedimiento de tutela propiamente tal.

La ley 20.087 dispone un procedimiento de tutela laboral el que se aplica cuando se afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador y frente a los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º del Código, será ejercido por el trabajador afectado

Estos derechos se vulneran cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se limita el pleno ejercicio de aquéllos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Este reclamo tiene un plazo para interponerse de sesenta días, y debe contener además de los requisitos del 446 (los requisitos de la demanda laboral) la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada, acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente, en el caso que no los contenga, se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación.

La tramitación se sujeta a las reglas generales, con la salvedad que admitida la denuncia el juez en la primera resolución que dicte, decretará la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, bajo apercibimiento de multa.

El juez podrá de oficio o a petición de parte, en su primera resolución, disponer la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que son lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada puede causar efectos reversibles. La empresa se arriesga a una sanción consistente en una multa de 50 a 100 UTM en caso de incumplimiento, repetible hasta obtener el cumplimiento de la medida decretada.

Cuando de los antecedentes del denunciante sea prueba suficiente de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, el denunciado deberá explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Con informe de fiscalización, si corresponde, lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de décimo día.

El juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado anterior a la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales. Es por esto, que esta acción busca la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de sus derechos fundamentales y que se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada.

Al acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 *“...el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador. No será exigible esta obligación del empleador cuando el monto adeudado por concepto de imposiciones morosas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales, y siempre que dicho monto sea pagado por el empleador dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la notificación de la respectiva demanda”* a su vez deberá pagar la indemnización establecida en el artículo 163: *“Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente”*, con los correspondientes recargos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168:

- a. En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;

- b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;
- c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160.

Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento.

Además a las indemnizaciones el juez deberá imponer una indemnización, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Si el despido es discriminatorio y es calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá elegir entre la reincorporación o las indemnizaciones.

En el ámbito administrativo, si la Inspección del Trabajo tomará conocimiento de hechos que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, estará obligada a hacer la denuncia al Tribunal competente y deberá acompañar el informe de fiscalización realizado previamente.

CAPÍTULO 11: LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LA DISCRIMINACIÓN LABORAL.

El artículo 20 de la Constitución Política establece la acción de protección respecto de diversos derechos consagrados en el artículo 19 de la Carta fundamental.

Nuestra Constitución en su artículo 19 N°16 inciso tercero consagra la no discriminación en materia laboral, pero el recurso de protección excluye de forma expresa la no discriminación laboral, ya que esta solo procede respecto de la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación como también la libertad sindical según el artículo 19 N°16 y N° 19. Frente a esta situación, la doctrina nacional basándose en dos tesis afirma que el recurso de protección procede en caso de discriminación.

La primera tesis sostiene que la no discriminación se entiende pertenecer al principio de igualdad ante la ley consagrada en su artículo 19 N°2, y por consiguiente, podrá interponerse esta acción por la garantía de dicho principio.

La segunda tesis señala que podrá interponerse esta acción, por actos u omisiones discriminatorias, al verse afectado el derecho a la libertad de trabajo., esto, ya que, la libertad de trabajo implica el derecho de toda persona a buscar, obtener, practicar, desempeñar o ejercer cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícito y la no imposición de trabajo, al reconocer la Constitución el valor del trabajo y la dignidad del trabajador.

Existen dos fallos que reconocen esta tesis, en primer lugar y con fecha de 30 de marzo de 1984⁵⁷, donde la Asociación central de Fútbol de Chile negó la inscripción a los clasificados con nivel “D”, los jugadores alegaron que esta medida afectaba su libertad de trabajo y la libre contratación. Los recurridos señalaron que esta diferencia se basaba en la capacidad e idoneidad y que se ajustaba al texto constitucional. La Corte estimó que la Asociación vulneró la libertad de trabajo.

Dos trabajadoras, el 8 de enero de 1991⁵⁸, recurren de protección porque han sido desahuciadas, a pesar que la causa de despido fue por orden del gerente de reemplazar a todas las trabajadoras mujeres. La empresa recurrida argumentó que el despido de las mujeres se debía a la continua mala actitud de estas a sus superiores jerárquicos. La Corte de Apelaciones desestimó el recurso porque no se pudo establecer que el despido se haya producido por motivos de ser mujer.

Esta vía para la tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, a lo largo de los años, “se había mostrado absolutamente inútil para la tutela de dichos derechos en la relación laboral”.⁵⁹

Esto, porque por una parte, si se considera admisible una acción frente a la discriminación laboral, los tribunales solo podrán disponer las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, pero este mecanismo carece de una dimensión reparatoria, por lo que para obtener una indemnización de perjuicios es necesario

⁵⁷ **Revista de Derecho y jurisprudencia y Gaceta de los tribunales** N° 81, 984, segunda parte, sección quinta.

⁵⁸ **Gaceta jurídica** N°15. Chile. 1993.

⁵⁹ UGARTE Cataldo, José Luis. La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro. **Revista de Derecho** (Valdivia), vol. XX N° 2, 2007.

hacer valer esa pretensión ante otro tribunal, como tampoco será posible por medio de esta acción obtener la sanción del sujeto que discrimina.

Otra limitación de la acción de protección para la discriminación laboral, es que dicho instrumento no considera normas especiales en relación *onus probando*.

CAPÍTULO 12: DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO SOBRE DISCRIMINACIÓN LABORAL.

Una de las funciones principales de la Dirección del Trabajo es prevenir y sancionar las practicas discriminatorias, no solo en el trabajo sino al momento de acceder al empleo, como en el caso de las ofertas laborales, donde deberá actuar de oficio fiscalizando, así ocurrió con dos empresas, en 2001, que publicaron avisos de empleo donde se exigía como requisito de postulación tener una determinada nacionalidad, existiendo en ambos casos violación al derecho de no discriminación en el empleo, encontrándose la ilegalidad un requisito discriminatorio como la nacionalidad. Estableciéndose, por dicho motivo, que las publicaciones para acceder a un empleo como la edad, nacionalidad, o alguna otra condición o calidad señalada en el artículo 2 del Código de Trabajo, será sancionada con multa administrativa del artículo 477 del respectivo Código (Ord.698/16 de 11.02.2003).

Se estableció la ilegalidad de utilizar un polígrafo para la selección de personal y a los trabajadores contratos, al ponerse en juego el derecho a la integridad psíquica, el derecho a la no discriminación, el de la libertad de trabajo, entre otros derechos consagrados en el artículo 19 de nuestra Constitución Política (Ord. 684/50, 06.02.97).

Respecto al uso de Alcotest de las empresas sobre sus trabajadores, la Dirección estableció que se podrá emplear siempre y cuando no se vulnere ni debilite la protección a las garantías constitucionales de los trabajadores revisados (Ord. 2309/165, 26.05.98).

La Dirección también resolvió sobre la revisión corporal de los trabajadores, sus casilleros y efectos personales en caso de suceder una situación de tipo delictual, ya que esta exigencia estaría vulnerando la garantía

constitucional del respecto a la honra y dignidad del trabajador (Ord. 4958/219, 28.08.92).

Existe un dictamen de 1994 que señala *“la trabajadora que gozando de fuero maternal se retira voluntariamente de una empresa y celebra un contrato de trabajo con otro empleador, le asiste el derecho a invocar ante su nuevo empleado la prerrogativa del fuero que la ampara, sea que a la fecha de celebración del referido contrato esté en estado de embarazo o tenga un hijo recién nacido o se encuentre en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, debiendo, en consecuencia, para los efectos de poner término a la respectiva relación solicitarse la correspondiente autorización judicial en conformidad al artículo 174 del Código de Trabajo⁶⁰”,* no obstante, un fallo de la Corte Suprema ha señalado *“que para este tribunal resulta incuestionable que para que la mujer goce de los beneficios del fuero maternal, debe haberse embarazado mientras cumplía su contrato de trabajo, o por lo menos, antes de ser contratada”*.⁶¹

Entre otros destaca el dictamen N° 287/14 de enero de 1996 que señala *“mientras el sistema jurídico dota al empleador de los que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha facultad se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas”*.⁶²

⁶⁰ Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4535/209. 1994.

⁶¹ RIC 1276-2009 de fecha 25/06/2009. Legal Publishig: 42238.

⁶² MELIS Valencia, Christian. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. 2009.

CONCLUSIÓN

Esta memoria ha tenido como propósito la discriminación laboral, así como los posibles casos en que se puede dar en las relaciones laborales.

En un principio se definió la discriminación, para posteriormente señalar los diversos tipos de discriminación y que es la discriminación laboral, dando ideas básicas sobre el tema. A continuación se dio una visión genérica del problema, como la legislación que se le da a nivel internacional como nacional, para luego seguir con algunos casos de discriminación que se pueden dar con más frecuencia, sobre todo en nuestro País.

Según señala el Director General de la O.I.T. en su informe *“La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse”* de 2011⁶³, la crisis económica y financiera que ha afectado al mundo entero, ha perjudicado entre otras cosas al empleo, lo que ha repercutido a su vez en un aumento en la discriminación laboral. A pesar de existir mayor legislación al respecto, un incremento de protección de diversas instituciones a nivel mundial, como también un aumento de consciencia sobre este tema, la discriminación laboral no ha podido vencerse, por lo que sigue existiendo y manifestándose día a día.

Continúa la existencia de discriminación laboral, por ejemplo el difícil acceso a un puesto de trabajo la gente de escasos recursos, sigue existiendo discriminación a nivel estructural y a pesar de verse disminuido la discriminación entre género, esta aun persiste, ya que la mujer sigue ganando en promedio entre 70 a 90 por ciento de lo que gana el hombre, encontrándose en mismas

⁶³ Este informe puede ser consultado en el sitio Internet de la OIT <www.ilo.org/declaration>.

condiciones, lo que se puede explicar debido a la segregación ocupacional y sectorial, como también el tema de la maternidad. Lo que en definitiva demuestra que no basta solo con creación de leyes antidiscriminatorias discriminación e instituciones que la prevengan, ni siquiera por la existencia de medios que permitan repararla si esta se produce, sino que deben funcionar efectivamente, como también debe darse importancia en la divulgación sobre la discriminación laboral, para que los trabajadores y empleados conozcan sus derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ARAYA Ibáñez, Alvaro. La discriminación por edad en el ámbito laboral: Una mirada a la jurisprudencia. Santiago, Chile. Serie notas y artículos de interés N°3. [consulta: el 20 de Marzo de 2013]. Disponible en: <http://www.nyaabogados.cl/docs/NotasyArticulosNA_N3_Discriminacion%20por%20edad%20laboral.pdf>

BELMAR Lara, Rodolfo B. La Discriminación Laboral al amparo del nuevo procedimiento de Tutela Laboral. Boletín del Trabajo. [consulta: el 10 de Marzo de 2013]. Disponible en: <http://www.confederaciondelcobre.cl/documentos/discriminacion_laboral.pdf>

CASTRO Castro, José Francisco. Discriminación en las Relaciones Laborales. . [consulta: el 07 de Febrero de 2013], Disponible en: <http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles65173_recurso_1.pdf>

CAAMAÑO Rojo, Eduardo. La defensa del principio de la no discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral. Revista Laboral Chilena, (116): 70 y siguientes, Mayo 2003.

CAAMAÑO Rojo, Eduardo. La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Revista de Derecho, XIV: 25 - 41, Julio 2003.

CAAMAÑO Rojo, Eduardo. Mujer, trabajo y derecho. Valparaíso, Chile: Legal Publishing, 2011. 228 p.

CANO Galán, Yolanda. El despido libre y sus límites en el derecho norteamericano. Colección Estudios del Consejo Económico Social de España. Madrid: Consejo Económico y Social. 316 p.

CÓDIGO del Trabajo. 4ª.ed. Santiago, Chile: LexisNexis Chile, 2012.

CONSTITUCIÓN Política de La República de Chile Año 198. 5ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile 1996.

CONTRERAS V., Pablo. Discriminación y relaciones laborales en Chile: en busca de la igualdad. Revista Derecho y Humanidades, (11): 213-227, 2005.

Los DERECHOS fundamentales en el trabajo: garantías de libertad y dignidad para las personas que trabajan. Chile. Temas laborales Dirección del Trabajo. Departamento de estudios. Año 9. N°22. 2004. [consulta: 5 de Abril de 2013]
Disponibile en: <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-86657_recurso_1.pdf>

DI PILLO Sanhueza, Rafael y RAMIREZ Segura, Esteban. El sida y la relación laboral. Tesis Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Diciembre 2006. 163 p.

DIRECCIÓN del trabajo. Gobierno de Chile [consulta: 20 de Febrero de 2013]. Dirección del Trabajo. Disponible en: www.dt.gob.cl

FUNDACIÓN Descúbreme. [consulta: 15 de abril de 2013]. Disponible en: <<http://www.descubreme.cl/informacion/>>

GAMONAL Contreras, Sergio. Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago, Chile: Jurídica Cono Sur Ltda, 1998. 231 p.

GAMONAL Contreras, Sergio. La libertad del trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución. Revista Laboral Chilena, (14): 62-72, Enero 2004.

GAMONAL Contreras, Sergio y PADRO López Pamela. El mobbing o acoso moral laboral. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile. 2009. 160 p.

GUIDI Moggia, Caterina. Bioética, Sida y derecho del trabajo Santiago, Chile: Abeledo Perrot Chile. 2012. 190 p.

HENRÍQUEZ Riquelme, Helia y RIQUELME Giagnoni, Verónica. El derecho a ganar lo mismo. Santiago, Chile: Departamento de Estudios de Dirección de Trabajo. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile, Marzo 2011. 39 p.

LIZAMA Ugarte, Luis. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago: Conosur, 1998. 284 p.

MELLA Cabrera, Patricio. Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, (39): 177-219, 2012.

OIT. Oit.Org. [consulta: 1 de Marzo de 2013]. Disponible en:
<<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>>

OIT. La hora de la igualdad en el trabajo. Informe del director general, 91ª reunión de la conferencia internacional de trabajo. Ginebra. 2003. [consulta: 5 de Mayo 2013] Disponible en: <www.ilo.org/declaration>.

OIT. La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe del director general, 100ª reunión de la conferencia internacional del trabajo. Ginebra. 2011. [consulta: 5 de Mayo 2013] Disponible en:
<www.ilo.org/declaration>

PROCEDIMIENTO de Tutela Laboral, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, BCN Blog Legal. (s.a) [consulta: 25 de Abril 2013] Disponible en:
<<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/312630/Procedimiento-de-tutela-laboral.html>>

RIQUELME Giagnoni, Verónica. ¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos. Santiago, Chile: Dirección del Trabajo/ Departamento de estudios. Aporte al Debate N°25, 2011. 104 p.

ROMANIK, Foncea Katy. El mobbing y su tratamiento en la legislación laboral. Informe de actualidad laboral 2. Santiago, Chile: Dirección del trabajo, 2011.

SENADIS. Ministerio de desarrollo social. Gobierno de Chile. [consulta: 25 de Abril de 2013]. Disponible en:
<http://www.senadis.gob.cl/pag/124/574/descripcion_general>

WALKER Errázuriz, Francisco, LIENDO, Ricardo. Derechos fundamentales y acoso sexual en el trabajo. Revista Economía y Administración, (150): 9-18 2005.