

# LA TUTELA DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO DURANTE LA VIGENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

*Eduardo Caamaño Rojo\**

## RESUMEN

*A partir del reconocimiento que el problema de la discriminación laboral en Chile es un problema real y aún no resuelto, el presente estudio analiza el derecho fundamental a la no discriminación por razones de sexo en el Derecho del Trabajo, a la luz de las acciones que confiere el actual ordenamiento jurídico a los trabajadores o trabajadoras afectados por un acto de discriminación para hacer valer su derecho a la igualdad de trato y a obtener un resarcimiento frente al daño causado.*

## DISCRIMINACIÓN POR SEXO - DISCRIMINACIÓN LABORAL - CHILE

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar críticamente la vigencia efectiva del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación de trabajo, a la luz de las acciones o medios legales que nuestro ordenamiento jurídico les confiere a las mujeres u hombres afectados por un acto de discriminación. El presupuesto sobre el cual se estructura este análisis es la preocupación acerca de la factibilidad y eficacia de los actuales instrumentos de tutela jurídica para asegurar un pleno reconocimiento de este derecho fundamental en nuestro sistema

jurídico laboral, como asimismo la importancia de generar discusión sobre la materia y hacer palpable la necesidad de promover algunos cambios en nuestra normativa laboral.

Para centrar el tema objeto de este estudio, podemos señalar que entre aquel conjunto de derechos fundamentales reconocidos universalmente como inherentes al ser humano, por emanar de su dignidad y de su esencia como persona, se encuentra el derecho a la igualdad ante la ley y, complementariamente, el derecho a la no discriminación por factores injustificados o arbitrarios. El derecho a la no discriminación asegura la plena vigencia del derecho a la igualdad de trato,<sup>1</sup> pro-

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>1</sup> Sobre el principio de igualdad de trato en el *Derecho del Trabajo*, ver: Lizama, Luis; Ugarte, José Luis, "Interpretación y derechos funda-

hibiendo toda exclusión o menoscabo en el trabajo, fundado en criterios distintos de la capacidad o idoneidad del trabajador para la ejecución de una labor o la prestación de un servicio determinado.<sup>2</sup> Por lo anterior, todas aquellas diferencias, exclusiones o preferencias carentes de justificación o razonabilidad, como son, en términos generales, las que se basan en aspectos tales como la nacionalidad, el idioma, el sexo o la religión de las personas, son repudiadas y prohibidas por diferentes instrumentos internacionales y nacionales sobre derechos humanos.

Por otra parte, es precisamente en este contexto de derechos esenciales de las personas donde debemos ubicar el tema de la discriminación laboral por razones de género y el consecuente derecho a la no discriminación en el empleo por motivos de sexo, puesto que permite resaltar y poner claramente de manifiesto que un acto discriminatorio injustificado o arbitrario es un acto antijurídico que conlleva la violación de un derecho humano.

La decisión de restringir este estudio a un particular tipo de discriminación, como es aquella basada en el sexo o género de los trabajadores, responde a la circunstancia de constituir este tipo de discriminación, en mi opinión, la más frecuente en nuestro mercado de trabajo. Ello, porque nuestra cultura laboral no ha podido desprenderse aún de los cánones machistas y, a pesar de la creciente incorporación de la mujer al mundo

del trabajo y de los positivos efectos que ésta trae aparejados, subsisten las diferencias de oportunidades y de trato, tanto en el acceso al empleo como en materia de remuneraciones y condiciones de trabajo.<sup>3</sup>

Constituye, por lo tanto, un imperativo ético y de justicia avanzar hacia un pleno reconocimiento de los derechos fundamentales en nuestro país, de tal manera que el reconocimiento de la igualdad de oportunidades y su concreción en la práctica no se limite sólo a una mera declaración del legislador. El pleno reconocimiento y validez del derecho a la no discriminación hace necesario que existan mecanismos legales, judiciales y administrativos eficaces en el sistema jurídico, que garanticen plenamente a aquellas personas que puedan verse afectadas por algún acto o medida discriminatoria un resarcimiento de las consecuencias perjudiciales producidas.

De esta manera, será posible lograr que el principio de no discriminación –al igual que el principio general de la buena fe– sea un principio rector que inspire el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos laborales y la vida de las trabajadoras y de los trabajadores en la empresa.

## 2. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

La relevancia del derecho a la no discriminación escapa al ámbito propio del Derecho del Trabajo, constituyendo este

---

mentales en la empresa”, Editorial ConoSur, Santiago, Chile, 1998, pág. 223 s.; Caamaño, Eduardo, El principio de igualdad de trato en el Derecho del Trabajo, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXI, año 2000, pág. 27 s.

<sup>2</sup> En este mismo sentido: Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 16ª. Edición, Madrid, España, 1995, pág. 308; Hanau, Peter; Adomeit, Klaus, *Arbeitsrecht*, 12ª. Edición, Neuwied, Alemania, 2000, pág. 217.

---

<sup>3</sup> Ver: Gamonal, Sergio, “La lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad”, en *Revista Laboral Chilena*, agosto del 2001, pág. 69 s.

derecho una garantía fundamental, inherente a todo ser humano. Por este motivo, el derecho a no ser discriminado adquiere un reconocimiento de carácter supranacional, siendo consagrado ampliamente en diversos instrumentos internacionales. En este sentido, cabe citar el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en virtud del cual “cada hombre goza de los derechos y libertades establecidos en esta Declaración, sin tener en cuenta diferencia de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo”.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece en su artículo 26 una prohibición amplia de no discriminación.<sup>4</sup> De igual forma, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece en su artículo 2.2. que “los Estados que son parte de él se obligan a garantizar el ejercicio de los derechos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra naturaleza, nacionalidad y origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo”. Aun cuando esta disposición no contiene una prohibición explícita de discriminación, a diferencia del artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe realizar cualquier diferencia. Sin embargo, esta fór-

mula también expresa un concepto de discriminación y pone énfasis en lo inadmisibles que resulta hacer diferencias arbitrarias e injustificadas en el trato de los ciudadanos, incluso en el ámbito laboral.<sup>5</sup>

En el plano particular de la situación jurídica de la mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, es sin duda el principal instrumento a través del cual la comunidad internacional ha pretendido introducir un mejoramiento efectivo de la condición de la mujer en el mundo. Con acierto, entonces, los Estados Partes recuerdan que: “La discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”.<sup>6</sup>

La Convención define la discriminación contra la mujer en su artículo 1 como “toda distinción, 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

<sup>4</sup> El artículo 26 señala que todos tienen derecho, sin diferencia alguna, a igual protección ante la ley y “cualquier clase de discriminación en este sentido estará prohibida por la ley y la ley garantizará que todos gocen de igual y eficiente protección contra la discriminación fundada en diferencias de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo”.

<sup>5</sup> Suazo, Carolina, “Discriminación laboral por razón de sexo”, *Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Concepción, 1998, pág. 8.

<sup>6</sup> Parte considerativa de la Convención.

política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Por otra parte, en un contexto laboral, el Convenio Nr. 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y ocupación,<sup>7</sup> de fecha 25 de junio de 1958, especifica la noción de discriminación en el desarrollo de un trabajo subordinado, señalando en su artículo 1 que ésta comprende: “a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

Esta definición es importante, pues en ella se aclara que, para estar comprendida dentro de los términos del Convenio, la discriminación debe tener la consecuencia de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato. No se trata tan sólo de evitar la discriminación a fin de garantizar a todas las personas la posibilidad de obtener empleo, sino también evitar las dificultades que pudieran afectar a los trabajadores para obtener un empleo mejor o ascender a otro de jerarquía superior. Se adopta, por lo tanto, como criterio las consecuencias objetivas de las medidas discriminatorias, situación que permite afirmar que las discrimina-

ciones indirectas y fenómenos tales como la segregación profesional están dentro del ámbito de aplicación del Convenio.<sup>8</sup>

### 3. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

#### 3.1. *Constitución Política de la República*

En términos generales, son tres las normas constitucionales que fijan el marco a partir del cual se estructura el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en Chile. En primer lugar, debe hacerse referencia al artículo 1° de la Constitución, con el que comienza el capítulo de las Bases de la Institucionalidad, el cual dispone que: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” Esta norma es indudablemente de gran importancia, puesto que fija una línea conductora sobre la materia al establecer un concepto prescriptivo de la persona, como ser libre e igual.<sup>9</sup> Por su parte, el mismo artículo 1° en su inciso final establece el deber del Estado de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. En segundo lugar, corresponde citar el artículo 19 Nr. 2 de la Constitución, el cual, dentro del capítulo referido a los derechos

<sup>8</sup> En este sentido: Suazo, Carolina, “Discriminación laboral por razón de sexo”, *Memooria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Concepción, 1998, pág. 3.

<sup>9</sup> Castro, José Francisco, “Discriminación en las relaciones laborales”, *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, febrero 2001.

<sup>7</sup> Este Convenio fue ratificado por Chile el 20 de septiembre del año 1971.

y deberes constitucionales, asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley (inciso 1). Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (inciso 2)”.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que el principio de igualdad no precisa qué es lo que es igual, sino que va directamente al resultado, es decir, lo que es igual debe ser tratado igual, a *contrario sensu*, lo que no es igual puede ser tratado desigualmente.<sup>10</sup> Sin perjuicio de ello, podemos afirmar que la norma recién citada constituye una importante innovación constitucional, pues extiende el sentido de la igualdad ante la ley como mera generalidad (aplicación del derecho) al contenido del derecho, mediante la incorporación de la expresión referida a la prohibición de las distinciones arbitrarias. De este modo, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.<sup>11</sup> En tercer lugar, en el plano estrictamente laboral, la Constitución reconoce expresa-

mente el derecho a la no discriminación en su artículo 19 Nr. 16. Esta disposición establece que se asegura a todas las personas:

“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”. Como señala Costa,<sup>12</sup> del tenor de este precepto se pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre la prohibición de discriminación y el derecho a la libertad de trabajo, pues esta prohibición aparece como una clara protección de aquella libertad. Por otra parte, cabe destacar que el artículo 19 Nr. 16 inciso 3 de la Constitución particulariza el principio de igualdad del artículo 19 Nr. 2 en materia laboral. Como señalan acertadamente Lizama y Ugarte,<sup>13</sup> pese a su ubicación en la geografía constitucional, dentro del numerando 16 del artículo 19, no cabe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio jurídico de igualdad (artículo 19 Nr. 2), cuya incorporación en el citado número de la libertad de trabajo se explica más bien por la materia que, en rigor, por su contenido. De esta manera, el numeral 16 fija una regla fundamental, toda vez que le otorga rango consti-

<sup>10</sup> Cruz Villalón, Jesús, Igualdad y no discriminación, en Rodríguez-Sañudo, Fermín; Elorza Guerrero, Fernando (Coordinadores), “Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional”, *XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, España, 2001, p. 274.

<sup>11</sup> Cea, José Luis, *El principio de igualdad ante la ley* (informe sin editar), citado por: Lizama, Luis; Ugarte, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, p. 227.

<sup>12</sup> Costa, Vasco, *Derechos laborales y Constitución de 1980, en 20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Enrique Navarro Beltrán (editor), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile, 2001, p. 297.

<sup>13</sup> Lizama, Luis; Ugarte, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, p. 230.

tucional al principio de no discriminación en materia laboral y, por lo tanto, todas las normas de nuestro sistema jurídico deben ajustarse a esta disposición, sin perjuicio que, además, considera a la discriminación laboral como un ilícito a nivel constitucional.<sup>14</sup> Asimismo, el artículo 19 Nr. 16 amplía el alcance de esta prohibición de discriminación al extenderla no sólo a la ley y a las autoridades públicas, sino que también a los particulares, lo que es naturalmente propio de las relaciones jurídicas a que da lugar el trabajo subordinado.<sup>15</sup> Finalmente, debe destacarse que el constituyente ha entendido ampliamente el derecho a la no discriminación, lo que se manifiesta en la circunstancia de no haber introducido una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, con bastante acierto, cualquier motivo o criterio que no se base en la capacidad o idoneidad personal, esto es, prohíbe cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable, sin perjuicio de que la ley pueda exigir, en determinados casos, la nacionalidad chilena o ciertos límites de edad. De esta manera, el constituyente nacional ha dado un paso adelante frente al método seguido por el Convenio 111 de la OIT y por otros instrumentos internacionales, en los que la prohibición de discriminación va estrechamente asociada a la enunciación explícita de criterios de diferenciación prohibidos, tales como la religión, el sexo o la raza.

<sup>14</sup> Castro, José Francisco, “Discriminación en las relaciones laborales”, *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, febrero 2001.

<sup>15</sup> En el mismo sentido: Silva, María Pía, “Los derechos laborales en la Constitución de 1980”, en VV.AA., *Constitución '80. Estudio crítico*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile, 1988, p. 124.

### 3.2. Código del Trabajo

El artículo 2 del Código del Trabajo en su nueva redacción –luego de las últimas modificaciones legales– concretiza la prohibición de discriminación en el trabajo consagrada en la Constitución Política y declara, en su inciso 2, que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. A continuación, el inciso 3 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”.

En mi opinión, la actual definición de los actos discriminatorios constituye un importante avance en nuestro ordenamiento jurídico, en particular en cuanto ella concretiza el efecto que estos actos deben producir para entender configurado un caso de discriminación en el trabajo, esto es, que ellos anulen o alteren la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.<sup>16</sup> Con todo, compartiendo el parecer de otros autores,<sup>17</sup> no parece conveniente la técnica legislativa de ir agregando a este inciso criterios o factores de diferenciación prohibidos, ya que ello obligaría a actualizar

<sup>16</sup> En el mismo sentido, Koch, Carlos, “Proyecto de reforma del Código del Trabajo. Indicaciones sustitutivas” (comentarios a algunas proposiciones de reforma), *Revista Laboral Chilena*, abril, 2001, pág. 95.

<sup>17</sup> Entre otros: Lizama, Luis, Ugarte, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, pág. 236 s.; Mejía, Sergio; Lizama, Luis, *Reformas Laborales. Su contenido e impacto en la empresa*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile, 2001, pág. 147.

constantemente esta disposición del Código del Trabajo, considerando que los criterios de diferenciación que pueden dar lugar a un caso de discriminación son prácticamente ilimitados. Además, esta práctica seguida por el legislador nacional pierde de vista el claro mandato constitucional del artículo 19 Nr. 16, en virtud del cual toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal se encuentra prohibida, sin perjuicio que, en ciertos casos, la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad.

Por lo tanto, como señalan con acierto Lizama y Ugarte,<sup>18</sup> esta diferencia de planteamientos entre la Constitución y el Código del Trabajo en materia de discriminación debe entenderse en el sentido que el Código del Trabajo ha reforzado en el ámbito legal la prohibición de discriminación respecto de aquellos criterios potencialmente más frecuentes de distinciones de trato en el ámbito laboral. En consecuencia, frente a la invocación de un criterio de diferenciación no enunciado por el artículo 2° inciso 3 del Código del Trabajo, debe aplicarse esta disposición a la luz del mandato amplio del artículo 19 Nr. 16 inciso 3 de la Constitución, para calificar la existencia o no de un acto de discriminación.

Por otra parte, debe destacarse la incorporación por la Ley Nr. 19.739<sup>19</sup> del actual inciso 5 del artículo 2°, que extiende claramente la aplicación del principio de no discriminación al estadio anterior al nacimiento de la relación laboral, al definir como actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un em-

pleador, 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 tercero.<sup>20</sup>

Complementando lo anterior, el nuevo inciso 6 del artículo 2° del Código del Trabajo<sup>21</sup> señala que: “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 comunicados por los responsables de registros o bases de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que en 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 y valores de cualquier naturaleza”.

A su vez, en el plano de una relación laboral vigente, reviste especial importancia el nuevo inciso 7 del artículo 2° del Código del Trabajo, conforme al cual la prohibición de discriminación y las obligaciones que de ellas emanan para los empleadores se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren. Este nuevo inciso del artículo 2° del Código del Trabajo, por su relevancia en el tema objeto de este trabajo, será analizado más adelante.

<sup>18</sup> Lizama, Luis; Ugarte, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, pág. 239.

<sup>19</sup> Publicada en el *Diario Oficial* de fecha 6 de junio del 2001.

<sup>20</sup> Véase: Lizama, Luis, “Discriminación en las ofertas de empleo”, *La Semana Jurídica*, 1 al 7 de octubre del 2001 (disponible en: [www.lasemajuridica.cl](http://www.lasemajuridica.cl)).

<sup>21</sup> Agregado por la Ley Nr. 19.812, publicada en el *Diario Oficial* de fecha 13 de junio del 2002.



En materia de discriminación laboral por razones de sexo, el artículo 194 inciso final del Código del Trabajo<sup>22</sup> dispone que: “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”.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, es interesante señalar que el proyecto original de reforma laboral enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional<sup>23</sup> contemplaba en su artículo único, apartado 1, la incorporación de un inciso 4 al artículo 2° del Código del Trabajo, el cual establecía que: “El afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los tribunales del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones de derecho común, incluso el daño moral”. Esta disposición, que establecía expresamente una acción indemnizatoria, comprensiva incluso del daño moral, a favor de la persona que viera anulada o alterada la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, fue en definitiva rechazada y no se incorporó dentro de las modificaciones introducidas por la Ley Nr. 19.759.

---

<sup>22</sup> Este inciso fue agregado por el artículo único, Nr. 1, de la Ley Nr. 19.591, publicada en el *Diario Oficial* de fecha 9 de noviembre de 1998.

<sup>23</sup> El texto original del proyecto de ley enviado por el Ejecutivo para modificar el Código del Trabajo puede consultarse en la *Revista Laboral Chilena*, febrero-marzo, 2001, pág. 73 s.

En relación con lo anterior, cabe recordar que esta disposición proyectada en la versión original de la reforma fue objeto de fuertes críticas por parte de la Confederación de la Producción y del Comercio,<sup>24</sup> al considerar este organismo que ella introducía un factor de incertidumbre, principalmente debido a que la amplitud de su redacción y el ámbito de su aplicación abría la posibilidad cierta de que toda resolución del empleador relativa a la administración de su personal habría podido ser cuestionada, atribuyéndosele un carácter discriminatorio. Además, la inclusión de la posibilidad de indemnizar el daño moral aumentaba a juicio de esta entidad el riesgo de incertidumbre, atendidas las dificultades para conceptualizar y cuantificar el daño moral, por lo que recomendaban eliminar este elemento como factor indemnizable.

Independientemente de lo atendibles o no de las críticas antes esbozadas, no puede desconocerse que la omisión de una acción de resarcimiento directa frente a un acto discriminatorio coloca a los afectados –lamentablemente un gran número de mujeres en Chile– en una posición difícil para procurar el restablecimiento de la igualdad de trato y romper la tendencia generalizada de resignación y de rabia contenida frente a actos de esta naturaleza. Por estos motivos es necesario determinar, en el marco del derecho común y del Derecho del Trabajo, en particular, las acciones posibles para enfrentar este aparente vacío normativo.

---

<sup>24</sup> Al respecto ver: *Revista Laboral Chilena*, febrero-marzo, 2001, pág. 56 s.



4. ALTERNATIVAS DE PROTECCIÓN  
LEGAL FRENTE A ACTOS  
DISCRIMINATORIOS QUE AFECTEN  
A LA MUJER DURANTE LA VIGENCIA  
DE LA RELACIÓN LABORAL

4.1. *Ideas generales*

Es precisamente durante la vigencia de la relación laboral que el tema del debido respeto y resguardo del derecho a la no discriminación por razones de sexo adquiere un papel más importante. Ello se desprende, por una parte, de la proyección de este tipo de relaciones jurídicas en el tiempo, lo cual se manifiesta en el carácter de tracto sucesivo del contrato de trabajo, de tal manera que las obligaciones y los derechos que de él derivan se cumplen y se ejercen en períodos reiterados por el trabajador y por el empleador, por lo que la relación contractual adquiere un matiz de permanencia.

Por otra parte, el contrato de trabajo se caracteriza por ser un contrato *intuitu persona*, es decir, se celebra en consideración a la persona del trabajador, quien, además, debe prestar sus servicios personalmente (artículo 3° letra b Código del Trabajo). Este elemento característico del contrato de trabajo ocasiona una especial implicancia personal de las partes contratantes, la que será inversamente proporcional al tamaño de la empresa, lo que quiere decir que mientras más pequeña sea la empresa –lo que representa la regla general en nuestro mercado de trabajo– mayor será la vinculación personal entre el trabajador (o los trabajadores, en su caso) y el empleador. Producto de ello, entonces, deberá existir un especial cuidado en las acciones o medidas adoptadas durante el desarrollo de las relaciones laborales con respecto al derecho a la igualdad de trato, a objeto de evitar dife-

renciaciones, preferencias o exclusiones que puedan resultar arbitrarias o carentes de justificación.

Lo anterior no ha pasado desapercibido por el legislador en materia laboral, y es así como producto de las últimas modificaciones legales, inspiradas fundamentalmente en las obligaciones contraídas por Chile al ratificar el Convenio Nr. 111 de la OIT y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, como asimismo, a la luz del claro mandato contenido en los artículos 19 Nr. 2 y 16 de la Constitución, se ha reforzado el reconocimiento del derecho a la no discriminación durante el período de vigencia del contrato de trabajo. Esto último se confirma por las siguientes disposiciones del Código del Trabajo:

a) *Artículo 5° inciso 1*: este precepto reconoce expresamente la plena vigencia de los derechos garantizados por la Constitución durante la vigencia de la relación laboral y establece que el respeto a estas garantías, entre las que se encuentra evidentemente el derecho a la no discriminación, constituyen un límite a las facultades que la ley reconoce al empleador.<sup>25</sup>

b) *Artículo 2° inciso 7*: según esta disposición, la prohibición de los actos de discriminación y las obligaciones que de ello se derivan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren. Si bien la no incorporación de esta norma habría

<sup>25</sup> En relación con el tema: Ugarte, José Luis, "Los derechos fundamentales después de la reforma laboral", *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, diciembre 2001; véase también el *Dictamen de la Dirección del Trabajo*, Nr. 2856/162, de fecha 30 de agosto del 2002, que fija el sentido y alcance del inciso primero al artículo 5° del *Código del Trabajo*.

hecho igualmente vinculante la prohibición de discriminación para el empleador en el ámbito específico del contrato de trabajo, en razón de tratarse de una norma imperativa, no cabe duda que esta disposición refuerza enormemente, al menos en el plano teórico, el respeto al derecho a la no discriminación, pues el cumplimiento de esta obligación se asimila al cumplimiento de las otras obligaciones derivadas de este contrato para el empleador.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que esta obligación de no discriminación incorporada al contrato de trabajo tiene un contenido esencialmente personal más que patrimonial, a diferencia de las demás obligaciones nacidas de este contrato —particularmente la obligación de pagar la remuneración convenida—, por lo que las implicancias o consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento serán también diversas.

c) *Artículo 194 inciso 4*: esta norma ubicada dentro del título referido a la protección a la maternidad es una manifestación directa de la prohibición de discriminación a la mujer trabajadora y dispone expresamente que el empleador no podrá condicionar la permanencia o renovación del contrato de trabajo, como a su vez la promoción o movilidad en el 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.

Además, si bien ni la Constitución ni el Código del Trabajo lo prescriben de manera explícita, habría que agregar a las disposiciones ya citadas el derecho de mujeres y hombres a igual remuneración por trabajos de igual o similar naturaleza. La validez y vigencia del derecho a la igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres por trabajos de igual o si-

milar valor claramente se desprende de las normas que consagran los derechos a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en el empleo. Además, debemos recordar que nuestro país ha ratificado el Convenio Nr. 100 de la OIT<sup>26</sup> sobre igualdad de remuneración, de 1951, por lo que, considerando lo dispuesto por el artículo 5° de la Constitución y lo recién expuesto, no cabe duda sobre el reconocimiento y obligatoriedad de este principio y de la necesidad de concretar más profundamente en la práctica las obligaciones que la ratificación de este instrumento internacional conlleva.<sup>27</sup>

A continuación, distinguiremos en un plano teórico las acciones que permiten, de conformidad a nuestra actual normativa laboral, impugnar, sancionar y re-

<sup>26</sup> El artículo 1 letra a) del Convenio Nr. 100 define el término *remuneración* como “el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último.” Por su parte, la letra b) de esta disposición define la expresión *igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*, como “las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.”

<sup>27</sup> El artículo 2 del Convenio Nr. 100 de la OIT, ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971, dispone que: “1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. 2. Este principio se deberá aplicar por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios.”

parar los efectos derivados de los actos de discriminación en razón del sexo durante la vigencia de la relación laboral.

#### 4.2. *Acción de protección*

El artículo 20 de la Constitución excluye expresamente la procedencia del recurso de protección respecto de la garantía contenida en el artículo 19 Nr. 16 inciso 3, sobre derecho a la no discriminación en el trabajo. No obstante, teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación en el trabajo por cualquier causa o motivo que no diga relación con la capacidad o idoneidad personal es una manifestación concreta y explícita del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, reconocido por el artículo 19 Nr. 2 de la Constitución, sería posible, por la remisión a esta última norma, recurrir de protección en contra del empleador que haya discriminado a la mujer trabajadora.

Ahora bien, en un plano práctico, coincidimos con lo formulado por Ugarte,<sup>28</sup> en el sentido de que este recurso se ha mostrado absolutamente inútil para la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral. Esto se explica, en primer lugar, por la construcción jurídicamente neutra del recurso de protección y de la forma de tramitación contenida en el auto acordado complementario, lo que aleja a esta acción especial de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol protector directo a favor del trabajador, en cuanto contratante más débil de esta relación jurídica.

En segundo lugar, el recurso de protección es concebido como una acción judicial de carácter extraordinario, lo cual lo hace inoperante para la tutela efectiva de los derechos fundamentales del trabajador, la que entre otros aspectos requiere la declaración de nulidad de los actos lesivos de esos derechos y/o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que exige un proceso de fondo ante un juez de grado. Asimismo, este autor ha señalado con acierto que en razón de lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución, que restringe la procedencia de este recurso sólo a ciertas garantías constitucionales expresamente individualizadas, ha primado en nuestra país una interpretación restrictiva que ha dejado de lado la tutela del derecho fundamental a la no discriminación en el empleo.

Finalmente, no puede desconocerse el evidente riesgo que el ejercicio de esta acción genera, en términos de estabilidad en el empleo, para el trabajador con una relación laboral vigente. En efecto, frente al ejercicio del recurso de protección es probable que el empleador adopte represalias contra el trabajador, para lo cual dispone del útil mecanismo reconocido por la legislación laboral del despido fundado en “necesidades de la empresa” (artículo 161 del Código del Trabajo).<sup>29</sup> Esta causal de despido es reconocida de manera amplia por la legislación laboral y por la jurisprudencia judicial y no conlleva, en verdad, la carga de probar realmente las circunstancias que motivan la necesidad de la empresa,<sup>30</sup> por lo que el pago de las indemnizaciones respectivas

<sup>28</sup> Ugarte, José Luis, “Los derechos fundamentales y la relación laboral: el largo camino a los tribunales”, en *Reforma Procesal Laboral*, Homenaje al Profesor Héctor Humeres M., *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nr. 2/2001, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 47-49.

<sup>29</sup> En este sentido: Lizama, Luis; Ugarte, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, p. 178-179.

<sup>30</sup> Véase: Nadal, Daniel, *El despido en el Código del Trabajo*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003, p. 291 s.

y del eventual recargo de un 30% en su monto, conforme a lo dispuesto por el artículo 168 del Código del Trabajo, si el despido fuese calificado judicialmente como improcedente, no representa un serio obstáculo para el empleador que quiera desprenderse de un trabajador que haga valer su derecho a la no discriminación por esta vía.

#### 4.3. *Acciones administrativas*

La norma clave desde este punto de vista es el artículo 477 del Código del Trabajo. Al no existir una sanción expresa tipificada por el legislador para los casos de diferenciaciones, preferencias o exclusiones arbitrarias en razón del sexo, sin perjuicio de la declaración general del artículo 2º inciso 2 del Código del Trabajo en orden a señalar que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, corresponde aplicar la disposición básica en materia de sanciones, conforme a la cual: “Las infracciones a este Código y a sus leyes complementarias que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales (UTM), según la gravedad de la infracción”. Producto de lo anterior, deberá asumir la Dirección del Trabajo<sup>31</sup> la fiscalización de la normativa laboral en la empresa cuestionada, de oficio o previa denuncia presentada por el trabajador agraviado y, en caso de comprobarse la infracción, aplicar la multa en atención, por un lado, a la gravedad de la falta, lo que por tratarse de la vulneración

de un derecho fundamental deberá ser calificado obviamente como de la mayor gravedad y, por otro lado, en consideración al tamaño de la empresa, particularmente si el empleador tiene contratados a más de 50 trabajadores (la multa a ser aplicada podrá variar de 2 a 40 UTM) o bien, 200 o más trabajadores (en este caso la multa podrá fluctuar de 3 a 60 UTM).

No obstante, esta disposición del artículo 477 del Código del Trabajo permite en los casos en que el empleador tenga nueve o menos trabajadores contratados que el inspector del Trabajo respectivo pueda, si lo estima conveniente, autorizar, a solicitud del afectado y sólo por una vez en el año, la sustitución de la multa por la asistencia obligatoria a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que no podrán tener, en todo caso, una duración superior a dos semanas. En mi opinión, esta facultad que la ley confiere al inspector del Trabajo no podría ser ejercida en los casos de discriminación, por la indudable gravedad que un acto antijurídico de esta naturaleza trae aparejada y porque su aplicación vulneraría el sentido represivo y disuasivo que la sanción a aplicar debe suponer para un acto discriminatorio en razón del sexo.

Ahora bien, es indudable que la vía administrativa de reclamación que podría iniciar la mujer afectada por un acto discriminatorio es insuficiente. Esto se explica principalmente porque este tipo de acción no le proporciona a la mujer un resarcimiento real, toda vez que, aun cuando el organismo fiscalizador compruebe que efectivamente hubo una infracción al derecho a la no discriminación y aplique una multa al empleador, la sanción impuesta (que va a beneficio fiscal) no resarce a la mujer afectada, quien sigue permaneciendo vulnerada entonces en su dignidad como persona por la viola-

<sup>31</sup> Sobre el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de este Servicio ver: Jiménez, Patricio, “La fiscalización de la normativa laboral”, *Manual de Consultas Laborales y Previsiónales*, octubre 2002, p. 7 s.

ción de su derecho fundamental. Obviamente esto no puede ser indiferente, pues ocasiona la falta de verdadero respeto, dentro del marco de un Estado de Derecho como el nuestro, del derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo y de igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres por trabajos de igual o similar naturaleza.

Por último, no puede desconocerse que el alto monto de las multas que pueden ser aplicadas de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 477 del Código del Trabajo, podría significar en un mercado como el chileno, caracterizado por la presencia mayoritaria de pequeñas y medianas empresas, una sanción que eventualmente podría repercutir en el normal funcionamiento económico de la empresa, con lo que se desnaturalizaría la finalidad disuasiva de la multa como posible sanción para este tipo de infracción a un derecho fundamental.

#### 4.4. *Acciones civiles*

Un acto discriminatorio por razones de sexo que se manifieste, por ejemplo, en la desigualdad de remuneraciones de una trabajadora frente a un trabajador por la realización de un trabajo de igual o similar valor o en la imposibilidad de acceder a un cargo de nivel superior por el hecho de encontrarse embarazada, implica no sólo la vulneración de un derecho fundamental de la persona, sino que, además, según lo dispuesto por el artículo 2° inciso 7 del Código del Trabajo, presupone un incumplimiento del contrato de trabajo, pues la prohibición de actos de discriminación se entiende incorporada al contrato como una obligación más para las partes y, en concreto, para el empleador. Ahora bien, respecto de esta obligación de no discriminación incorporada al

contrato no sería procedente el acuerdo de voluntades en orden a excluir su incorporación, en atención al carácter irrenunciable de los derechos laborales, según lo ordena el artículo 5° inciso 2 del Código del Trabajo.

En consecuencia, esta nueva disposición del Código del Trabajo facultaría al trabajador o a la trabajadora afectada por un acto discriminatorio para hacer efectiva la responsabilidad civil contractual del empleador, de acuerdo a las reglas generales contenidas en el Código Civil y, de esta manera, demandar el pago de una indemnización de perjuicios, incluido el daño moral.<sup>32</sup>

Sin perjuicio de lo anterior y sin pretender ahondar en este punto el tema de la responsabilidad civil, conforme a su regulación en nuestro Código Civil y a lo resuelto por la jurisprudencia judicial, deseamos manifestar que sobre la base de reconocer la eventual procedencia de una responsabilidad contractual del empleador que discrimina a un trabajador o a una trabajadora en razón del sexo durante la vigencia de la relación laboral —por constituir ello una infracción al contrato, según lo dispuesto por los artículos 2° inciso 7 del Código del Trabajo y 1545

<sup>32</sup> Sobre la procedencia de la reparación del daño moral en materia de responsabilidad civil contractual ver: Aedo, Cristián, “El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual”, Editorial Libromar, Santiago, Chile, 2001; Gómez, Miguel, “El daño moral en la responsabilidad contractual”, *Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas*, Universidad de Talca, 2002; Illanes, Claudio, “El daño moral en la responsabilidad contractual”, documento editado por el Colegio de Abogados de Chile, 1994; Mera, Raúl, “Análisis de la jurisprudencia sobre indemnización del daño moral en materia contractual”, *Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas*, Universidad de Chile, 1994.

del Código Civil— es preciso efectuar también una salvedad, atendida la naturaleza del acto discriminatorio. En efecto, el acto discriminatorio al atentar contra una garantía reconocida por la Constitución configura un acto antijurídico y, en concreto, un particular caso de delito o cuasidelito civil, que es susceptible, por tanto, de generar una acción en favor de la mujer afectada para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del empleador.

Por lo tanto, podría generarse en este ámbito del iter contractual un caso de cúmulo de responsabilidades y nacería para el trabajador o para la trabajadora afectada una opción para hacer efectiva la responsabilidad civil del empleador ya sea en sede de responsabilidad contractual o extracontractual. Esta opción no será pues irrelevante, toda vez que ambas clases de responsabilidad de acuerdo a su regulación en el Derecho Civil poseen claras diferencias, entre las que destacan, por ejemplo, la necesidad o no de probar la culpa y los plazos de prescripción.

Finalmente, en cuanto a la factibilidad o eficacia de esta vía de reclamación para hacer frente a los casos de vulneración del derecho a no ser discriminado en razón del sexo en el empleo, traemos a colación las objeciones y reparos ya planteados acerca de las dificultades prácticas que la falta de normas procesales especiales genera para este tipo de casos, unido ello al preocupante riesgo de indefensión jurídica que relativiza enormemente la vigencia de este derecho en nuestro ordenamiento laboral, pues no todo trabajador afectado por un acto de discriminación dispondrá de los medios y del tiempo para asumir los costos materiales y procesales asociados a un juicio de esta naturaleza.

#### 4.5. Otras acciones posibles

Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, podríamos identificar, además, otras dos posibles vías de acción:

A) Por aplicación de las reglas civiles podría pensarse en la *declaración de nulidad absoluta* del acto jurídico o de la cláusula contractual que conlleve una discriminación contra el trabajador en razón del sexo, pues al infringir una ley expresa —los artículos 19 Nr. 2 y 16 de la Constitución y el artículo 2º del Código del Trabajo— adolecería de objeto ilícito, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1462 del Código Civil.

Aun cuando no existen constancias de utilización de esta vía para obtener una tutela por infracción a esta garantía reconocida por la Constitución, cabe señalar que en ciertos casos los Tribunales han privado de efectos jurídicos a una cláusula contractual por ser contraria a los “principios del Derecho del Trabajo”.<sup>33</sup>

B) *Autodespido*: Por la vía del recurso a la figura del autodespido o despido indirecto regulada por el artículo 171 del Código del Trabajo, podría un trabajador afectado por un acto de discriminación del empleador, susceptible de enmarcarse en las causales de los números 1, 5 ó 7 del artícu-

<sup>33</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 14 de mayo de 1997, rol 949-97; ejemplo citado por: Lizama, Luis; Ugarte, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, p. 181-182.



lo 160 de este cuerpo legal,<sup>34</sup> recurrir al Tribunal del Trabajo para que este órgano jurisdiccional declare terminada la relación laboral y ordene el pago en favor del trabajador de las indemnizaciones legales que correspondan (por años de servicio y sustitutiva del aviso previo) más los recargos que sean procedentes (50% a 80%).<sup>35</sup>

En esta situación, la posibilidad del trabajador afectado por un acto de discriminación de obtener un resarcimiento es mayor y relativamente más simple, pero no puede dejarse de lado el costo de la pérdida del puesto de trabajo que conlleva. Por lo tanto, entre la disyuntiva de solicitar el término del contrato de trabajo a través del despido indirecto o “aceptar” la discriminación, no es posible anticipar una respuesta de carácter general, sobre todo cuando hay factores como la duración del contrato de trabajo —que determina el monto de indemnización a pagar— y la situación personal, familiar, económica y social del trabajador en el caso concreto, los que jugarán un rol preponderante al momento de decidir el recurso o no a esta acción.

## 5. CONCLUSIONES

En Chile, como ya se ha manifestado, el tema de la discriminación de las

---

<sup>34</sup> Falta de probidad, actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten la seguridad o al funcionamiento del establecimiento o la seguridad o a la actividad de los trabajadores o a la salud de éstos y la situación del incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

<sup>35</sup> En igual sentido: Lizama, Luis; Ugarte, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, p. 181.

trabajadoras es un problema manifiesto y, lamentablemente, aún no resuelto, pese a que la normativa laboral ha podido en el último tiempo ir generando paulatinamente un adecuado marco de reconocimiento sustantivo del derecho a la no discriminación, pues es en la práctica, en el desarrollo cotidiano de las relaciones laborales donde estas diferenciaciones arbitrarias e injustificadas se manifiestan abiertamente. El ejemplo más concreto de este problema lo representan las claras diferencias de remuneraciones entre hombres y mujeres en nuestro mercado de trabajo por la realización de trabajos de igual o similar naturaleza,<sup>36</sup> pese a que los costos laborales por sexo no difieren sustancialmente.<sup>37</sup>

Esta vergonzosa diferencia de remuneraciones y de condiciones de trabajo entre mujeres y hombres nos demuestra que más que una deficiencia de reconocimiento sustantivo del derecho a la no discriminación por razones de sexo, la desigualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras en nuestro país obedece, por una parte, a un problema cultural asociado al debido respeto e integración de las mujeres al mundo laboral y, por otra parte, a la falta de mecanismos adecuados (legales, jurís-

---

<sup>36</sup> Según la encuesta de remuneraciones y costos de la mano de obra del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) al año 2001, la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres alcanza al 31,1%, es decir, por cada \$ 1.000 que gana un hombre, una mujer gana \$ 689 por igual trabajo, lo que es a todas luces injustificado. En este sentido: Ramírez, Leyla, El costo de ser mujer en Chile, artículo publicado por el diario *La Nación* de fecha 7 de marzo del 2003.

<sup>37</sup> Sobre el particular véase el documento preparado por el Servicio Nacional de la Mujer: “Encuesta de remuneraciones y costo de la mano de obra, análisis por sexo”. *Documento de Trabajo* Nr. 75, Santiago, Chile, octubre 2002.



dicionales y de política social), para asegurar en los hechos que pueda ponerse término a las diferenciaciones arbitrarias basadas en el género, más aún si estas son de forma indirecta.<sup>38</sup>

Desde el punto de vista del Derecho, la gran falencia de protección frente a actos de discriminación en el trabajo no viene dada, entonces, por la ausencia de normas que reconozcan este derecho fundamental, sino que encuentra su explicación en las deficiencias procesales (orgánicas y de procedimiento), esto es, en la falta de instrumentos jurisdiccionales específicos y expeditos que garanticen el pleno respeto de los derechos fundamentales al interior de las relaciones laborales, cuya trascendencia es innegable.<sup>39</sup>

Por lo tanto, es de esperar que nuestro legislador procesal, independientemente de la opción que asuma para incorporar una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, ya sea a través de la introducción de nuevas normas dentro de los procedimientos laborales regulados por el Código del Trabajo o bien a través de la creación de nuevos procedimientos específicos para la protección de los derechos fundamentales, tenga especial cuidado en incluir ciertas exigencias mínimas, ya ampliamente reconocidas por

---

<sup>38</sup> En el mismo sentido: Rojas, Irene, "La necesaria especialización de la justicia laboral: los desafíos en Chile", en *Reforma Procesal Laboral*, Homenaje al Profesor Héctor Humeres M., *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Nr. 2/2001, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 40.

<sup>39</sup> Sobre el particular: Melis, Christian, "En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales", *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, año 2001, Nr. 148, p. 8 s. (Parte I); Nr. 149 (Parte II), p. 5 s.

el derecho comparado.<sup>40</sup> En este sentido, una adecuada tutela de los derechos fundamentales en Chile requerirá,<sup>41</sup> en primer lugar, la introducción de reglas especiales en materia probatoria que faciliten a los afectados la acreditación del acto discriminatorio o vulneratorio de derechos fundamentales, ya sea por la vía de reducir o invertir la carga de la prueba. En segundo lugar, deberá consagrarse claramente la nulidad como primera consecuencia jurídica del acto lesivo del derecho fundamental y, en tercer lugar, a la sanción anterior deberán agregarse otras consecuencias jurídicas, tales como: el cese del comportamiento lesivo, la restitución a la situación anterior y la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización si procediera.<sup>42</sup>

Por lo expuesto, es de esperar que la reforma procesal laboral actualmente en estudio<sup>43</sup> no deje de lado este aspecto tan importante de protección efectiva de los

---

<sup>40</sup> Ver: Caamaño, Eduardo, "La discriminación laboral indirecta", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, volumen XII, diciembre 2001, p. 79-80.

<sup>41</sup> Sobre el tema: Ugarte, José Luis, "Los derechos fundamentales y la relación laboral: el largo camino a los tribunales", en *Reforma Procesal Laboral*, Homenaje al Profesor Héctor Humeres M., *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Nr. 2/2001, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 49 s.

<sup>42</sup> Un buen ejemplo legislativo sobre la materia está constituido por la Ley de Procedimiento Laboral en España, Real Decreto Legislativo 2/1995, de fecha 7 de abril de 1995, con sus modificaciones posteriores.

<sup>43</sup> Ver: *Reforma Procesal Laboral*. Homenaje al Profesor Héctor Humeres M., *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Nr. 2/2001, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

derechos de los trabajadores y dé un significativo paso adelante para concretizar la protección real de los derechos fundamentales al interior de las relaciones laborales.

Para concluir, es preciso mencionar que junto a las falencias de protección efectiva de los derechos fundamentales en nuestro actual sistema jurídico laboral y al rol secundario desempeñado por la jurisprudencia judicial, ha jugado también un papel importante la pasividad de las personas afectadas por los actos de discrimi-

minación para hacer valer sus derechos. No cabe duda que los derechos para ser tales deben también ejercerse y para ello es de esperar que organismos tales como el Servicio Nacional de la Mujer u organizaciones no gubernamentales (ONGs) vinculadas especialmente a los derechos de la mujer contribuyan con su apoyo material y jurídico a amparar a las víctimas de la discriminación laboral y las acompañen en la lucha por la reivindicación de este derecho, cuyo respeto es esencial para poder construir una sociedad justa.