

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EMPRESA; ALGUNAS
PERSPECTIVAS DE GENERO**

**CONSUELO GAZMURI R.
ABOGADA
INVESTIGADORA A CARGO**

ÍNDICE

1.- Acerca de los derechos fundamentales

- 1.1 ¿Qué entendemos por derechos fundamentales
- 1.2 Conceptos e ideas básicas sobre derechos fundamentales
- 1.3 Las llamadas generaciones de derechos fundamentales

2.- Origen y desarrollo de los derechos fundamentales

- 2.1 Antecedentes remotos
- 2.2 El siglo XVIII y los derechos individuales
- 2.3 El siglo XIX: Consolidación de los derechos individuales y nacimiento de los derechos sociales económicos y culturales
- 2.4 El siglo XX: Expansión e internacionalización de los derechos fundamentales

3.- La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados o eficacia horizontal de los derechos fundamentales

- 3.1 Antecedentes generales
- 3.2 Los derechos inespecíficos de los trabajadores al interior de la empresa

4.- Los derechos fundamentales de la Mujeres

- 4.1 Situación histórica de las mujeres frente a los derechos fundamentales
- 4.2 El desarrollo de los derechos fundamentales de las mujeres en Chile

5.- Vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres en y ante la empresa

- 5.1 La no discriminación frente al empleo
- 5.2 El derecho a la intimidad en la empresa

6.- La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile

I.- ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1 ¿Qué entendemos por derechos fundamentales?

Varias denominaciones se utilizan para referirse a aquellos derechos que se considera pertenecen a todas las personas por el solo hecho de ser tales. Se habla así de derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, garantías individuales, etc. Nuestra Constitución Política se refiere a ellos como derechos constitucionales.

Aún cuando en el lenguaje ordinario los términos derechos humanos y derechos fundamentales se usan como sinónimos para una corriente de la doctrina, el primero tiene una connotación más amplia que el segundo, pues se incluyen entre los derechos humanos supuestos no incorporados como tales al derecho positivo, en tanto que los segundos – los derechos fundamentales- serían aquellos derechos humanos reconocidos por el derecho positivo nacional o internacional.

De esta manera, según este criterio son derechos fundamentales los derechos humanos positivizados, es decir, reconocidos por una norma jurídica nacional o internacional. Ahora bien, desde luego la incorporación de derechos humanos al derecho positivo, no se ha hecho de una vez y para siempre, sino que constituye un proceso progresivo, que continúa desarrollándose con fuerza en la actualidad. Podemos hablar, entonces, de un proceso en marcha de positivación de los derechos humanos.

Así, en el derecho internacional ha llegado a existir una rama especial denominada derecho internacional de los derechos humanos, que en la segunda mitad del siglo XX alcanzó un amplio desarrollo.

Sigue esta corriente el autor español Gregorio Peces-Barba, quien sostiene que alguien tiene un derecho fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece. Los derechos fundamentales son pues, en su concepto, derechos jurídicos.¹

Incluso se suele hablar de derechos fundamentales solamente cuando éstos cuentan con respaldo constitucional, es decir, cuando están recogidos en la Constitución, como ley fundamental del Estado o en tratados internacionales a los que se les da rango constitucional². Pero este criterio tampoco es absoluto. Gran Bretaña nunca ha contado con una Constitución en sentido estricto y en ella estos derechos emanan de una fuente jurisprudencial.

¹ Gregorio Peces-Barba. “Derecho y Derechos Fundamentales” publicado por el Centro de Estudios Constitucionales (de España)

² En Chile, el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución de 1980 Establece que “ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

En el caso de Chile se entiende que los derechos fundamentales son aquellos establecidos en la Constitución Política – principalmente en su artículo 19, pero también en otras disposiciones - y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, que se encuentren vigentes. En el mencionado artículo 19, se habla de “Derechos y Deberes Constitucionales” y, por su parte, el artículo 5°, inciso 2° se refiere a estos derechos como “aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Para efectos de este trabajo, sin embargo, nos referiremos a los derechos esenciales de la persona como derechos fundamentales, usando la expresión en su sentido amplio, es decir, comprensivo de aquéllos no necesariamente incorporados a la legislación positiva, nacional o internacional.

Y hemos preferido este término al de derechos humanos porque - como señala con agudeza un autor- en estricto rigor todos los derechos, y no solo aquéllos de carácter esencial, pertenecen a las personas, no pudiendo existir otro titular de ellos y son, por tanto, derechos humanos.

1.2.- Conceptos e ideas básicas sobre derechos fundamentales

Los derechos fundamentales han sido definidos como atributos o facultades esenciales de la persona, que emanan de su propia naturaleza y que por consiguiente no son conferidos por la ley o la autoridad pública, cuya función, según se considera actualmente, es la de reconocerlos, respetarlos, garantizarlos y promoverlos.

Otros conceptos subrayan especialmente el elemento básico de estos derechos, es decir, que su origen directo está en la dignidad de la persona humana.

Así, Fernández Galiano entiende por derechos fundamentales “aquéllos de los que es titular el hombre (utilizado el término como persona humana, por lo que debe entenderse incluidas en él a las mujeres) no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana”³.

Truyol y Serra, por su parte, señala que “son aquéllos derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados” Cabe, sin embargo, hacer presente desde ya, que en el caso de las mujeres, muchos de estos derechos han sido reconocidos sólo durante el desarrollo del siglo XX.

La consideración de estos derechos como prerrogativas inherentes a la persona humana, con una existencia independiente a la que puedan conferirle o no los distintos ordenamientos jurídicos positivos, se expresa bien en la Encíclica “Pacem in Terris”, de Juan XXIII (abril de 1963) cuando señala: “en toda humana convivencia bien organizada y

³ Fernández Galiano, Antonio. Derecho natural, Introducción Filosófica al Derecho, Madrid, 1983

fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables”⁴.

Consecuencia necesaria del origen de estos derechos es que ellos son poseídos por toda persona, cualquiera sea su edad, raza, sexo o religión, es decir, tienen un carácter universal.

En estricto rigor, sin embargo, no todos estos derechos pertenecen a todas las personas. Algunos de ellos – una minoría- requieren el goce de cierto status jurídico especial, que es la ciudadanía⁵. Los que se adscriben efectivamente a todas las personas son los llamados derechos de la personalidad o derechos humanos, pero, generalmente de esta última manera. Así, los derechos específicos de ciudadanía (políticos) son una subclase de los derechos fundamentales.

De esta manera, desde un punto de vista material, los derechos fundamentales se conciben como atributos naturales de la persona, anteriores a toda sociedad política; como límites al poder del Estado; y como articulación histórica de los valores de dignidad, libertad e igualdad.

Otra idea clave tratándose de los derechos fundamentales, es que ellos constituyen en primer lugar un límite a un poder capaz de vulnerarlos, que tradicionalmente ha sido el del Estado.

Los derechos fundamentales, como hemos señalado, son derechos en cuanto facultades que corresponden únicamente a las personas. Pero, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que los destaca de los demás derechos subjetivos (por ejemplo, el del acreedor a que el deudor satisfaga su deuda) y que se manifiesta en una serie de características no compartidas por éstos.

En concepto del profesor Ángel Luis Sánchez, estas características son las siguientes:

- 1.- Son imprescriptibles, sin que por tanto se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo.
- 2.- Son inalienables, es decir, no transferibles a otro titular, al ser inseparables de la condición de persona⁶.
- 3.- Son irrenunciables, es decir el sujeto de ellos no puede renunciar a su titularidad.
- 4.- Son universales, en el sentido de que todos ellos son poseídos por todas las personas sin excepción, de modo que ninguna consideración de raza, edad, sexo, condición, creencias, etc. puede justificar que se les desconozca respecto de una o más personas. Esto implica la existencia de una igualdad jurídica básica entre todas ellas.

⁴ Citada por Squella, Agustín en “ Introducción al Derecho”

⁵ Y, en otros casos, según Ferrajoli., de la capacidad de obrar, supuesto del ejercicio personal de los derechos civiles.

⁶ En general los demás derechos son transferibles, salvo algunos como los llamados personalísimos.

El mismo profesor Sánchez reflexiona acerca de los límites de los derechos fundamentales. Las declaraciones que consagran los derechos individuales en el siglo XVIII, los configuraron como absolutos. Así por ejemplo se entiende que la libertad consiste en “poder hacer todo aquello que no daña a los demás”. Esta concepción es, por cierto, consecuencia del pensamiento liberal propio de la época y se expresa, por ejemplo, en el Código de Napoleón. En nuestro propio Código Civil, inspirado, como es sabido, en aquél, encontramos esta idea claramente expresada en lo relativo a la propiedad, otro de los derechos de raigambre liberal. Así, su artículo 582 señala que “el dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”⁷.

La doctrina actual, sin embargo, niega que los derechos fundamentales tengan un carácter absoluto y admite que deben estar sometidos a ciertas limitaciones. Ello deriva básicamente del contexto social en que se ejercitan estos derechos. La convivencia social da lugar a la existencia de un orden público y debe orientarse al bien común. Este orden público y este bien común imponen naturalmente limitaciones a los derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en la limitación del derecho de propiedad, – clásico derecho individual- en nuestro país, consagrada en nuestra Constitución Política en consideración a su función social, que “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación de patrimonio ambiental”⁸, que ha cambiado completamente la concepción recogida en el siglo anterior por el Código Civil.

Se considera hoy que el rol del Estado frente a los derechos fundamentales, trasciende a su respeto y abarca los siguientes deberes:

- 1.- Reconocer su existencia e incorporarlos a los textos constitucionales.
- 2.- Garantizar su ejercicio.
- 3.- Regular su ejercicio, estableciendo sus correspondientes límites.
- 4.- Promover su respeto y ejercicio.

1.3 Las llamadas generaciones de derechos fundamentales

El catálogo de derechos que hoy son reconocidos como fundamentales es mucho más amplio de lo que fue a la época en que se formuló la teoría de la existencia de derechos esenciales emanados de la naturaleza humana y anteriores al Estado, en el siglo XVIII. Al irse incrementando y diversificando estos derechos durante los dos siglos transcurridos desde entonces, se han configurado distintas “generaciones” de ellos, de modo que actualmente éstos pueden consistir, como lo señala Agustín Squella, en determinados bienes que se consideran indispensables, en auténticos derechos en sentido subjetivo, en limitaciones a la acción de la autoridad, en libertades, en modalidades de participación en la generación y ejercicio del poder político, en aspiraciones hacia la igualdad, no sólo jurídica y política, sino también en las condiciones materiales de vida y hasta en deseos de vivir en paz y en un medio ambiente no contaminado.

⁷ El Código Civil chileno, obra de Andrés Bello, entró en vigencia el año 1855.

⁸ Constitución Política, artículo 19, N°24, inciso 2°

1.3.1. Derechos de primera generación

La primera generación de los derechos fundamentales, impulsada por el pensamiento liberal, está compuesta de derechos individuales de carácter civil y político, principalmente libertad individual, participación política, garantías procesales y propiedad. Son básicamente derechos de libertad.

La mentalidad liberal que inspira a estos derechos determina que las relaciones entre empleadores y trabajadores se inspiren en los principios de libertad individual e igualdad ante la ley y su corolario, la autonomía contractual, que supone –falsamente en este caso– que ambos contratantes se encuentran en una situación de igualdad de poder que les permite convenir libremente las condiciones del contrato resguardando cada uno sus intereses.

Así, en 1791, en Francia, la ley Le Chapelier prohíbe la existencia de corporaciones de artesanos o trabajadores, que se estiman contrarias a la libertad individual y a la libertad de trabajo. Como se verá pronto, los trabajadores, al no poder organizarse, quedarán indefensos frente a un medio que les será hostil⁹.

1.3.2.- Derechos de segunda generación

La segunda generación de derechos fundamentales está compuesta por aquéllos de carácter económico, social y cultural. Su objetivo es la satisfacción de necesidades como las garantías en el trabajo y sus condiciones, la educación, la salud, la seguridad social y la vivienda. Son básicamente derechos de igualdad

Estos derechos económicos, sociales y culturales pueden considerarse desde una doble dimensión: objetiva y subjetiva.

En sentido objetivo pueden entenderse como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales; en sentido subjetivo son las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.

Las principales características de estos derechos son las siguientes:

- La igualdad es entendida como igualdad de acceso a los bienes materiales, básicos para una existencia digna.
- Son derechos de participación, en el sentido de que buscan asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad.
- El interés social y los correlativos intereses colectivos se sobreponen a los individuales, como presupuesto necesario de la realización de los demás derechos.

⁹ Derecho de la Relaciones Laborales, Francisco Walker Errázuriz, Editorial Universitaria, as 61

- Consideran al hombre en su situación real y concreta, por contraposición a esa especie de entidad jurídica abstracta que los derechos de primera generación denominan ciudadano.

1.3.3.- Derechos de tercera generación

El valor de referencia fundamental de estos derechos – tal como lo fue la libertad respecto de los de primera generación y la igualdad respecto de los de segunda generación – es la solidaridad.

Ellos buscan garantizar la supervivencia de la especie humana, como ente colectivo y no solamente como un conjunto de personas individuales, por lo que se les denomina también derechos de los pueblos. La idea de estos derechos nace de la conciencia de los peligros que enfrenta esta supervivencia en la actual coyuntura histórica. Entre ellos debe destacarse los que provienen de la división cada vez más profunda entre pobres y ricos, el deterioro del medio ambiente, que se considera patrimonio de las generaciones venideras, y la evolución de la industria armamentista que hace posible, por primera vez en la evolución de la humanidad, que una guerra la destruya íntegramente.

Los derechos de tercera generación son básicamente los siguientes:

- Derecho a la autodeterminación de los pueblos
- Derecho al desarrollo
- Derecho a la preservación del medio ambiente
- Derecho a la paz

En todo caso, debe tenerse presente que la aparición de una nueva generación o categoría de derechos fundamentales no implica en absoluto que aquellos que forman parte de la anterior se encuentren efectivamente consolidados. Nadie podría sostener que en los inicios del siglo XXI, cuando hace ya algunas décadas que han aparecido los derechos de tercera generación, positivizados o no, se hayan concretado para todos sus titulares los más importantes derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y su justa retribución y a la seguridad social.

Como es evidente, la efectividad de estos derechos no sólo depende de la voluntad del poder político, sino que básicamente de factores económicos como el grado de desarrollo de cada Estado y los sistemas mundiales y nacionales de distribución de la riqueza. Reconociendo esta circunstancia, el capítulo III de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales, en su artículo único, el 26, señala que “los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de éstos”.

2.- ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 Antecedentes remotos

Podemos señalar algunos precedentes o atisbos de la idea de la existencia de derechos fundamentales que datan de la antigüedad. Así Sófocles, en su tragedia Antígona, hace decir al personaje del mismo nombre que contraviniendo la prohibición expresa del rey Creón de dar sepultura al cadáver de su hermano lo había enterrado, que lo ha hecho “de acuerdo a leyes no escritas e inmutables del cielo”. La idea latente en esas palabras es que la misma naturaleza humana es la que otorga este derecho, podemos concluir.

Los Diez Mandamientos, por su parte, reconocen explícitamente derechos fundamentales de los seres humanos, como el derecho a la vida al prescribir “no matar”. Existen también otros documentos normativos muy antiguos, como el Código de Hammurabi, en Babilonia, que tienen cierto contenido social, como el establecimiento de límites a la esclavitud por deudas y la regulación de ciertos precios. Más adelante, el cristianismo reconoce la idea, al proclamar la igualdad de los seres humanos, en cuanto hijos de Dios.

Pero estas son muestras sumamente aisladas y fragmentarias. Durante la antigüedad el tema no se planteó en una reflexión teórica ni existieron reconocimientos por parte del poder público. En realidad, para que se pudiese desarrollar una teoría de los derechos fundamentales fue necesaria la existencia del concepto mismo de persona, como portadora de ciertos fines y valores, idea que en la antigüedad no existió.

De la baja Edad Media data la primera consagración expresa que establece, en Inglaterra, límites al poder del rey frente a sus súbditos, los que se contienen en la Carta Magna, de 1215. Pueden también mencionarse como instrumentos de esa época, los fueros otorgados por diversos monarcas a ciertos súbditos, especialmente en España.

Pero, más allá de estas manifestaciones, tampoco durante el medioevo se desarrolla una teoría de los derechos fundamentales, ni existen instrumentos que los consagren propiamente, en tanto cuanto tales derechos tienen un carácter universal. En efecto, la Carta Magna y demás documentos medievales no consagran propiamente derechos, sino privilegios que el monarca concede a un estamento social o a los habitantes de una región determinada. Estos instrumentos, por lo demás, tienen un origen contractual, en virtud del cual el monarca limita sus poderes absolutos en ciertas áreas y a favor de determinados súbditos.

La historia propiamente tal de los derechos fundamentales comienza a desarrollarse en el siglo XVI y continúa en el XVII, como fruto del pensamiento iusnaturalista o escuela del derecho natural. Este sostiene la existencia de un derecho que está por encima de las leyes escritas, en virtud del cual todo ser humano, por su condición de tal y con independencia de su posición en una determinada comunidad política, es titular de un conjunto de derechos que puede hacer valer frente a los poderes públicos y que esas leyes deben respetarse por éstos.

Por otra parte, desde el siglo XVII los poderes reales van ofreciendo ciertas garantías y seguridades a todos los súbditos, con lo que se instaura el principio de generalidad de estos derechos. El primer derecho reconocido es la libertad de pensamiento y religión, cuestión que tiene su origen en la contingencia histórica de las llamadas guerras de religión. El

edicto de Nantes de 1598, que les puso fin, admitió el acceso de los protestantes a todos los “estados, dignidades, oficios y cargos públicos”.

Más adelante, los esfuerzos se orientan a la conquista de los derechos civiles, especialmente la libertad individual y algunos derechos políticos, produciéndose las primeras consagraciones en Inglaterra, a través de tres célebres documentos: la Petition of Rights de 1628; la Ley de Habeas Corpus de 1679 y la Bill of Rights de 1689. Pero los derechos consagrados por estas declaraciones tienen aún un carácter nacional y no universal.

2.2 El siglo XVIII y los derechos individuales

La noción tradicional de derechos fundamentales proveniente del ideario liberal del siglo XVIII, inspirado en la teoría del “contrato social”, los visualiza primordialmente como límites al poder del Estado, en contraposición a la idea de un Estado absoluto. La acción de éste ha de estar necesariamente limitada por los derechos esenciales de la persona, emanados de su naturaleza humana y consagrados por el derecho natural, superior al positivo.

Entre los inspiradores del ideario de los derechos fundamentales clásicos debemos nombrar a Montesquieu y Rousseau, pero la influencia intelectual más generalizada de un autor sobre las declaraciones liberales de derechos del siglo XVIII es probablemente la de Locke. Estos derechos se declaran, ciertamente, como una consecuencia del pensamiento ilustrado.

Siendo la naturaleza humana una sola, se concibe a todos los hombres (personas) como dotados de una igualdad básica y como consecuencia de tal igualdad, de libertad individual. Si todos los hombres gozan de una igualdad básica, no pueden, entonces, unos ser oprimidos por el poder de otros. Tal es la lógica imperante.

Como señala el profesor Ruiz Miguel “interesa poner de manifiesto que la idea (o si se quiere la técnica) de los derechos fundamentales nace precisamente cuando nace el Estado moderno, es decir, una forma peculiar de organización de la comunidad política, dotada de un poder extraordinario: los derechos fundamentales son la respuesta jurídica a las amenazas planteadas por este poder. Así, pues los derechos fundamentales nacen, en definitiva, para proteger al individuo frente a los peligros dimanantes de una entidad poderosísima, de carácter político”¹⁰.

Este pensamiento cristalizará en las últimas décadas del siglo XVIII, con la Independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa y se expresará en diversas declaraciones solemnes. Las principales son La Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia; la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, ambas del 1776 y, en Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.

¹⁰ Derechos Constitucionales, Fiscalidad e Internet: Necesidad de una Reformulación de Conceptos Tradicionales. Carlos Ruiz Miguel, profesor de derecho constitucional Universidad de Santiago de Compostela

Todas ellas declaran que los “hombres”¹¹ tienen ciertos derechos innatos, de los que no pueden ser privados. La del pueblo de Virginia consagra especialmente la vida, la libertad y la propiedad; la de la Independencia, la igualdad, la vida y la libertad; y la de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, la libertad, la igualdad de derechos, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Consagra asimismo derechos políticos, pero, esta vez no a todos los hombres, sino a los ciudadanos. Entre éstos ciertamente no se cuentan las mujeres, ni los hombres carentes de cierto patrimonio. En buenas cuentas los derechos de ciudadanía se confieren, como se ha señalado, a los varones, blancos y propietarios.

Los derechos civiles y políticos consagrados durante el siglo XVIII reciben generalmente, como se ha señalado antes, el nombre de derechos de primera generación.

Los derechos fundamentales considerados en este contexto son básicamente los derechos de carácter civil -igualdad, libertad individual, vida e integridad física, propiedad, garantías procesales- y los derechos políticos a participar en la generación y ejercicio del poder. El derecho de propiedad que se consagra con singular importancia en algunos instrumentos de la época es derivado precisamente de la libertad individual, de la que se considera una emanación: se expresa básicamente en la libertad para contratar y para adquirir toda clase de bienes.

Los primeros instrumentos legales -más allá de las Declaraciones, que no tienen carácter vinculante- que incorporan estos derechos, o al menos algunos de ellos, a la legislación positiva son la Constitución Francesa de 1791 y el Código de Napoleón de 1805, que consagran la igualdad ante la ley y la libertad individual

Así, el siglo XVIII fue el siglo de la consagración de los derechos individuales de carácter fundamental, pero, tal consagración tuvo importantes limitaciones, siendo seguramente una de las mayores la posición de las mujeres de cara al goce de estos derechos.

2.3.- El siglo XIX: Consolidación de los derechos individuales y nacimiento de los derechos sociales, económicos y culturales

El siglo XIX, es una época de avances y retrocesos en materia de derechos fundamentales. En conjunto, es un siglo de lenta consolidación de los ideales proclamados en la revolución francesa. Las constituciones dictadas a lo largo de ese siglo, tanto en Europa como en América, incluyen catálogos de derechos fundamentales que el Estado está obligado a respetar y garantizar, con lo que se produce un proceso general de positivación de ellos¹².

Así, la Constitución chilena de 1833, en su artículo 12, establece los derechos de igualdad ante la ley, admisión en todo tipo de empleos y funciones públicas, libertad de información,

¹¹ No obstante que en principio debemos tomar la palabra “hombres” como sinónimo de “persona” varios de las mujeres están privadas de varios de los derechos consagrados en este siglo

¹² Con el término positivación, queremos referirnos a la incorporación de estos derechos a normas jurídicas vinculantes

de petición a la autoridad y de propiedad. El derecho de sufragio, por su parte, queda sujeto a una serie de condiciones: corresponde a los chilenos que hayan cumplido 25 años de edad, sepan leer y escribir y posean un cierto capital mobiliario o inmobiliario. Se trata del llamado voto censitario, que restringe el derecho de elegir a las autoridades, a quienes sean propietarios. Un detalle curioso –pero altamente discriminatorio- es la norma de esa Constitución que excluye expresamente del derecho a sufragio a los sirvientes domésticos.

El liberalismo y el romanticismo que marcan la primera mitad del siglo XIX determinan un fortalecimiento de la idea de la libertad individual. Pero ya a mediados del mismo empieza a aparecer la noción de que los derechos fundamentales concebidos como ilimitados son difícilmente compatibles con el bien común. La consagrada igualdad ante la ley no había significado en ningún caso, hasta esa época, una mayor igualdad en las condiciones de vida, sino que, por el contrario, grandes masas se encontraban sumidas en condiciones de miseria claramente atentatorias contra la dignidad humana.

Es hacia esa época donde podemos situar las primeras reivindicaciones de derechos de carácter económico, social y cultural (llamados de segunda generación), con la aparición del proletariado como protagonista histórico y debido al creciente proceso de industrialización. El proceso de revolución industrial había dado lugar a condiciones de trabajo durísimas, a veces inhumanas, que ponían de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales, civiles y políticos, para amparar la dignidad de las personas.

A fines de este siglo, en 1991, el papa León XIII, condena la “miseria inmerecida” de los obreros de la industria europea en términos muy duros, señalando “Unos cuantos hombres opulentos y riquísimos han puesto sobre la multitud innumerable de proletarios un yugo que difiere poco del de los esclavos”.

Si las declaraciones del siglo XVIII concebían la igualdad como un derecho de igualdad ante la ley y, en cierto modo, como un concepto abstracto, ahora se buscaba actitudes positivas de los Estados orientadas a posibilitar una igualdad concreta, consistente en igualdad de acceso a los bienes materiales, básicos para una existencia digna. Este resultado, obviamente, no puede lograrse sino con una acción protectora de parte del Estado hacia aquellos objetivamente más débiles.

Esta nueva concepción de la igualdad se conecta directamente con el concepto de justicia social. De esta manera, si los derechos de primera generación defendían a los ciudadanos frente al poder del Estado, ahora se exigía la intervención de éste para compensar las desigualdades naturales, creadas por las ventajas y desventajas de clase, etnia, religión, etc.

Como señala el español Gregorio Peces Barba “a partir de 1848 ya no se pueden pensar los derechos fundamentales sólo como esos derechos previos al Estado, que son triunfos del individuo aislado frente a éste, sino que habrá que concebirlos, para realizar su finalidad última, que es permitir el desarrollo integral de las personas y alcanzar su libertad moral, como relacionados con la intervención de los poderes públicos en la satisfacción de las

necesidades radicales que son obstáculos para ese desarrollo humano y, también, como límite al estado y a otros poderes que pretenden invadir la libertad del hombre”¹³.

Así, durante la segunda mitad del siglo XIX la lucha por los derechos fundamentales se orienta hacia la conquista de los derechos sociales, económicos y culturales, que garanticen el trabajo, la libertad de sindicación, el sufragio universal, el derecho a la educación, a la salud, etc.

Entre los principales antecedentes de esta lucha podemos señalar la aparición de diversas ideologías, como el socialismo utópico (Fourier, Saint Simón, Owen), el catolicismo social (Ketteler, Mermillod, Manning y otros obispos, sacerdotes y laicos), el movimiento anarquista (Proudhon, Bakunin) y el socialismo científico, expresado principalmente en el Manifiesto Comunista de 1848, de Engels y Marx.

Por otra parte, la presión social ejercida por las reivindicaciones obreras que se desarrollan con especial fuerza en las últimas décadas del siglo, tanto en Europa como en los Estados Unidos, constituyen también un factor decisivo.

Ya en 1848, la Constitución francesa de ese año establece en su catálogo de derechos ciudadanos varios de carácter social, como la libertad de trabajo y los impuestos proporcionales a la fortuna de cada cual, señalando, además, que la sociedad debe fomentar “la igualdad de relaciones entre el patrono y el obrero”. Es, además, la primera constitución que establece el sufragio universal.

Otras Constituciones del siglo XIX que establecen este tipo de derechos son la de la Monarquía Española de 1856 y la de la Nación Española de 1869.

Por otra parte, hacia finales de este siglo se dictan en Alemania algunas leyes de beneficio previsional a favor de los obreros, que aunque aisladas, pueden considerarse el primer antecedente del derecho del trabajo. Este constituye una rama especial del derecho que, reconociendo la desigualdad de poder negociador entre empleadores y trabajadores, que lleva fácilmente a la explotación de estos últimos, limita la libertad contractual propia del derecho civil y establece ciertos derechos mínimos para el trabajador, de carácter irrenunciable. Asimismo, reconoce y regula el derecho de los trabajadores a sindicalizarse y a negociar colectivamente, como una segunda forma de equilibrar el poder negociador, derechos estos últimos que alcanzarán en un plazo relativamente breve, como se verá, la categoría de fundamentales.

De cualquier modo, aún cuando la normativa individual del trabajo – remuneraciones mínimas, jornadas máximas, vacaciones pagadas, condiciones de higiene y seguridad, etc- no tiene en sí misma la categoría de derecho fundamental, si constituye una condición indispensable para la salvaguarda de la dignidad de los trabajadores en cuanto personas y para la garantía de otros derechos esenciales, como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud.

¹³ Gregorio Peces barba. ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. Eudema, Madrid 1988

Las luchas del siglo XIX por la consagración jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, no cristalizará hasta el siglo XX.

2.4 El siglo XX: Expansión e Internacionalización de los Derechos Fundamentales y desarrollo del derecho del trabajo ¹⁴

En las primeras décadas de este siglo aparecen ya instrumentos jurídicos que consagran de manera amplia y concreta derechos económicos, sociales y culturales.

La Constitución mexicana de 1917 constituye un hito, en cuanto es el primer intento constitucional de conciliar los derechos civiles y políticos con la nueva concepción de los derechos sociales. Bajo su influencia se inicia un movimiento constitucionalizador de estos últimos en el mundo entero. En esta Constitución se establecen normas relativas al trabajo y a la previsión social y se reconoce el derecho a la huelga.

Especial importancia tiene, también, la Constitución de la República de Weimar, en Alemania, de 1919, en la que junto con los derechos individuales se proclaman derechos sociales como el de la protección a la familia, la educación y el derecho al trabajo. Es significativo su artículo 153, según el cual la vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia y de modo que asegure a todos una existencia digna del hombre; y en el caso de que no pueda ser dada al hombre una ocupación conveniente, se le asegure los medios necesarios para su subsistencia. A la vez su artículo 157 pone el derecho al trabajo bajo la protección del Estado.

Deben también mencionarse la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusia de 1918, que proclama sólo derechos sociales y las constituciones de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1925 y 1936.

La Constitución chilena de 1925 contiene un catálogo relativamente amplio - para la época - de derechos y libertades, que incluye tanto los de carácter individual, como algunos sociales y económicos. Entre estos últimos cabe destacar el derecho a la salud (“es deber del Estado velar por la salud pública...”), el derecho de asociación, el derecho a la educación (“La educación pública es una atención preferente del Estado”) y la protección del trabajo, la industria y las “obras de previsión social”.

Es interesante también observar que somete al derecho de propiedad individual a ciertas limitaciones a favor de intereses sociales y colectivos.

En el ámbito internacional, en el año 1919 se crea mediante el Tratado de Versalles¹⁵ la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siendo especialmente interesante el preámbulo de su constitución, que contiene, entre otros planteamientos, los siguientes:

- El trabajo no es una mercancía
- La libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante

¹⁴ Otro de los fenómenos del siglo XX – tal vez el más significativo.- es la conquista y consagración de los derechos fundamentales de las mujeres, pero ese tema será tratado en otro apartado

¹⁵ Tratado que puso fin a la primera guerra mundial

- Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen el derecho a perseguir su bienestar y desarrollo espiritual, en condiciones de seguridad económica y en igualdad de oportunidades
- La paz universal permanente solo puede basarse en la justicia social
- Debe lograrse el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y la cooperación de empleadores y trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia de la producción.

De este preámbulo debemos destacar la alusión expresa al derecho de todos los seres humanos a perseguir su bienestar, **sin distinción de sexos**. Es tal vez, la primera declaración solemne en que aparece explicitado el principio de no discriminación por razón de género.

Los principios que inspiran la creación de la OIT constituyen, como lo señalan los profesores Patricio Novoa Y William Thayer en su “Manual de Derecho del Trabajo” la esencia misma de esta nueva rama del derecho.

Más adelante, la Conferencia de OIT, realizada en Ginebra en 1998, declaró como derechos fundamentales en el trabajo los siguientes:

- La libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva
- La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio
- La abolición efectiva del trabajo infantil
- La no discriminación en materia de empleo y ocupación

La internacionalización de los derechos fundamentales relacionados con el derecho al trabajo es un proceso que continúa durante el siglo XX con la incorporación de ellos en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellos los más importantes son La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, por un lado, y de Derechos Económicos, Culturales y Sociales por otro. En el ámbito americano debemos mencionar la Declaración de los Deberes y Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Las declaraciones de derechos humanos del siglo XX surgen como consecuencia tanto de la evolución interna de los estados como de las profundas transformaciones en las relaciones internacionales. En cuanto a estas últimas, la existencia de las dos guerras mundiales da lugar a un proceso de internalización de los derechos humanos, una de cuyas manifestaciones es la aparición de declaraciones tanto de carácter universal como regional.

Estas declaraciones se vinculan a los grandes fenómenos sociales de ese siglo; independencia de las antiguas colonias, surgimiento de las empresas multinacionales como focos de poder supranacional, cambio en el rol tradicional de la mujer, etc.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, proclama los siguientes derechos y libertades en el ámbito del trabajo, que sin duda tienen el carácter de derechos económicos y sociales:

- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de un trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
- Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo.
- Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure a ella, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que sea completada, en caso necesario, por cualesquier otros medios de protección social
- Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses
- Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.¹⁶

En América Latina, a partir de los ochenta, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo un masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento de un constitucionalismo renovado. Las reformas, totales o parciales a las antiguas constituciones se caracterizan básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales, como asimismo, la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos al orden jurídico interno. En este sentido tiene especial importancia el inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental, en cuanto reconoce como límite al ejercicio de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover tales derechos, garantizados en la misma Constitución así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.¹⁷

Los más relevantes de estos tratados son los siguientes:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹⁸
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹
- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes²¹
- Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, según su sigla en inglés)²²
- Convención de los Derechos del Niño²³

¹⁶ Artículos 22, 23 y 24

¹⁷ Este inciso fue modificado en el sentido indicado por la ley de reforma constitucional N°18.825 de 17 de agosto de 1989. Como puede observarse, la citada ley es posterior al plebiscito de 1988, en el que triunfó el “no”

¹⁸ Ratificado por Chile con fecha 05.01.91

¹⁹ Ratificado por Chile con fecha 30.11.76

²⁰ Ratificado por Chile con fecha 27.07.89

²¹ Ratificado por Chile con fecha 26.09.88

²² Ratificado por Chile con fecha 27.10.89

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), reafirma, en su preámbulo su propósito de consolidar en el continente un régimen de libertad personal y justicia social y reitera que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Esta Convención tiene un protocolo adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales, llamado “Protocolo de San Salvador”²⁴, que establece, en su artículo 3° la obligación de no discriminación; en su artículo 6° el derecho al trabajo, incluyendo la oportunidad para obtener los medios necesarios para una vida digna; y en su artículo 7° el derecho a contar con condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, lo que incluye:

- El derecho a una remuneración que asegure, como mínimo, a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias.
- Un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.
- La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, teniendo en cuenta las causas de justa separación
- La limitación razonable de las horas de trabajo
- El derecho a vacaciones pagadas.

Debemos destacar especialmente aquí la mención a la igualdad de salarios frente a trabajos iguales.

La Constitución chilena de 1980 contiene un amplio catálogo de derechos fundamentales, entre los que se encuentran algunos de carácter económico, social y cultural. Entre éstos podemos mencionar el derecho a la protección de la salud, el derecho a la educación y, en lo relacionado con el ámbito laboral, el derecho a la protección al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho de sindicación y el derecho a negociar colectivamente. Es significativa la prohibición de toda discriminación frente al trabajo que no se base en la capacidad o idoneidad personal.²⁵

Por su parte, la ley 17.759, de 5 de octubre de 2001, que introdujo diversas modificaciones al Código del Trabajo, incluyó en el artículo segundo de este cuerpo legal el reconocimiento expreso de 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 y el establecimiento de los actos de discriminación como contrarios a los principios de las leyes laborales, señalando que se entiende en los siguientes términos que se entiende por tales: “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,

²³ Ratificado por Chile con fecha 27.09.90

²⁴ Este Protocolo no ha sido ratificado por Chile

²⁵ Artículo 19 N°16, inciso 3° CPE

ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación”.

3.- LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PRIVADOS O EFICACIA HORIZONTAL DE LOS

3.1 Antecedentes generales

Hasta ahora hemos tratado de los derechos fundamentales como aquéllos que pueden hacerse valer frente al Estado, es decir, frente al poder público. Ciertamente es esta la noción tradicional de derechos fundamentales. Ernst Wolfgang Oockenforde sostiene que “para la teoría liberal de los derechos fundamentales (del estado de derecho burgués), éstos son derechos de libertad del individuo frente al Estado”²⁶.

Durante el siglo XIX y principalmente como consecuencia de la teoría de los derechos públicos subjetivos, cuyo principal exponente es Jellinek, se considera que los sujetos privados poseen un haz de facultades frente al Estado, que constituyen sus derechos fundamentales, y que éste (el Estado) autolimita su poder en función de ellos. Así, tales derechos sólo pueden oponerse frente al Estado, que es por lógica, su único sujeto pasivo²⁷.

La teoría de que estos mismos derechos puedan oponerse a un poder privado, es decir, puedan hacerse valer en las relaciones entre particulares, conocida como “eficacia horizontal de los derechos fundamentales” o *Drittwirkung der Grundrechte*, en alemán (efectos frente a terceros de los derechos fundamentales) es elaborada a mediados del siglo XX en Alemania por Hans Carl Nipperdey.

Esta teoría encuentra su fundamento en el surgimiento y desarrollo de entes privados dotados de un creciente poder, que les da “la capacidad de dirigir realmente la conducta de otros”²⁸ al decir de Otto Kahn, de manera que ya el poder no se concentra en el estado, sino que se encuentra disperso en la sociedad. Entre tales entes ocupan un lugar primordial las grandes empresas, especialmente las multinacionales.

Como lo ha señalado José María Bilbao Ubillos “El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad. No es solo el estado el que ejerce un poder capaz de amenazar los derechos fundamentales, son los mismos sujetos o las organizaciones creadas al amparo del derecho privado, los que también pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades”²⁹.

Para el profesor José Luis Ugarte, en nuestro sistema jurídico los derechos fundamentales tienen plena eficacia en las relaciones entre particulares, incluida la relación laboral

²⁶ Citado en Melis Christian “EN TORNO AL CONTRATO DE TRABAJO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”, Boletín de Julio de 2001 de la Dirección del Trabajo

²⁷ Christian Melis. Op. Cit.

²⁸ Kahn Freun, Otto, TRABAJO Y DERECHO, en Melis, Christian. Op. Cit.

²⁹ Bilbao Ubillos, . José María, ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, BOE/CEPS, en Christian Melis Op. Cit.

sustentada en un contrato de trabajo. Así lo dispone el artículo 6° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, al señalar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (los órganos del Estado) como a toda persona, institución o grupo” lo que significa que los derechos constitucionales son exigibles directamente no solo respecto de los órganos públicos y estatales, sino también respecto de particulares”³⁰.

Como es sabido, tradicionalmente y aún hoy, en el ámbito del derecho privado las relaciones entre particulares y especialmente la contratación, descansa sobre el principio de igualdad de las partes, que permitiría la autonomía de la voluntad de cada uno negociar libremente los contenidos de tales relaciones y asegurar así sus propios intereses.

Desde luego, el funcionamiento de este principio – como es fácil comprender- requiere de una igualdad real entre quienes entablan relaciones jurídicas, es decir de una efectiva paridad en el poder negociador, que ciertamente no queda asegurada por el principio de igualdad formal inspirado en las ideas liberales. En la realidad, esa igualdad no se produce entre los trabajadores, los consumidores y los usuarios y las empresas que los contratan o les suministran bienes y servicios. Los primeros, quedan normalmente sometidos a la omnipotencia de las segundas.

La constatación de esta circunstancia durante el siglo XIX llevó al establecimiento, desde su última década, de protecciones jurídicas mínimas impuestas por el estado en favor de quienes resultan más débiles frente a una contraparte poderosa, que puede imponer sus propias condiciones. Como ello ocurría y ocurre especialmente en el ámbito laboral, estas protecciones se establecieron precisamente en esa esfera, dando origen a una nueva rama del derecho: el derecho del trabajo.

Ahora bien, incuestionablemente algunos de los derechos fundamentales consagrados hoy, tanto a nivel constitucional como en los más importantes tratados sobre derechos humanos, solo pueden ejercerse en el ámbito de la empresa, y son, por tanto, derechos laborales. Estos derechos tienen ya un carácter individual, ya colectivo.

Los primeros son básicamente la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la libre contratación y elección del trabajo con una justa retribución y la no discriminación frente al trabajo (CPE, art 19 N° 16). Los segundos, los derechos de sindicación y de negociación colectiva (CPE art. 19, N°S 19 y 16 inc 4°), que son derechos fundamentales de carácter específicamente laboral.

Pero, además de estos derechos específicos, que constituyen una protección especial a los trabajadores en cuanto tales, éstos deben gozar también, en tanto personas, de los demás derechos fundamentales y ello no solo en su vida personal, sino que también al interior de la empresa.

³⁰ XVII CONGRESO MUNDIAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. INFORME NACIONAL DE CHILE, PUNTO II DERECHO DEL TRABAJO Y DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES. Ugarte, José Luis.

Como ha dicho el jurista español Antonio Baylos “ Cuando el trabajador cruza la puerta de la fábrica se somete a una ley particular, en cuanto en casa de su patrón le son impuestas normas de comportamiento vinculantes respecto de las cuales no puede negarse a riesgo de incurrir en incumplimientos reprochables y eventualmente sancionables”³¹.

Cuando se trata de aquellos derechos fundamentales no estrictamente derivados de la relación laboral, hablamos de los derechos inespecíficos de los trabajadores. Ellos han sido definidos como “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que son, al propio tiempo, son trabajadores”³².

3.2.- Los derechos inespecíficos de los trabajadores al interior de la empresa

Como hemos señalado, nuestra Constitución Política contiene un catálogo de derechos fundamentales, consagrados en su mayoría en su artículo diecinueve, que asegura a todas las personas, entre otros, los siguientes³³:

- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (art 19 N°1)
- La igualdad ante la ley (art. 19 N°2)
- La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (art 19 N°3)
- El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (art 19 N°4)
- La inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada (art 19 N° 5)
- La libertad de conciencia (art 19 N° 6)
- La libertad personal y la seguridad individual (art 19 N°7)
- El derecho a la protección de la salud (art 19 N° 9)
- El derecho a la educación (art 19 N° 10)
- El derecho de reunión (art 19 N°13)
- El derecho de asociación (art 19 N° 15)
- La libertad de trabajo y su protección y la prohibición de toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal (art 19 N°16)
- El derecho a la seguridad social (art 19 N°18)
- El derecho de sindicalización (art. 19 N°19)
- El derecho de propiedad y a la propiedad (art 19, N°s 23 y 24)

Pero, además de los señalados, el artículo primero de la Constitución garantiza la igualdad de las personas o entre las personas, al señalar que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Es claro que esta igualdad tiene un alcance más amplio que la igualdad ante la ley del artículo diecinueve, la cual, como es obvio, solo puede oponerse frente a los órganos del estado. Se ha dicho que la igualdad en su sentido amplio, es básicamente una igualdad de trato y oportunidades. A este derecho se opone precisamente la discriminación.

³¹ Baylos Grau, Antonio “EN TORNO AL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: LA PROHIBICIÓN DE INQUIRIR SOBRE LA IDEOLOGÍA, CREENCIAS Y VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR.” En Lecciones de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1980.

³² Palomeque López “LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA”

³³ La enumeración que hace el artículo 19 tiene un carácter no taxativo.

En la empresa, habida consideración de la relación de subordinación – dominación existente entre trabajadores y empleadores, varios de los derechos enumerados pueden ser fácilmente objeto de vulneración. Así, decisiones o conductas de los empleadores o sus representantes pueden afectar seriamente la intimidad y la vida privada del trabajador, su libertad de conciencia y de expresión, su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, a la integridad psíquica y a la honra y, especialmente, su derecho a la igualdad y a no ser discriminado³⁴.

Es pues, en el ámbito de la empresa privada donde adquiere mayor importancia la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en conformidad a la cual éstos pueden hacerse valer frente al poder empresarial.

4.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES

4.1 La situación histórica de las mujeres frente a los derechos fundamentales

³⁴ Cabe señalar que este derecho, por estar formulado expresamente en nuestra Constitución Política en el numerando 16 del artículo 19, referido a la libertad de trabajo y su protección, no puede ser considerado propiamente inespecífico.

No obstante el carácter universal que se les supone a los derechos fundamentales, por emanar de la naturaleza y dignidad humanas, en su formulación original se priva de algunos de ellos a la mitad de la humanidad constituida por las mujeres. Estas se ven excluidas absolutamente de los derechos políticos y tienen muy mermado el de igualdad ante la ley, sobre todo en el ámbito de la regulación familiar, en la que ocupan un papel de subordinación total frente al marido. En muchas ocasiones, además, tienen restringido el acceso a la propiedad privándolas, por ejemplo, del derecho a recibir herencias. Esta situación persistirá, por lo demás, durante largo tiempo.

Ni la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos ni la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano privan explícitamente a las mujeres de parte de los derechos fundamentales. Se limitan a utilizar la palabra “hombres” al consagrarlos, pero, aparece como una verdad evidente que derechos como la ciudadanía pertenecen solo al sexo masculino.

Desde un principio, sin embargo, surgen algunas voces que, sin mayores resultados - es preciso destacarlo- cuestionan esta situación. Así, Condorcet, uno de los pensadores ilustrados que elaboró el programa ideológico de la revolución francesa, comparó la condición social de las mujeres de su época con la de los esclavos y sostuvo que se había violado la igualdad de derechos “al privar, con tanta irreflexión, a la mitad del género humano del derecho de concurrir a la formación de las leyes, excluyendo a las mujeres de la ciudadanía”³⁵.

Asimismo, la activista revolucionaria Olimpia de Gouges publicó en 1791 una “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana”, pero sus planteamientos no fueron compartidos por los varones que dirigían la revolución, incluso los más radicales de ellos. Olimpia fue encarcelada y ejecutada, simbolizando el fracaso de las reclamaciones feministas.

En Inglaterra, por su parte, en 1792 Mary Wollstoncraft publicó su obra “Reivindicación de los Derechos de la Mujer”, que proponía cambiar la idea de que ésta sólo existe para el placer de los hombres y solicitaba que recibiera el mismo tratamiento del hombre en la educación, trabajo y derechos políticos, y que fuera juzgada por los mismos patrones morales que aquéllos.

Durante el siglo XIX las mujeres siguen privadas del derecho a sufragio y con sus derechos civiles bastante restringidos. Así, y sobre la base de lo establecido por el Código de Napoleón, que inspiró los de numerosos países de Europa y América, entre ellos el nuestro de 1855, permanecen en una situación de absoluta subordinación frente al marido y con un acceso restringido al derecho de propiedad y el ejercicio de los atributos del dominio³⁶.

³⁵ Condorcet, Jean Antoine Nicolas, marquis de “ESSAI SUR L ADMISSION DES FEMES AU DROIT DE CITÉ” 1790. En Duhet, Paule Marie “LAS MUJERES Y LA REVOLUCIÓN”, Barcelona, 1974, Ed.

Península

³⁶ En este sentido, el único régimen patrimonial del matrimonio existente es la sociedad conyugal, que priva a la mujer de la administración de sus bienes y la considera incapaz jurídicamente.

Si bien las luchas de las mujeres por la reivindicación de sus derechos se centran principalmente en la consecución del derecho al sufragio, también hay preocupación por su situación en el ámbito laboral. La revolución industrial incorpora a las mujeres pobres al mundo de la producción, creándose una importante fuerza de trabajo femenina que soporta, en general, condiciones aún más duras que las de los obreros de sexo masculino. Así, por ejemplo, se paga sistemáticamente menores remuneraciones a las mujeres que a los hombres, cosa que por lo demás, subsiste aunque más atenuadamente, hasta nuestros días.

Cabe mencionar al respecto la figura de la feminista Flora Tristán³⁷, quien hacia mediados del siglo XIX, en Francia, unía las reivindicaciones de las mujeres y los obreros, planteando que “siempre existe alguien más explotado que el obrero; su esposa.”

En 1857 se produjo la primera manifestación masiva de mujeres trabajadoras, cuando las obreras de la industria textil y de la confección marcharon por las calles de Nueva York exigiendo el derecho al trabajo y mejores condiciones laborales.

Casi diez años después, en 1866, el Primer Congreso de la Asociación Internacional de Trabajadores aprobó una resolución relativa al trabajo profesional de la mujer, la que representó el primer reconocimiento por parte de las organizaciones de trabajadores del derecho de las mujeres a participar en el trabajo remunerado y la primera manifestación de preocupación por la situación femenina en ese ámbito.

A fines del siglo XIX se dictan en algunos países normas protectoras de la mujer trabajadora, como la prohibición del trabajo nocturno. En ello podemos encontrar el origen de la ecuación aún no resuelta, según nuestro parecer, entre protección de la maternidad y no discriminación.

Pero, no será hasta bien avanzado el siglo XX cuando sea reconocida - al menos a nivel de declaraciones e instrumentos jurídicos vinculantes- la plena igualdad de derechos de las mujeres.

Fue hacia 1935 que se empezó a examinar seriamente los aspectos civiles y políticos de la condición de la mujer y se impulsó un minucioso estudio sobre el status femenino en distintos países, proceso que se interrumpe a raíz del estallido de la segunda guerra mundial. Al término de ésta, sin embargo, la causa de los derechos humanos volvió a ser preocupación mundial y en 1948 las Naciones Unidas aprueban la Declaración Universal de los Derechos Humanos, primera que contiene una declaración explícita del principio de igualdad entre los sexos. Así, su considerando quinto se refiere a la “reafirmación de la fe de los pueblos de las Naciones Unidas en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” y su artículo 2° N°1 dispone que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamadas 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 cualquiera otra condición”.

³⁷ 1803 - 1844

Este reconocimiento sólo se logró gracias a una ardua lucha de cuatro mujeres que, como delegadas plenipotenciarias de sus respectivos países, firmaron la Carta de las Naciones Unidas. Fueron también ellas quienes lograron modificar el título original de la Declaración, “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” por el definitivo: “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Vale la pena recordar aquí los nombres de estas mujeres. Ellas fueron la dominicana Minerva Bernardino, la brasilera Bertha Lutz, Virginia Gilderlives de Estados Unidos y Wu Yi-Tang, de China³⁸.

Ellas y otro grupo de mujeres al interior de Naciones Unidas lograron constituir en 1953 la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, uno de cuyos primeros logros fue consagrar los derechos políticos de las mujeres. Más tarde, en el marco de la Década de la Mujer de la ONU (1975-1985), en el año 1979 se aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Ella significó el reconocimiento internacional de que “las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones” y que estas discriminaciones “violando el principio de igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana (...) dificultan la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, social, económica y cultural”³⁹.

En el ámbito que constituye el tópico de este trabajo, es decir, los derechos fundamentales al interior de la empresa enfocados principalmente desde el punto de vista de la mujer, deben destacarse las siguientes disposiciones de la Convención:

1.- Artículo 2° Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados, y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.

2.- Artículo 11.-

1.- Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo, como derecho inalienable de todo ser humano.
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico.

³⁸ disponible en www.Rolac.unep.m/x

³⁹ Preámbulo de la Convención, considerando 3°

- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo.
- e) E) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función reproductiva.

2.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir bajo pena de sanciones el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables, sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

En América Latina, el tema de la condición jurídica y política de las mujeres fue materia de debate en algunos países, entre ellos Chile, desde las primeras décadas del siglo XX. Este debate fue impulsado por organizaciones feministas que luchaban principalmente por la obtención del sufragio, el acceso de las mujeres a una educación igualitaria y a recibir igual salario por igual trabajo. En 1923, a raíz de la Quinta Conferencia Panamericana realizada en Santiago de Chile, se acuerda que en todo programa de este organismo se trabaje para abolir aquellas leyes y decretos contrarios a los derechos de las mujeres.

En el año 1928 se crea la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), primer organismo de carácter intergubernamental en el mundo, fundado expresamente para luchar por los derechos civiles y políticos de la mujer. Desde el momento de su creación la CIM ha sido utilizada como foro internacional, donde los Estados miembros de la Unión Panamericana y más tarde de la OEA, han podido debatir los temas de la mujer. En el seno de esta Comisión se han preparado y promocionado diversas convenciones internacionales que reconocen los derechos de la mujer y establecen normas con las cuales se pueden comparar -y eventualmente cambiar- las disposiciones de las legislaciones nacionales. Entre ellas las más importantes son la Convención Interamericana sobre la Concesión de los derechos Civiles a la Mujer (Bogotá, 1948) y la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (Bogotá, 1948)⁴⁰.

⁴⁰ Disponible en www.oas.org/cim/defaults.htm

La acción de la CIM ha continuado hasta nuestros días. Es así como en el año 2000 se aprobó y publicó en Washington el Programa Interamericano sobre la Promoción de los Derechos Humanos de la Mujer y la Equidad e Igualdad de Género,⁴¹ entre cuyos objetivos generales podemos destacar el de alentar a los estados miembros de la OEA a formular políticas públicas, estrategias y propuestas dirigidas a promover los derechos humanos de la mujer y la igualdad de género en todas las esferas de la vida pública y privada. Entre los objetivos específicos del mismo Programa cabe mencionar aquí la promoción del acceso pleno e igualitario de la mujer al trabajo y a los recursos productivos.

Como puede observarse, este Programa utiliza la expresión “igualdad de género”. El término “género”, acuñado en la década de los 70 por los movimientos feministas, puede definirse como una construcción cultural, social e histórica que, sobre la base biológica del sexo, determina valorativamente lo masculino y lo femenino en la sociedad. La igualdad de género, por su parte, significa que la mujer y el hombre disfruten de la misma situación y tengan iguales condiciones para la plena realización de sus derechos humanos y su potencial de contribuir al desarrollo político económico, social y cultural y de beneficiarse de sus resultados.

4.2 El desarrollo de los Derechos Fundamentales de las mujeres en Chile

Durante la primera mitad del siglo XX se produce en Chile un proceso que ha sido llamado de “emancipación femenina”, sobre la base del progresivo ingreso de la mujer al mundo del trabajo, y de la cultura y a una participación cada vez más activa en política. Se busca superar el rol tradicional de la mujer, en el hogar y bajo la potestad jurídica del marido.

Pero ya desde las últimas décadas del siglo XIX existieron en Chile incipientes movimientos de mujeres, centrados principalmente en la obtención del derecho al sufragio y a la educación. Un episodio curioso en este sentido ocurrió cuando un grupo de mujeres de San Felipe votó en las elecciones presidenciales de 1876, lo que provocó reclamos de los sectores conservadores. Ante ellos se concluyó que las mujeres podían votar, porque la Constitución de 1833 y la ley electoral de 1874 no prohibían el voto femenino, de manera que tales votos se declararon válidos.

Sin embargo, esta conquista fue de corta duración. En 1884 una reforma constitucional estableció expresamente que sólo podían votar los hombres. De todos modos, este constituye el primer antecedente mundial de ejercicio del derecho a voto de las mujeres, cuando en Europa recién despuntaba el movimiento sufragista.

En el ámbito de la educación un hito importante lo constituye un decreto de 1877 que otorgó a las mujeres el derecho a ingresar a la universidad⁴².

Por su parte, desde los primeros años del siglo XX se crean organizaciones de obreras, entre las que podemos mencionar a la Federación Cosmopolita de Obreras en Resistencia, en 1903, y las Uniones y Sociedades de distintos gremios de mujeres trabajadoras, como

⁴¹ Disponible en www.metabase.net/docs/ilanud/oo518.html

⁴² En 1893 se titularon de médicos Eloísa Díaz y Ernestina Pérez, las primeras en Chile e Hispanoamérica.

las tejedoras, sombrereras y costureras, creadas en 1906. Pocos años después las conferencias dictadas en el país por Belén de Zárraga⁴³, ejercieron una influencia decisiva para elevar la conciencia de género de las mujeres asalariadas, creándose en la zona salitrera numerosos centros femeninos.

En el ámbito sindical, el gran dirigente Luis Emilio Recabarren se anticipó a su época al abogar por la emancipación de la mujer, reconociendo que ésta era más oprimida que el hombre trabajador y sosteniendo que “ha sido y es aún considerada y tratada como un ser inferior (...), tiene que aspirar a ser en la sociedad un miembro investido de iguales derechos que el hombre”⁴⁴.

Siempre en el ámbito obrero, en 1917 se crea el Consejo Federal Femenino, que se integra a la FOCH (Federación Obrera de Chile), primera central sindical chilena.

De 1917 data también la primera norma de protección de la maternidad en el empleo. Se trata de la ley 3.186, publicada el 13 de enero de ese año, que obligó al mantenimiento de una sala cuna en los talleres, fábricas y establecimientos industriales que ocuparan cincuenta o más mujeres mayores de 18 años. En estas salas cunas podían permanecer los hijos de las obreras en las horas de trabajo durante el primer año de edad, disponiendo las madres de una hora diaria para atenderlos, con goce de remuneración.

Más adelante, el Código de 1931 contempló un amplio catálogo de derechos relacionados con la maternidad de las trabajadoras, entre los que se cuentan los descansos pre y postnatal con pago de un subsidio en dinero, la prohibición de despedir sin justa causa a las embarazadas, el beneficio de sala cuna (aunque éste solo se estableció a favor de las obreras) y otros.

En cuanto a la lucha por alcanzar los derechos políticos, en 1917 la fracción más joven del Partido Conservador presenta al Congreso el primer proyecto de ley para dar tales derechos a las mujeres. Tras esta acción puede adivinarse el cálculo de que las mujeres, poco informadas y más temerosas, votarían principalmente por el conservadurismo. Más adelante, en 1922 se crea el Partido Cívico Femenino (PCF), formado por radicales laicas o de un catolicismo moderado. El PCF plantea el voto femenino subordinado a la educación cívica, pues considera que la mujer debe contar con suficientes elementos para decidir su voto.

Nuevos proyectos de voto femenino se presentan en 1922 por la Juventud Católica Femenina y en 1925 por el Partido Demócrata Femenino, creado el año anterior. Finalmente, y tras nuevas acciones de diversos grupos de mujeres, en 1934 se dicta la ley 5.357 que otorga a la mujer el derecho a elegir y ser elegida en las elecciones municipales⁴⁵. En 1941 el Presidente Pedro Aguirre Cerda presenta un proyecto de ley electoral redactado por Elena Caffarena y Flor Heredia que otorgaba el voto a la mujer, el

⁴³ Belén de Zárraga fue una española feminista, anarquista, librepensadora y anticlerical que visitó Chile en 1913, ofreciendo conferencias en Santiago, Valparaíso, Antofagasta e Iquique. www.critica.cl

⁴⁴ disponible en www.mazinger.sisib.uchile.cl

⁴⁵ Esta ley se dictó durante el segundo gobierno de Arturo Alessandri Rodríguez.

que sin embargo no prosperó. Finalmente, en 1945, se presenta un nuevo proyecto con la firma de senadores de todas las tendencias, el que fue aprobado y promulgado por el presidente Gabriel González Videla en enero de 1949, tras cuatro años de discusiones y diversas acciones de mujeres organizadas, unidas primero en el Comité Unido Pro Voto Femenino y más tarde en el Comando Unido Nacional Pro Voto Femenino. En 1952 las mujeres participan por primera vez en una elección presidencial.

En 1950 la radical Inés Enríquez había sido elegida diputada por Concepción, convirtiéndose en la primera parlamentaria chilena.

Hemos estimado relevante exponer con cierto detalle la lucha por la consecución de los derechos políticos para la mujer, pues si bien ello no está directamente relacionado con la materia de este estudio, sin duda el ejercicio de estos derechos ha permitido el avance de la situación de la mujer en todos los ámbitos, incluidos el del empleo femenino.

Con todo, aún en 1980 la plena igualdad no está absolutamente consagrada jurídicamente. Así, el artículo 1° de la Constitución Política de ese año, señalaba “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Si bien siempre se entendió que la expresión “hombres” comprendía también a las mujeres, como ocurre habitualmente en el lenguaje corriente, no lo es menos que una declaración tan importante como ésta - forma parte de las Bases de la Institucionalidad- en un contexto de discriminación histórica hacia las mujeres, debía dejar sentada de manera explícita la igualdad en dignidad y derechos de las mujeres, pues el lenguaje es relevante en las conductas y en la transmisión de valores, coadyuvando, de alguna manera, al cambio social.

Sólo en 1999, se modificó este artículo, dándosele su texto actual, el que señala “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Ello ocurrió a través de la ley de reforma constitucional N° 19.611, promulgada durante la presidencia de Eduardo Frei Ruiz Tagle.

5.- VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN Y ANTE LA EMPRESA

Como es natural, todos los derechos fundamentales que pueden ser objeto de vulneración en la empresa o en un sentido más amplio, en el ámbito laboral, pueden ser turbados, menoscabados o violados en el caso específico de las mujeres trabajadoras, pero sin duda son dos los derechos que resultan más afectados. En primer lugar la no discriminación y, en segundo, el derecho a la intimidad.

Nos referiremos entonces a estos dos derechos en particular, pero especialmente al de no discriminación, que es el más frecuente y ampliamente vulnerado.

5.1 La no discriminación frente al empleo

El derecho a la no discriminación frente al empleo está consagrado, como hemos dicho, en el artículo 19 N° 16, inciso 3° de la Constitución Política del Estado y en numerosos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En este ámbito es especialmente importante la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyos artículo 2° y 11 hemos citado ya. Pero, además, Chile ha ratificado otras convenciones que garantizan este derecho. Así, el artículo 7°, letra a) punto i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el derecho a “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”⁴⁶.

Discriminar significa, en principio, diferenciar, distinguir, separar una cosa de otra. La discriminación es una situación en la que una persona o grupo es tratado de manera desfavorable, generalmente por pertenecer a una categoría social distinta.

En derecho, el término hace referencia al trato de inferioridad dado a una persona o grupo de personas por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de filiación o ideológicos, entre otros.

Así, en Chile existió hasta hace pocos años un trato discriminatorio directo en contra de los hijos nacidos fuera del matrimonio, al conferirles la ley menos derechos que a los hijos legítimos y al restringir de manera extrema la investigación de la paternidad⁴⁷.

En el ámbito que nos ocupa, es decir la ciudadanía al interior de la empresa, hay discriminación directa, cuando ante trabajos iguales, se paga a las mujeres salarios menores que a los hombres.

Como lo señala el profesor Claudio Palavecino, en una primera etapa la prohibición de discriminación aparece vinculada al principio de igualdad, entendido a su vez como un

⁴⁶ Este Pacto fue promulgado por Decreto 326 de 28 de Abril de 1989 y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989 del mismo año.

⁴⁷ Esta situación sólo fue subsanada en el año 1999, cuando entró en vigencia la ley 19.585, que consagró la igualdad jurídica para todos los hijos y estableció un sistema amplio de investigación de la paternidad

medio de defensa de otros derechos fundamentales, por ejemplo, la igualdad ante la ley. Pero esta noción formal de la discriminación ha dado paso a otra de carácter material, recogida en los textos internacionales y constitucionales más recientes, en virtud de la cual la discriminación no es un simple problema de desigualdad, sino que alude a una situación de marginación social de ciertos grupos, en que lo importante no es la motivación, sino el resultado perjudicial para los sujetos víctimas de ella⁴⁸.

Por exclusión social se entiende el proceso social de separación de un individuo o grupo, respecto de las posibilidades laborales, económicas y/o culturales a las que otros sí tienen acceso y disfrutan.

Pero debemos considerar que también existe exclusión social cuando se dificulta o limita el acceso de ciertos grupos a los beneficios del desarrollo; a trabajos formales, vivienda digna, servicios de salud, educación de calidad, sistema de justicia, etc. Existe exclusión social, en resumen, cuando no hay igualdad de oportunidades en el acceso a dichos bienes.

Así, podemos considerar que hay exclusión social respecto del empleo de las mujeres cuando no existe un sistema lo suficientemente amplio de cuidado de los niños, que se encuentre al alcance de los sectores más pobres.

La exclusión social resulta de un conjunto complejo de prácticas sociales, económicas y culturales, que sólo pueden superarse a través del diseño e implementación de políticas específicas dirigidas a ese fin.

En Chile, un ejemplo de este tipo de políticas, destinada a superar la exclusión social por género, fue la creación por ley del Servicio Nacional de la Mujer, como servicio público de alto rango, cuyo director (a) tiene rango de Ministro (a) de Estado, durante el Gobierno del Presidente Patricio Aylwin.

La idea de la exclusión social como una forma de discriminación amplía considerablemente el abanico de conductas que pueden considerarse discriminatorias. Así por ejemplo, si se organiza la sociedad de modo que los cargos de responsabilidad sean ocupados primordialmente por varones, estamos frente a una discriminación por género, pues si bien no hay desigualdad explícita, sí existe marginación social.

En el caso de las mujeres, se ha constatado que ellas experimentan formas diferentes y acumulativas de exclusión en el mercado de trabajo. Su tasa de participación es más baja, tienen tasas más altas de desocupación y menor acceso a empleos de calidad y a la seguridad social.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su preámbulo, hace hincapié en el aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad; en la importancia social de la maternidad y en que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de

⁴⁸ Informe Nacional de Chile citado. Acápite sobre los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador. Claudio Palavecino

los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.

El artículo primero de la misma Convención define la discriminación contra ésta 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, cultural y civil o en cualquier otra esfera”⁴⁹.

En la esfera del empleo, su artículo 11 impone a los Estados Partes la adopción de “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos”.

Entre éstos señala particularmente cinco, de los cuales algunos tienen un carácter explícitamente laboral, a saber:

- 1) El derecho al trabajo, como derecho inalienable de todo ser humano.
- 2) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.
- 3) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato respecto a la evaluación de la calidad del trabajo⁵⁰.

Nuestro Código del Trabajo, desarrollando y consagrando a nivel legal el derecho constitucional de no discriminación frente al trabajo del artículo 19 N°16 de la Carta Fundamental, señala en su actual artículo 2°, incisos 2 y 3°, lo siguiente:

“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 u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Más adelante, en el inciso 5° del mismo artículo, dispone que: “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 tercero”⁵¹.

En el ámbito laboral las conductas discriminatorias pueden manifestarse en distintas secuencias de la relación laboral e incluso antes de su inicio o una vez terminado el contrato

⁴⁹ CETFDCM, art 1°

⁵⁰ Ibid

⁵¹ El texto actual de estos incisos fue introducido por la ley 19,759, publicada en el Diario Oficial con fecha 15.10.2001 y vigente a partir de 01.12.2001.

de trabajo. En este sentido, es muy relevante la norma antes transcrita del inciso 5° del artículo 2° del Código del Trabajo, en cuanto establece expresamente que los actos discriminatorios pueden producirse con motivo de las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador.

Esta situación ha afectado especialmente a las mujeres, en cuanto ha sido una práctica habitual de los empleadores exigir un examen de no embarazo a la postulante a algún empleo.

En este sentido, la Dirección del Trabajo, en uso de sus facultades legales, ha dictaminado que “en el contrato de trabajo no puede incluirse una cláusula que condicione la contratación de mujeres al evento que no estén embarazadas”⁵².

Cabe agregar que esta práctica, además de resultar discriminatoria, atenta en contra el derecho a la intimidad, al que nos referiremos luego.

A nuestro juicio los principales ámbitos y formas en que se expresa la discriminación por género en el empleo son las siguientes:

- 1) En el acceso al empleo
- 2) En la calidad de los empleos
- 3) En la desigualdad de remuneraciones

No puede desconocerse que en los últimos 15 o 20 años se ha producido un ingreso masivo de las mujeres al campo laboral. En Chile, durante la década de los noventa, se mantuvo un aumento constante de la participación de la mujer en el mercado de trabajo, que subió de 31% en 1990 a 38% en 1998. Pero también se expandió en el mismo período la tasa de desempleo femenina, el incremento de la informalidad y los empleos de baja calidad para las mujeres.

Puede también observarse que las mujeres más pobres son las que enfrentan mayores obstáculos para insertarse en el mercado de trabajo, lo que podemos atribuir a dos factores: su bajo nivel de calificación y la falta de servicios de cuidado infantil. De esta manera, en Chile, la tasa de participación de estas mujeres fue en 1990 de solo el 21%, subiendo a 1998, al 27%. Esta baja participación, como es fácil comprender tiende a reproducir la pobreza.

En cuanto a la brecha entre los ingresos de hombres y mujeres a nivel país, ésta disminuyó en Chile en un 6% entre los años 1990 y 1998, pero aún en ese último año los ingresos femeninos equivalieron al 67% de los masculinos.

Parte de este problema deriva de que las mujeres se insertan mayoritariamente en ramas de actividad en que las remuneraciones han sido tradicionalmente menores y que, en general, presentan menos “prestigio social”. La actividad femenina se concentra especialmente en el sector servicios y dentro de éste, en la rama Servicios Comunales, Sociales y Personales,

⁵² Dictamen N°6.894 de 10.09.87

que abarca el 46.1% de mujeres ocupadas en el año 2000. Es bien sabido que en muchos casos las mujeres tienden ellas mismas a elegir profesiones u oficios que en cierto modo reproducen su rol tradicional, desempeñándose como profesoras, enfermeras, secretarias, parvularias, asistentes sociales etc. Pero es también innegable que en muchos otros casos no logran acceder a otros empleos mejor remunerados.

La Organización Internacional del Trabajo se ha ocupado desde sus inicios del tema de la discriminación de la mujer frente al empleo. El principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor se consagró ya en la constitución de OIT en 1919. Tres decenios más tarde, en 1951, el Convenio N°100 afirmó la importancia de la igualdad entre hombres y mujeres en materia de remuneración, que comprende “el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo y cualquier otro emolumento en dinero o en especie”.

Tiene especial importancia que en este Convenio N° 100⁵³ se garantice la igualdad de remuneración por un “trabajo de igual valor” y no solo por un trabajo igual, toda vez que la mayoría de las mujeres realiza trabajos diferentes de los que desempeña la mayoría de los hombres. Este principio fue adoptado también, más adelante por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

La Organización Internacional del Trabajo también promovió la igualdad entre hombres y mujeres mediante la adopción de una declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras y a través de una resolución relativa a la implementación de un plan de acción con miras a promover la igualdad de oportunidades y de trato para las mujeres trabajadoras, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1975.

También es relevante citar el Convenio N°156 de 1981⁵⁴, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, en el que se abordan los problemas que afectan a estos trabajadores, y en especial a las mujeres, en el mercado de trabajo.

5.2.- El derecho a la intimidad en la empresa

El sistema jurídico chileno reconoce mediante una cláusula expresa y general el derecho a la intimidad del trabajador, en cuanto persona, a través del artículo 19 N°4, inciso 1° de la Constitución Política del Estado que dispone que “la Constitución asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”. Esta disposición constitucional es complementada por el artículo 5° del Código del Trabajo, el que señala que “El ejercicio de las facultades que la ley 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”.

En el caso de las mujeres el derecho a la intimidad puede ser especialmente violado a través de agresiones de naturaleza sexual, específicamente a través del llamado “acoso sexual”.

⁵³ Ratificado por Chile con fecha 20.09.1971

⁵⁴ Ratificado por Chile con fecha 14.10.1984

Este se ha definido en los siguientes términos: “Comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada, que incide negativamente en su situación laboral, provocándole un perjuicio”⁵⁵.

La Organización Internacional del Trabajo estima que el acoso sexual en el lugar de trabajo consiste en una acción de orden sexual indeseada, a cuya aceptación se subordina de manera implícita o explícita la adopción de decisiones favorables que afectan al propio empleo o cuyo rechazo provoca consecuencias desfavorables y que constituye una forma específica de violencia que afecta, principal, aunque no exclusivamente a las mujeres.

La OIT estima que “puede revestir la forma de demostraciones de poder, intimidación o malos tratos por parte de un supervisor o de colegas; que es un instrumento de control al que las mujeres son más vulnerables por su condición en el empleo; y que el hecho de que persista la segregación de las mujeres en empleos precarios, mal retribuidos y de baja categoría, mientras los varones siguen predominando en los puestos mejor remunerados, de mando y de supervisión, no hace sino agravar el problema”⁵⁶.

La misma OIT, en su Conferencia Internacional del Trabajo del año 1985, reconoció que “el acoso sexual en el lugar de trabajo es perjudicial para el bienestar y la productividad de los trabajadores, así como para sus perspectivas de empleo y promoción” y pidió la inclusión en las políticas nacionales en pro de la igualdad de género de medidas para luchar contra tal acoso e impedirlo. Tales medidas debieran, en concepto de la Conferencia, incluir una declaración política; un procedimiento de queja que permita mantener la confidencialidad; medidas disciplinarias progresivas; y una estrategia de formación y comunicación. Se considera indispensable que el procedimiento de queja incluya una protección contra posibles represalias, para ser eficaz.

En nuestro país, la protección jurisdiccional contra el acoso sexual es sumamente débil, en cuanto implica acudir a la figura del despido indirecto para obtener alguna indemnización por el daño sufrido. Dicha figura presenta los graves problemas que se explican en el capítulo final de este trabajo.

Sin embargo, se encuentra en tramitación legislativa un proyecto de ley que sanciona el acoso sexual, ingresado a la Cámara de Diputados en el año 1994 por iniciativa de un grupo de diputados. Más adelante, en 1995, el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva preparada por el Servicio Nacional de la Mujer y el Ministerio del Trabajo, la que se encuentra en actual discusión.

Básicamente esta iniciativa incorpora una definición de acoso sexual laboral tanto en el Código del Trabajo, como en el estatuto Administrativo, señalando que es “un requerimiento unilateral, por cualquier medio, de carácter sexual, no deseado por la persona y que le produzca perjuicio o amenaza a sus oportunidades de empleo, en su situación o normal desenvolvimiento laboral”; establece que el acoso sexual constituye una forma especial de discriminación y que, por tanto, es contrario a los principios de las leyes

⁵⁵ Orden de Servicio N°8 de 3 de julio de 1997 de la Dirección del Trabajo

⁵⁶ La Hora de la Igualdad en el Trabajo. Documento OIT, disponible en www.ilo.org/public/espanish

laborales; obliga a incorporar en el reglamento Interno de la empresa normas para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores y un procedimiento para hacer llegar el reclamo por acoso a la dirección de la empresa; incorpora el acoso sexual como una causal específica de terminación del contrato de trabajo, con derecho a solicitar las indemnizaciones que correspondan, incluido el daño moral.

Es significativo destacar que este proyecto, que actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional, lleva nada menos que once años de tramitación legislativa y no tiene urgencia para su despacho.

6.- LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN CHILE

Desde la década de los sesenta, los Estados comenzaron a dictar normas destinadas a garantizar efectivamente los derechos fundamentales en la relación laboral. Así, en Estados Unidos, la ley sobre derechos civiles de 1964 prohíbe la discriminación laboral por diversas razones. En Italia, en 1970 se dictó el “Estatuto dei Laboratori” y en España, en 1980, el “Estatuto de los Trabajadores”.

En Chile, como ya hemos señalado, aparte del reconocimiento constitucional, el artículo 2° del Código del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito laboral y el 194 prohíbe específicamente la discriminación de la mujer por razones de embarazo. Por su parte, el artículo 5°, haciéndose cargo de la tensión que puede existir entre la facultad de organización de su proceso productivo que corresponde al empleador y los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores, señala que “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores”,⁵⁷.

Pero, más allá de estos reconocimientos expresos que hace la legislación sustantiva, es preciso que exista una tutela efectiva de los derechos fundamentales del trabajador, por la vía de mecanismos de protección procesal de tales derechos⁵⁸.

El artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece en su artículo 25 el derecho de toda persona “a un recurso sencillo y

⁵⁷ Norma incorporada al Código del Trabajo por la ley 19.759 de 2001

⁵⁸ El tema ha sido tratado por el profesor José Luis Ugarte, en un artículo denominado “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA RELACIÓN LABORAL: EL LARGO CAMINO A LOS TRIBUNALES” y, con mayor profundidad, en “INTERPRETACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EMPRESA” de Lizama y Ugarte.

rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Cabe recordar, que este Pacto es un instrumento jurídico vinculante para nuestro país, constituyendo los derechos que él garantiza una limitación a la soberanía, en los términos del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución de 1980, a que ya nos hemos referido.

Así pues, establecer este tipo de recurso judicial es una obligación jurídica que el Estado de Chile asumió al ratificar dicho pacto.

En términos generales, nuestro país cumple con esta obligación, en cuanto la Constitución contempla dos acciones o recursos sencillos y expeditos, para la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Se trata de los recursos de amparo y protección.

El primero de ellos es el recurso de amparo, contemplado en el artículo 21 de la Carta Fundamental, que protege específicamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual contra cualquier privación, perturbación o amenaza ilegal.

El segundo, denominado recurso de protección y establecido en el artículo 20 de la misma Carta, tiene un alcance más amplio, pero que, sin embargo, no alcanza a todos los derechos constitucionales. En efecto, varios de ellos se encuentran expresamente excluidos de esta protección, entre los que podemos nombrar el derecho a la defensa jurídica, el derecho a la educación y, en lo referente al tópico del presente estudio, el derecho a la no discriminación frente al trabajo, que no se base en la capacidad o idoneidad personal.

Como señala el profesor José Luis Ugarte⁵⁹, la acción o recurso de protección se ha mostrado, en la práctica, inútil para la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral, entre otras razones porque para su eficacia real se requiere la declaración de nulidad de los actos lesivos (por ejemplo un despido) y/o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que sólo puede lograrse a través de un proceso judicial complementario a la señalada acción.

Lo anteriormente expuesto hace, a nuestro juicio, dudoso considerar que Chile haya dado cabal cumplimiento a la obligación que le impone el artículo 25 del pacto de San José de Costa Rica, al menos en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral.

Cuando se trata de la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores no susceptibles de protección a través de la señalada acción constitucional, hay que distinguir entre aquéllos de carácter específico, es decir, libertad sindical y negociación colectiva y aquéllos inespecíficos. Respecto de los primeros, el Código del Trabajo contempla, en sus artículos 292 y 389⁶⁰ un procedimiento sencillo y concentrado – al menos en la intención

⁵⁹ En Informe Nacional de Chile, presentado en las Jornadas de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile en septiembre de 2002

⁶⁰ Cuyo texto actual fue introducido por la ley 19.759 de 2001

del legislador – para su protección, que se tramita ante los tribunales competentes en materias de trabajo. Tratándose de los demás derechos fundamentales, aquéllos que hemos denominado inespecíficos, especialmente la no discriminación, sólo caben los procedimientos laborales ordinarios, aparte claro está, de las sanciones administrativas que pueden aplicar las Inspecciones del Trabajo.

El artículo 171 del Código del Trabajo establece que si el empleador incurre en ciertas conductas indebidas en su relación con el trabajador, que la misma ley señala, o incumple gravemente las obligaciones que impone el contrato de trabajo -actitudes que pueden importar violación de derechos fundamentales de éstos- el trabajador puede ponerle término a dicho contrato, solicitando el pago de desahucio e indemnización por años de servicios, lo que debe hacer precisamente a través de un juicio ordinario del trabajo. Este mecanismo de protección presenta, sin embargo, y como es fácil advertirlo, una grave falencia consistente en que el trabajador (a) pierde su empleo al ejercerlo y el derecho a la indemnización - que busca compensar esa pérdida- sólo existe en la medida en que dicho trabajador (a) cumpla con los requisitos para ello, es decir tener una antigüedad de un año o más en la empresa. Al respecto debemos recordar que actualmente en nuestro país el empleo presenta un bajo índice de estabilidad.

Un problema adicional en el ejercicio de la acción de despido indirecto es de la prueba de la o las conductas violatorias de derechos fundamentales, que en ocasiones pueden ser extremadamente difícil e incluso, imposible para el trabajador.

En lo que dice relación específica con la protección de los derechos fundamentales de las mujeres trabajadoras, es preciso señalar que hasta ahora Chile no ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Este instrumento internacional establece un procedimiento de reclamo ante el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, que puede ser interpuesto por personas individuales o por grupos de personas que hayan sido objeto de violación de cualquiera de los derechos que establece la Convención. El reclamo puede interponerse solamente cuando se han agotado los recursos jurisdiccionales existentes en el país de la víctima y, de ser acogido, obliga al estado correspondiente a presentar al Comité explicaciones sobre la situación y a indicar las medidas correctivas adoptadas, pudiendo dicho Comité hacer las recomendaciones que estime pertinentes.

Así pues, el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la relación laboral resulta, en su conjunto, claramente insuficiente. Cabe destacar, eso sí, que se encuentra en actual tramitación un proyecto de ley que establece un procedimiento especial de tutela de estos derechos, que busca superar esta referida insuficiencia.

Se trata de un procedimiento especial, aplicable cuando los derechos fundamentales de uno o más trabajadores resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales. Aparte de ser muy concentrado, su principal característica -y la que le otorga eficacia- consiste en facilitar la prueba al denunciante, cuando de sus alegaciones se desprenden indicios de que se ha producido una vulneración de sus derechos fundamentales. En este caso surge la obligación para el empleador denunciado de justificar en forma objetiva y

razonable las medidas que ha adoptado. Otros aspectos relevantes para su eficacia son los siguientes:

- Se permite hacer la denuncia al sindicato al que pertenece el trabajador vulnerado.
- Si la denuncia la hace el mismo trabajador, se permite al sindicato hacerse parte en el juicio.
- La Inspección del Trabajo respectiva debe emitir un informe acerca de los hechos denunciados y puede hacerse parte en el proceso.
- La inspección del trabajo que tome conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales en el ejercicio de su acción fiscalizadora, debe denunciar los hechos al Tribunal.
- La sentencia que acoge la denuncia debe declarar la nulidad del acto vulneratorio y las medidas que debe adoptar el infractor dirigidas a reparar las consecuencias de éste.

Cabe esperar que este nuevo procedimiento sea aprobado a la brevedad posible por nuestro Congreso Nacional.