



GOBIERNO DE CHILE
DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
K.954/2008

ORD.: Nº 2210 / 035 /

MAT.: 1) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, y la doctrina vigente de este Servicio, contenida en el dictamen 2328/130, de 19.07.2002, los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente;

2) Los derechos fundamentales del trabajador y trabajadora habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial.

3) Para conciliar las conclusiones anteriores, existen ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que se pueden englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora, tendrá que cumplir con el "principio de la adecuación", que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; con el "principio de necesidad", según el cual la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de manera tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", a partir del cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

ANT.: 1.- Seminario "El Derecho a no discriminación por razón de género durante la vigencia de la relación laboral", de 10.12.2008.

2.- Correo electrónico de 14.07.2008 del Sr. Jefe del Departamento Jurídico;

3.- Instrucciones impartidas por la Sra. Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, de fechas 17.07.2008, 21.08.2008, 24.09.2008, 29.10.2008 y 03.12.2008.

FUENTES: Constitución Política de la República, artículos 1º, inciso primero; 19, números 2, 5 y 16; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio sobre igualdad de remuneraciones, de 1951 (núm.100) de la OIT, Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, (núm. 111), de la OIT, Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981 (núm.156) y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y

Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998; y Código del Trabajo, artículos 2º, 5º, inciso primero, 153 y artículo 154, inciso final; Ley N°19.628, artículos 2º f), g) y 10º; Ley N°20.005

CONCORDANCIAS: Ord. N°260/19, de 24.01.2002; Ord. N°2.328/130, de 19.07.2002; Ord. N°3.276/173, de 16.10.2002 y Ord. N°2.875/72, de 22.07.2003, entre otros.

SANTIAGO, 05.06.09

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES(AS).

DIRECTORES(AS) REGIONALES DEL TRABAJO

Que, en atención a la máxima importancia que la vigencia de los derechos fundamentales en el trabajo supone, tal como dan cuenta la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos por el Estado de Chile, así como el reconocimiento de la plena vigencia de los mismos de cara al contrato de trabajo, por la doctrina de este Servicio –en especial desde 1992 en adelante–, así como por la modificación introducida en lo sustancial por la Ley 19.759 de 2001 y, más recientemente, por la reforma dispuesta por la Ley N°20.087 a los mecanismos procesales pertinentes para darle eficacia a los derechos fundamentales que las normas sustantivas reconocen, hacen necesario establecer un dictamen marco en materia de derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, que, recogiendo la nutrida jurisprudencia administrativa, la doctrina y la más reciente normativa legal sobre la materia, sirva de apoyo a los funcionarios de este Servicio que, en cumplimiento de sus funciones, hayan de conocer denuncias administrativas por vulneración de derechos fundamentales, investigarlas, mediar y, eventualmente, denunciarlas judicialmente, en el entendido que ello habrá de uniformar la actuación del Servicio en tales materias, contribuyendo con esto, a la necesaria certeza que sobre las mismas se debe otorgar a la comunidad.

A efectos del presente dictamen, se revisará el concepto de derechos fundamentales, así como la forma en que éstos penetran al contrato de trabajo, limitando bajo ciertas condiciones las facultades del empleador, para, luego, revisar aquellos derechos fundamentales que parecen, por la experiencia y su propia naturaleza, más sensibles a su lesión en el desarrollo de la relación laboral; y, por último, se examinará qué sucede frente a la colisión entre las facultades del empleador –expresión de sus propias garantías constitucionales– y los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras.

I.- A falta de una definición de los derechos fundamentales asumida por el ordenamiento jurídico –el que se concentra en su reconocimiento y desarrollo– cabe acudir a la doctrina, que, en palabras del profesor italiano Luigi Ferrajoli, los define como *“todos aquellos **derechos subjetivos** que corresponden **universalmente** a todos los **seres humanos** dotados del **status de personas**, de **ciudadanos** o **personas con capacidad de obrar**; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”*.¹

Los derechos fundamentales, cuya finalidad genérica son favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciando todas las posibilidades derivadas de su condición² *se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un*

¹ FERRAJOLI, LUIGI, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2006, Madrid, España, pág.37.

² PECES-BARBA, GREGORIO, “Derechos Fundamentales”, 4ª Edición, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1986, pág.109.

*verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluri direccional.*³

II.- En cuanto al modo como los derechos fundamentales penetran en el contrato de trabajo, cabe hacer presente que el desnivel de poder entre las partes de dicho contrato, lo revelan como un escenario particularmente fértil al análisis del ámbito de acción de los derechos fundamentales⁴, toda vez que éstos precisamente nacieron como limitaciones a un poder a todas luces superior –de ahí que al efecto de los derechos fundamentales frente al Estado, se le denomine “efecto vertical”–, revelándose con ello, la importancia del análisis de la vigencia de los derechos fundamentales ante el contrato de trabajo, al constatar que el ordenamiento jurídico reconoce al empleador extensos espacios para mandar respecto del trabajador. Se trata, como afirma Sergio Gamonal, de un *“ambiente propicio para los abusos de poder de un sujeto sobre otro y, por ende, para la probable lesión de algunos de los derechos fundamentales del sujeto subordinado”*.⁵

Pero, como sostiene Antonio Baylos, las reivindicaciones ciudadanas de los trabajadores se plantearon, primeramente, como una recuperación de los aspectos económicos y sociales (búsqueda de la igualdad material), que sólo podía realizarse a través de lo colectivo, de la acción de las organizaciones representativas de los trabajadores.⁶ El derecho a la sindicación, a la negociación colectiva y a la huelga, entre otros derechos constitucionales específicamente laborales, darán cuenta de tal búsqueda.

A la preocupación tradicional del derecho del trabajo, por los derechos fundamentales específicos (libertad sindical, derecho a la negociación colectiva, huelga y todos aquellos que, en palabras de M.C. Palomeque López, no es posible ejercer extramuros de las relaciones laborales⁷) y por los derechos laborales propiamente tales (ingreso mínimo, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato de trabajo y descanso, entre otras) se ha sumado, a partir de la asimilación de la denominada “ciudadanía en la empresa” los derechos fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), que, como sostiene José Luis Ugarte C., *“atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al derecho del trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática.”*⁸

En el ordenamiento jurídico nacional y como ya se sostuviera en un dictamen anterior⁹, *es posible afirmar que existe, un claro reconocimiento de la idea de "ciudadanía en la empresa", al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral, sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales –inespecíficos o de la personalidad–, que, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N°1 de la Constitución); derecho de igualdad y de no discriminación (19 N°s. 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N°6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N°4), inviolabilidad de las*

³ Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

⁴ La legitimación de esa suerte de relación de dominio, reposaba en el contrato de trabajo (así, KORSCH, K., “Lucha de clases y Derecho del Trabajo”, citado por BAYLOS, ANTONIO, “Derecho del Trabajo: Modelo para armar”, Editorial Trotta, Madrid, 1991, pág.95.)

⁵ GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, “Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos”, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Ed., Montevideo, Uruguay, 2004, pág.14.

⁶ BAYLOS, ANTONIO, “Derecho del Trabajo: Modelo para armar”, Editorial Trotta, Madrid, 1991, pág.96.

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL-CARLOS, “Los derechos laborales en la Constitución Española”, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Madrid, 1991, pág.31.

⁸ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “La constitucionalización del Derecho del Trabajo: La tutela de derechos Fundamentales”, en Revista Latinoamericana de Derecho Social, Núm.7, Julio-Diciembre de 2008, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, 2008, México, pág.252.

⁹ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

comunicaciones (artículo 19 N°5), libertad de opinión –expresión– e información (artículo 19 N°12), derecho de reunión (artículo 19 N°13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N°21), etc.; así como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política).

Se tratan, estos últimos, de derechos constitucionales de carácter general que, por lo mismo, pueden ser ejercitados por los sujetos de una relación laboral, adquiriendo un contenido laboral sobrevenido y generando una *“impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo.”*¹⁰

La creciente relevancia, en el marco del contrato de trabajo, de los derechos fundamentales de la persona, supone, como afirma Rodríguez Piñeiro, una nueva valoración de la estructura y contenido del contrato de trabajo a la luz de los derechos constitucionales y un condicionamiento a la posición de sujeción del trabajador en el seno de la relación contractual.¹¹

Una explicación de esta preocupación se encuentra, de acuerdo a Antoine Jeammaud, en la reacción del ordenamiento jurídico a nuevos datos contextuales que entorpecen el estado de sujeción laboral, relacionados con la utilización de tecnología y con nuevas formas de gestión empresarial, como la definición de “valores y cultura de la empresa” (a los que el trabajador debe ajustarse), el escrutinio cada vez más riguroso de las condiciones personales del trabajador al momento del ingreso y, agrega Adrián Goldín, durante su desempeño (no sólo de aptitudes y nivel de formación, también aspectos de su personalidad y de su vida privada), el desarrollo de las tecnologías para diversas formas de control ejercidas sobre el personal y el de las comunicaciones electrónicas y las posibilidades de injerencia en su privacidad¹², entre otras.

A su vez, y referido ahora a las normas legales, y a diferencia de lo que sucede en legislaciones comparadas¹³, aparece inequívocamente que los derechos fundamentales emergen ante el contrato de trabajo como límites a las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador. Baste para esto, citar al efecto, el inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo, que dispone:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral. Allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes – procesos de selección de personal –, en su desarrollo y en su conclusión, tanto en el ámbito estrictamente laboral –límite interno, en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial– como fuera de él –límite externo, en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales–.¹⁴ Desde otra perspectiva, los derechos fundamentales del trabajador limitarán el ejercicio de todas las potestades que al empleador le reconoce el ordenamiento jurídico, a saber, la potestad de mando, la potestad disciplinaria y el poder

¹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL-CARLOS, “Los derechos laborales en la Constitución Española”, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Madrid, 1991, pág.31.

¹¹ RODRÍGUEZ PIÑEIRO, MIGUEL, “El derecho del trabajo a fin de siglo”, citado por GOLDÍN ADRIÁN O., “Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág.72-73.

¹² JEAMMAUD, ANTOINE, “Le droit du travail...”, citado por GOLDÍN ADRIÁN O., “Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

¹³ Entre éstas, la española. Un reproche al modo como lo recepciona, en BAYLOS, ANTONIO, “Derecho del Trabajo: Modelo para armar”, Editorial Trotta, Madrid, 1991, pág.96-97.

¹⁴ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

de variación o *ius variandi*. Lo anterior quiere decir, por más elemental que parezca, que al empleador no le ha de bastar como argumentación frente a un reproche de afectación a un derecho fundamental del trabajador, el que se ha limitado a ejercer su potestad de mando, o el poder disciplinario que la ley lo autoriza o que se ha limitado a los márgenes que le permite el mismo legislador para varias ciertas condiciones del contrato (ej. en el caso del artículo 12 del Código del Trabajo), pues el sólo ejercicio de tal poder nada dice respecto a la posible lesión de uno o más derechos fundamentales.

III.- Cabe ahora, analizar aquellos derechos fundamentales inespecíficos que parecen más sensibles a su lesión en el desarrollo de la relación laboral.

III.a.- El **derecho a la dignidad humana** se reconoce en el artículo 1º inciso 1º de la Constitución Política de la República al disponer que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, supone que “*el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto*”¹⁵

Como afirma Carlos Colautti, “*la dignidad no sólo es un derecho autónomo, sino el presupuesto de todos los demás derechos. Es decir, que todos ellos tienden a la preservación del principio básico de la dignidad*”.¹⁶

Llevado al ámbito del contrato de trabajo, como afirma Cristina Mangarelli, en éste “*el empleador está obligado a respetar la dignidad del trabajador, a tratarlo con respeto*”, encontrándose obligado a asegurar que el trabajador sea respetado por los jefes o superiores jerárquicos, y también por sus compañeros de trabajo.¹⁷ En este sentido se ha señalado por Américo Plá, que el empleador debe *asegurar la moralidad del ambiente*; no sólo es responsable de sus actos y de los actos de sus representantes, sino también de los que realicen otros trabajadores *en la medida que no son cortados o sancionados por el empleador*”.¹⁸

Consecuente con ello, el artículo 2º inciso 2º parte primera del Código del Trabajo, dispone: “*Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona.*”

A su turno, el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo vuelve a colocar a la dignidad en el centro de atención, al disponer respecto de las obligaciones y prohibiciones de que da cuenta el Reglamento Interno de la empresa, y, en general, respecto de toda medida de control, que “*sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.*”

La doctrina de este Servicio ha sostenido, desde antes de su reconocimiento expreso por el Código del Trabajo por la norma recién transcrita, que las medidas de control y de revisión implementadas por el empleador deben integrarse en sistemas que sean compatibles con el respeto a la **dignidad de los trabajadores**¹⁹, precisando, en casos concretos, que un sistema de revisión y control a la salida de operarios consistente en el accionar de una palanca sorteadora que determinaba a qué obrero debía registrar el portero, resultaba atentatorio contra la **dignidad del trabajador**, siendo inaceptable dicho sistema²⁰; asimismo, se ha sostenido que “la instalación de dispositivos de control audiovisual, como una forma de control o vigilancia permanente y continuada, provoca en el trabajador, inexorablemente, un estado de

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N°740-07-CDS, de 18 de abril de 2008.

¹⁶ COLAUTTI, CARLOS E., “Derechos Humanos”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, pág. 123.

¹⁷ MANGARELLI, CRISTINA, “Acoso laboral, concepto y prevención”, en “Derecho Laboral, Tomo L-n°225, Enero-Marzo 2007, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Edición, 2007, pág.101.

¹⁸ PLÁ RODRÍGUEZ AMÉRICO, “Curso de Derecho Laboral, Contrato de Trabajo,” T.II, Vol. I, Ed. Acali, Montevideo, 1978, citado por MANGARELLI, CRISTINA, ob. cit., pág.101.

¹⁹ Así, dictamen N°4.842/300, de fecha 15 de septiembre de 1993.

²⁰ Dictamen N°3.965, de 05 de junio de 1969.

tensión o presión incompatible con la **dignidad humana**²¹. También se ha determinado que la revisión de especies a los trabajadores atenta contra su **dignidad** y honra.²²

Por su parte, mediante **dictamen N°2449, de 04.11.1982** se estableció que la revisión de los efectos personales y la inspección corporal de los trabajadores atenta contra su **dignidad** y honra, con la particularidad que, tal como repara Sergio Gamonal²³, por primera vez se citó una norma de orden constitucional (art. 19 N°4) para respaldar tal conclusión.²⁴

Más recientemente, frente al tema de la utilización de mecanismos de control audiovisual, se dictaminó, para un caso concreto, que no resultaba lícita su utilización con la única finalidad de vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, pues tal forma de control ilimitado y continuado han de generar razonablemente en un trabajador, *“un verdadero temor reverencial frente a su empleador, haciendo inexistente toda esfera de libertad y dignidad.”*²⁵

III.b.- En cuanto al honor, tradicionalmente, se sostiene que sus dimensiones son dos: primero, aparece el ámbito subjetivo interno (honor), que corresponde a la estimación que el sujeto tiene de sí mismo, esto es, su autoestima²⁶ comprendiendo el prestigio “profesional” del individuo, como forma destacada de “manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad”, en la medida que, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, “el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. De este modo, el honor adquiere un contenido igualitario”^{27,28} y, segundo, aparece el ámbito objetivo externo (honra), que dice relación con la estimación o valoración social que tienen los terceros de las calidades morales de un sujeto determinado, también llamada heteroestima.²⁹

Así, se redefine el honor en dos componentes: uno de carácter estático, señalado por la exclusión de cualquier ataque a la igual dignidad de toda persona y otro dinámico, que se aplica al desarrollo en relación del sujeto, es decir, a su desenvolvimiento en la participación social, dimensión que permite adecuarse a las situaciones concretas en que el sujeto está inmerso para ponderar el bien jurídico honor en el caso.³⁰

Respecto del derecho **a la honra del trabajador**, se ha determinado por este Servicio, para un caso concreto, que la utilización por parte de una empresa de dispositivos de detección o de revisión del personal consistente en un arco detector de metales de carácter magnético instalado en la puerta principal de acceso a la empresa, no causa un menoscabo a la dignidad y honra de los trabajadores³¹.

En cambio, frente al uso del polígrafo, dando cuenta de lo pluriofensivo de este instrumento, se ha sostenido que *“se pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, porque,*

²¹ Así, dictamen N°2.328/130, de 19 de julio de 2002.

²² Dictamen N°338, de 26 de enero de 1978.

²³ GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, “Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos”, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Ed., Montevideo, Uruguay, 2004, pág.p.27.

²⁴ En igual sentido, dictamen N°4.440, de 06 de septiembre de 1984.

²⁵ Dictamen N°2.328/130, de 19 de julio de 2002.

²⁶ SALGADO PÉREZ, GABRIELA Y PALAVICINO CÁCERES, ADRIANA, “Protección del derecho al honor del trabajador” en “Derechos Fundamentales, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N°3/2004, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, pág.118.

²⁷ SALGADO PÉREZ, GABRIELA Y PALAVICINO CÁCERES, ADRIANA, ob. cit., pág.120.

²⁸ Citando al efecto a sentencias del Tribunal Constitucional Español, PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, “Derecho del Trabajo”, Decimocuarta edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2006, pág.117.

²⁹ SALGADO PÉREZ, GABRIELA Y PALAVICINO CÁCERES, ADRIANA, ob. cit., pág.118

³⁰ PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, “El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en “Sistema Jurídico y Derecho Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos”, Serie Publicaciones Especiales N°6, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, págs. 572-573.

³¹ Así, dictamen N°1.366/79, de fecha 30 de marzo de 1998.

*sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador no sólo estaría inmiscuyéndose en las esfera más íntima de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse información; sino que además estaría poniendo permanentemente en tela de juicio la honra del trabajador.*³²

Con relación a otro caso, vinculado a este derecho constitucional, se ha sostenido, con relación a la aplicación del artículo 25 del D.S. N°594 de 1999, que *“no contar con servicios higiénicos en su área de trabajo, menoscaba la dignidad de la persona del trabajador, su intimidad, vida privada y honra amparados por el artículo 19 N°4 de la Constitución Política del Estado, e incluso una situación como la descrita, eventualmente daña la salud física y síquica del dependiente.*³³

Por último, se ha sostenido que *“la medida de control de aplicar un test de alcoholemia al ingreso de los trabajadores, sin estar establecida en el Reglamento de Higiene y Seguridad de la empresa, sin señalarse el mecanismo de selección y sus características, importan una medida de hecho, que queda entregada al arbitrio y discrecionalidad del empleador, sin que existan garantías de resguardo para la dignidad y honra que la Constitución asegura a todas las personas.*³⁴

III.c.- Respecto del derecho constitucional al respeto y **protección de la vida privada del trabajador**, consagrada también en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, cabe señalar lo siguiente. La vida privada, objeto de protección por este derecho, ha sido definida como *“el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo.*³⁵

Congruente con la protección que el constituyente brinda a la vida privada, la Ley N°19.628 (“Sobre protección de la vida privada”, D.O. 28.08.1999) ha dispuesto que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (art. 4° inc.1°), entendiéndose por datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (art. 2°f). Asimismo, se sostiene que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles (según el art. 2° g, lo constituyen aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.) salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. (art. 10°)

Llevado al ámbito laboral, el legislador ampara este derecho, además de la referencia que se hace en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, que, al disponer que el empleador *“deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”* (artículo 154 bis del mismo cuerpo legal) y, al consignar que la empresa usuaria *“deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”* (artículo 183 Y del mismo código).

Se ha sostenido en doctrina que, *“el empresario no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley) intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditarse a la estricta observancia del “principio de proporcionalidad” o*

³² Dictamen N°684/50, de 06 de febrero de 1997.

³³ Dictamen N°0266/099, de 17 de enero de 2007.

³⁴ Dictamen N°8005/323, de 11 de diciembre de 1995.

³⁵ Cea Egaña, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno, Tomo II”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág.178.

“necesario equilibrio” entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional.(...) En particular, la instalación y empleo por el empresario de instrumentos de control de la actividad laboral en el centro de trabajo (grabación de sonido, circuito cerrado de televisión) se acomoda a las exigencias del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados tan sólo cuando la medida resulte “justificada, idónea para la finalidad perseguida por la empresa, necesaria y equilibrada.”³⁶

Asimismo, la jurisprudencia administrativa también ha sostenido, refiriéndose a una cláusula contractual que exige del trabajador una “conducta personal intachable”, que *“tales comportamientos sólo podrían pactarse a condición que los mismos importen un comportamiento estrictamente laboral, en consideración a la naturaleza de los servicios contratados. En efecto, tales exigencias conductuales de los trabajadores pueden incorporarse al estatuto jurídico individual como conductas de carácter laboral, al estar vinculadas directamente con el desempeño del servicio contratado, no siendo jurídicamente procedente, en consecuencia, establecer como obligación contractual otras conductas personales, ámbito que el contrato de trabajo no puede entrar a regular sin arriesgar infringir la protección de la **vida privada** garantizada constitucionalmente.”³⁷*

También, respecto de la aplicación de el referido derecho fundamental en la empresa, se ha dictaminado que *“las medidas de revisión y control de los trabajadores, de sus efectos privados o de sus casilleros importan un límite a la **privacidad** de las personas, que amerita, entre otras condiciones, que se incorpore en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad”³⁸.*

En una opinión que abarca también al derecho que se analizará a continuación, Luis Lizama ha sostenido que *“la tensión entre la potestad de mando y el derecho de la intimidad se complejiza por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (NTIC) que comprenden, entre otros, los ordenadores, teléfonos móviles o el uso del correo electrónico y de la internet”³⁹.*

III.d.- En cuanto a **la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada** que consagra el artículo 19 N°5 de la Constitución, se ha sostenido que la inviolabilidad se refiere a la cualidad que tienen los bienes protegidos en el sentido que no pueden ser observados, revisados, registrados, visitados, transmitidos, difundidos, ni traspasados, para ningún efecto, sin el consentimiento previo del afectado, según afirma José Luis Cea E.⁴⁰ Al referirla el constituyente tal inviolabilidad a toda forma de comunicación privada, quiere significar con ello “a toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos”, incluyendo los documentos, toda vez que el vocablo “comunicaciones” es genérico.⁴¹ Incluye José Luis Cea E. dentro de las múltiples formas de comunicación posibles, la epistolar, telefónica, audiovisual y dentro de los “medios de comunicación”, el télex, el fax, el correo electrónico, la video conferencia, etc., advirtiendo que esas y otras especies de comunicación están amparadas por la norma constitucional en referencia, siempre que no estén abiertas al público.⁴²

Aplicada al ámbito laboral, la jurisprudencia de este Servicio, con relación a **la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada**, ha sostenido que, “de

³⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, ob. cit., pág.118.

³⁷ Dictamen N°5.516/326, de 04 de noviembre de 1999.

³⁸ Así, dictamen N°195/8, de 17 de enero de 2002.

³⁹ LIZAMA PORTAL, LUIS, “Derecho a la intimidad de los trabajadores y nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC)”, en en “Derechos Fundamentales, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N°3/2004, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, pág.205.

⁴⁰ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, “Derecho Constitucional Chileno, Tomo II”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág.194-195.

⁴¹ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.195-196.

⁴² CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.195.

acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”.⁴³ Conciliando la vigencia de tal derecho fundamental, con las facultades empresariales, se ha dispuesto que será entonces el empleador quién podrá tomar la iniciativa para formalizar esta normativa interna de la empresa y, en el ámbito de sus facultades de administración, podrá también incorporar preceptos a este reglamento **con el fin específico** de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes, todo lo cual no obsta -como se ha dicho- que “el delegado del personal, cualquier trabajador, o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva” (artículo 153 inciso 3º del Código del Trabajo), pueda impugnar de ilegalidad estas normas ante este Servicio. Se reitera, esta regulación podrá recaer en el **uso del correo electrónico**, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada.⁴⁴ Así las cosas, se ha señalado, por último, que “podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o Unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá -en el instante- su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional.”⁴⁵

III.e.- Respecto al **derecho constitucional a no ser discriminado arbitrariamente**⁴⁶, se ha sostenido por la doctrina que la noción de discriminación no puede explicarse debidamente de manera aislada, sino que debe hacerse a través del concepto estrechamente vinculado, de igualdad.⁴⁷

“Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de *igualdad*. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; y el artículo 19 Nº2 que: “La constitución asegura a todas las personas: Nº2 La igualdad ante la ley”.

La noción de igualdad en nuestro sistema jurídico, particularmente en la Constitución, discurre sobre dos ejes. El primero, dice relación con la **igualdad en la ley** (igualdad de derechos), esto es, sobre la idea de que todas las personas son iguales (“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, artículo 1º, inciso primero) y, por tanto, todo privilegio o exención no será tolerado (“En Chile no hay persona ni grupo privilegiado”, artículo 19, Nº2, inciso segundo); y, el segundo se refiere a la **igualdad ante la ley** (igualdad de trato), es decir, estableciendo la prohibición dirigida a los poderes públicos –al legislador en la elaboración de la ley y al juez en su aplicación– de establecer una desigualdad de trato normativo no razonable u objetiva (“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, artículo 19, Nº2, inciso tercero).⁴⁸

En cuanto a este segundo eje, la noción de igualdad denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato

⁴³ Dictamen N°260/19, de 24 de enero de 2002.

⁴⁴ Dictamen N°260/19, de 24 de enero de 2002.

⁴⁵ Dictamen N°260/19, de 24 de enero de 2002.

⁴⁶ El dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004, fijó el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2º del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral.

⁴⁷ BUSTOS BOTTAI, RODRIGO, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad”, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, Número 6, julio 2007, ISSN 1698-7950, en <http://universitas.idhbc.es>.

⁴⁸ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

razonables. Todas las personas, en circunstancias similares, estén afectas a los mismos derechos o prohibiciones, en definitiva, a un mismo estatuto jurídico.⁴⁹

Pero dicha definición, siguiendo a Chaim Perelman, ni dice cuando dos seres forman parte de la misma categoría esencial ni dice cómo es necesario tratarlos, sabiendo sí que es preciso tratarlos de una manera igual y que este tratamiento igual se reserva solamente a los seres que forman parte de una misma categoría esencial.⁵⁰

Como sostiene Eduardo Caamaño, la discriminación es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad. Así, la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado como injustificado o arbitrario.⁵¹

Cabe hacer presente que ha de ponerse el acento en el efecto o resultado discriminatorio, mas no en la intención, al adoptarse un concepto objetivo de discriminación⁵² y con el objeto de evaluar dicho resultado, resulta esencial efectuar un examen de comparación, para luego analizar las causas de la discriminación.⁵³

De esta forma, la determinación del contenido del principio de igualdad no pasará sólo por su descripción formal, sino que requerirá la consideración de cuáles serán aquellos criterios en razón de los cuales se construirán las categorías esenciales acerca de los iguales y los distintos⁵⁴ y “*si no hay ninguna razón para la permisión de un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual*”, sosteniéndose que “*la máxima general de la igualdad establece la carga de la argumentación para los tratos desiguales*”.⁵⁵ El principio de igualdad ha de entenderse contenedor de un contenido múltiple, al comprender tres aspectos normativos: la exigencia de igualdad o de igual tratamiento a quienes están en una misma situación o categoría; la permisión de la desigualdad, vale decir, de no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones o categorías distintas, y, finalmente, la prohibición de la discriminación, lo que supone la prohibición de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de igualdad.⁵⁶

Así, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.⁵⁷

Según ya se ha señalado anteriormente, el principio de igualdad ante la ley es recepcionado, con individualidad propia en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a lo *no discriminación*. En efecto, el artículo 19 N°16, en su inciso tercero, dispone: “*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se*

⁴⁹ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁵⁰ PERELMAN, CHAIM, “De la Justicia”, citado por LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998, pág.193.

⁵¹ CAAMAÑO ROJO, EDUARDO, “El derecho a la no discriminación en el empleo”, Lexis Nexis, Santiago, 2005, pág.49.

⁵² SÁEZ LARA, CARMEN, “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, Cuadernos de Relaciones Laborales N°6, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1995, pág.68.

⁵³ IRURETA URIARTE, PEDRO, “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N°16 de la Constitución chilena”, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Colección de Investigaciones Jurídicas N°9, 2006, pág.74.

⁵⁴ LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.193.

⁵⁵ LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.195.

⁵⁶ LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.196-197.

⁵⁷ JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, citado por CAAMAÑO ROJO, EDUARDO, “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral” Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XIV, Julio 2003, pág.29.

*base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.*⁵⁸

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico (constitucional y legal) también reconoce, de forma autónoma y con substantividad propia pero evidentemente imbricada al mandato general de igualdad la noción de prohibición de discriminación, no siendo esta última una mera especificación de aquel sino una valoración singular de la necesidad de una protección especial y reforzada de ciertas situaciones de desigualdad consideradas particularmente nocivas.⁵⁹

Desde luego, y tal como cabe referirlo de los demás derechos fundamentales, ya no se trata de un mandato general de igualdad dirigido sólo a los poderes públicos sino que también a los particulares, y concretamente en el ámbito de la empresa. Justamente es en éste donde ha logrado un mayor desarrollo la noción de discriminación.⁶⁰

La discriminación adquiere vida propia en tanto deja ser entendida como un simple problema de desigualdad. La configuración de determinados tipos discriminatorios suponen una valoración jurídico-filosófica de determinadas situaciones que atentan contra la propia dignidad humana (al descalificarlo perjudicialmente por razones meramente personales e irrelevantes al momento de evaluar la capacidad o idoneidad del trabajador⁶¹); una reacción a ciertos fenómenos sociales preexistentes y muy arraigados de marginación y exclusión social, sea de individuos o de grupos en función de sus características singulares. Las situaciones de discriminación obedecen no ya a situaciones meramente irrazonables o arbitrarias sino que por sobre todo odiosas e indignas, que suponen la identificación del afectado ya no como diferente sino como inferior y sometido. En definitiva las situaciones de discriminación recogidas por la legislación interna y la internacional, denotan una clara e inequívoca toma de postura del orden social contra determinados y específicos tratos desiguales entre seres humanos.⁶²

El discriminado lo es en cuanto pertenece a un grupo social excluido. De esta manera, la norma antidiscriminatoria ejerce una función promocional en tanto busca no sólo reprimir ciertas conductas sino que también fomentar la integración de ciertos colectivos marginados.⁶³

El concepto de no discriminación exige la paridad o identidad de trato, es decir, equivalencia entre el tratamiento dispensado y la norma estándar, admitiendo sólo derogaciones o excepciones expresas con fundamento constitucional.⁶⁴

Las diferencias de trato se permiten cuando los supuestos son desiguales y cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y se cumple con ciertos requisitos como la idoneidad y proporcionalidad.⁶⁵

Por otra parte, las desigualdades de trato que inciden en la violación del mandato general de igualdad en tanto son calificadas de arbitrarias han de buscarse caso a caso en la confrontación de aquellas con la situación de otro u otros sujetos

⁵⁸ Así, dictamen N°3704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁵⁹ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁶⁰ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁶¹ IRURETA URIARTE, PEDRO, ob. cit., pág.74.

⁶² Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁶³ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁶⁴ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁶⁵ BUSTOS BOTTAL, RODRIGO, ob. cit.

en un momento determinado; en cambio, el juicio de discriminación trasciende el momento concreto para convertirse en una situación sistemática de desigualdad de trato ya dada.⁶⁶

La formulación de determinadas y específicas conductas discriminatorias se estructuran en base al sujeto o grupo que sufre la diferenciación y no ya desde la óptica del que la ejerce y por tanto sujeto a una eventual justificación en base a la no arbitrariedad o razonabilidad de la medida, es decir, en la no discriminación el grado de discrecionalidad es sustancialmente menor en tanto hay una valoración preliminar de ilicitud en ciertas conductas.⁶⁷

En este sentido, las únicas diferencias de trato basadas en alguna de las motivaciones calificadas como discriminatorias que permite el ordenamiento jurídico —concretizadas en la normativa laboral— son aquellas expresamente señaladas por la Constitución o la Ley, a saber: la “nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” (artículo 19, N° 16, inciso tercero, de la Constitución Política).⁶⁸

Si la distinción de trato efectuada se ha hecho a base de un criterio que carece de fundamentación objetiva y razonable, habrá que concluir que se trata de un acto discriminatorio; en cambio, si la distinción se apoya en un criterio cuyo fundamento es objetivo y razonable, entonces la distinción será una simple desigualdad, plenamente compatible con el principio de igualdad.⁶⁹

La discriminación laboral indirecta:

Como se ha señalado anteriormente, lo importante en el acto discriminatorio es el resultado, en cuanto conforma, cuando estamos en presencia de algunos de los motivos vedados, una situación objetiva de discriminación. La mirada se pone no en si las diferencias son arbitrarias (sujeto activo) sino en las consecuencias del acto (sujeto pasivo).⁷⁰

De ahí, que la virtualidad protectora del derecho a la no discriminación comprenda la noción de **discriminación indirecta**, que sobrepasa la noción estricta de **discriminación directa** (tratamiento diferenciado y perjudicial en base a una distinción explícita y expresa), extendiéndola a comportamientos formal y aparentemente neutros, no discriminatorios (conductas que utilizan como criterios diferenciadores aquellos permitidos por los ordenamientos jurídicos, en nuestro caso la “capacidad” o “idoneidad personal” para el puesto de trabajo), pero de los que igualmente se derivan diferencias de trato en razón de las situaciones disímiles en las que pueden encontrarse los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo en relación a otro, produciendo un resultado desventajoso para unos y para otros no.⁷¹

En efecto, la aplicación de un mismo trato diferenciador (*prima facie*) lícito a todos los sujetos por igual puede redundar en desigualdades atendidas las características específicas de ciertos grupos; así por ejemplo, el supeditar el dominio de un idioma o un determinado nivel de enseñanza educacional como requisito para acceder a un cargo cuando dicha cualificación no resulte estrictamente necesaria

⁶⁶ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁶⁷ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁶⁸ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁶⁹ LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.205.

⁷⁰ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁷¹ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

para el mismo, afecta irremediablemente a los miembros de todos aquellos grupos sociales que están en una condición desmejorada para formarse en un idioma o que pertenezcan a una determinada nacionalidad o que no pudieron terminar sus estudios.⁷²

Ahora bien, a diferencia de las discriminaciones directas que utilizan como elementos diferenciadores las causas reguladas como discriminatorias (raza, sexo, etc.) y como tales no susceptibles de un juicio de razonabilidad (proporcionalidad), la discriminación indirecta, utiliza elementos diferenciadores basados en motivos formalmente lícitos (basados en las “idoneidad personal” o “capacidad”), pero que asumirán un carácter discriminatorio en atención a los efectos adversos que produzcan para quienes pertenezcan a un grupo determinado, de aquellos que el ordenamiento jurídico asume en desventaja (por ejemplo, si el grupo perjudicado, indirectamente, fueren los nacionales de un determinado país), caso en el cual, la medida deberá ser estimada como discriminatoria, salvo que aparezca justificada en base al juicio de proporcionalidad.⁷³

Motivos discriminatorios: una enumeración no taxativa:

La incorporación en nuestra legislación⁷⁴ de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal o respecto de las cuales su encuadre en ellas sea dificultoso o dudoso.⁷⁵

A dicha configuración ha de llegarse a través de la fórmula constitucional contenida en el inciso tercero, del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política: “*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal*”, que abre, en función de su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, la cerrada fórmula legal a otro tipo de diferencias de trato en el ámbito laboral no previstas en la norma⁷⁶.

La norma constitucional establece cuál ha de ser la única motivación legítima para establecer diferenciaciones de trato en el ámbito laboral, calificando las restantes como discriminatorias, configurando de esta manera un modelo antidiscriminatorio abierto y residual.⁷⁷ Así las cosas, la ilegitimidad de los criterios de distinción enumerados por el legislador viene determinada de antemano por éste; en cambio, respecto de aquellos no especificados, su ilegitimidad dependerá de su falta de fundamentación objetiva y razonable.⁷⁸

De no entenderlo así, se debería concluir, por ejemplo, que tratándose de una discriminación por apariencia física, no sería una conducta discriminatoria y por tanto reprochable jurídicamente, cuestión que evidentemente no resiste análisis alguno. A igual conclusión se llegaba respecto de la discriminación por embarazo de la madre trabajadora o por ser el trabajador o trabajadora portador del virus VIH o por

⁷² Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁷³ En tal sentido, dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁷⁴ Inciso tercero, del artículo 2º, del Código del Trabajo.

⁷⁵ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁷⁶ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004).

⁷⁷ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁷⁸ LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.206.

discapacidad, antes de las regulaciones que prohibieron expresamente su utilización como motivos de diferenciación.⁷⁹

Asimismo, esta formulación abierta y ligada a la capacidad o idoneidad personal del trabajador permite encuadrar cierto tipo de conductas de control empresarial de común ocurrencia, tales como los test de drogas o alcohol, como discriminatorias en tanto no se basen estrictamente en dichos elementos –capacidad o idoneidad personal– como condicionantes determinantes, esenciales y directas del control.⁸⁰

Como se ha tenido oportunidad de establecer anteriormente, el legislador laboral ha reseñado un conjunto de motivaciones, que dada su especial aptitud o potencial lesivo a la condición humana constituyen discriminaciones vedadas, permitiendo excepciones de manera expresa. De ahí, que fuera de los casos contemplados no resulta lícita –discriminatoria– la diferenciación basada en dichos motivos.⁸¹

Pues bien, fuera de los motivos expresamente vedados de desigualdad de trato, en materia laboral cualquier diferenciación no basada en las calificaciones o competencias de la persona del trabajador resultan también discriminatorias, en tanto éstas constituyen la única causal de diferenciación lícita.⁸² Lo anterior, por cuanto dicho criterio no habrá dicho relación con la idoneidad ni la capacidad personal.⁸³

Por su parte, en el plano infraconstitucional el legislador ha desarrollado con mayor amplitud el derecho a la no discriminación laboral en el artículo 2º, del Código del Trabajo, específicamente en sus incisos segundo, tercero y cuarto:

“Son contrarios a los principios de la leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.”⁸⁴

Frente a la aparente contrariedad entre la disposición constitucional que rechaza toda discriminación en lo laboral, que no se funde en la capacidad o en la idoneidad personal, y la norma del artículo 2º incisos 2º al 4º del Código del Trabajo que establece limitadas sospechas de discriminación, cabe sostener que no hay tal contradicción, toda vez que *“la norma que fija el modelo antidiscriminatorio en el ámbito laboral en Chile es por su posición jerárquica, el artículo 19 N°16 de la Constitución, debiendo entenderse el artículo 2º del Código del Trabajo como una*

⁷⁹ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁸⁰ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁸¹ Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁸² Dictamen N°3.704/134, de 11 de agosto de 2004.

⁸³ LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.238.

⁸⁴ Así, dictamen N°3704/134, de 11 de agosto de 2004.

*especificación hecha por el legislador al principio constitucional.*⁸⁵ Lo que sucederá, como afirma Rodrigo Bustos, es que, en tanto las categorías a que se refiere esta última disposición son de aquellas que la doctrina denomina “sospechosas”, ello justificará que, cuando se pretenda realizar diferenciaciones por tales supuestos, el juicio de legitimidad ha de ser más estricto.⁸⁶

De esta manera, nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento. Al efecto, cabe hacer referencia a las normas internacionales del trabajo que se refieren al principio de la no discriminación:

El artículo 2.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos
“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

A su vez, el artículo 23.2. de la misma Declaración, dispone:

“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), dispone:

“Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

⁸⁵ LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, ob. cit., pág.239.

⁸⁶ Así, BUSTOS BOTTAL, RODRIGO, ob. cit.

El Convenio N°100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1951, sobre igualdad de remuneraciones, dispone, en su artículo 1º:

A los efectos del presente Convenio:

a) *el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;*

b) *la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.*

El Convenio N°111 de la OIT, de 1956, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, dispone

“Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*

b) *cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*

2. *Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.*

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

A partir de los Convenios recién transcritos y a lo sostenido precedentemente en cuanto a que el principio de igualdad ante la ley corresponde, además de su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, cabrá aseverar que no resultaría armónico con el respeto al derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminados, si un empleador estableciera diferencias remuneracionales entre trabajadores, sin que la misma se fundare en motivos razonables o plausibles, entre los cuales ciertamente no podría encontrarse ninguna de las categorías sospechosas a que se refiere el artículo 2º del Código del Trabajo ni alguna otra que no se funde en la idoneidad o capacidad personal, de acuerdo a lo dispuesto por el constituyente.

A partir de lo aseverado en el párrafo anterior, debe entenderse complementada la doctrina contenida en el N°3) del dictamen N°505/21, de 18.01.1996.

Aplicando dicho principio frente a un aviso de empleo solicitando “experto de prevención de riesgos con experiencia B y C de Sernageomin” (lo que el recurrente considera discriminatorio por excluir profesionales de nivel universitario),

se concluyó por este Servicio que no cumple con los elementos señalados en el artículo 2º del Código del Trabajo para ser considerado discriminatorio, en cuanto, no contiene ninguna de las condiciones señaladas en el inciso cuarto del citado precepto legal como prohibidas, ni tampoco aparece como manifiestamente discriminatoria, en cuanto dice relación con la legítima, en principio, determinación del empleador del nivel de preparación técnica que exigirá a los trabajadores que contratará laboralmente.⁸⁷

En otro caso, y fundándose en la existencia de la garantía constitucional a no ser objeto de discriminación en materia laboral, se dictaminó que *“es posible señalar que la solicitud de un certificado de antecedentes sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores.”* En base a ello, y para el caso en cuestión, se determinó que *“el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de antecedentes criminales o penales, que en el caso de la recurrente, queda restringido a las tareas del personal que tiene como función principal y directa la atención de niños o jóvenes con discapacidad, no pudiendo sostenerse dicha exigencia, en caso alguno, respecto de las restantes tareas o funciones desarrolladas por la fundación empleadora.”*⁸⁸

La discriminación por razón de sexo:

Dentro de los factores de discriminación que el legislador reprocha, siguiendo las directrices trazadas por el constituyente, según se ha ya referido, aparece la discriminación por razón de sexo justificándose su especial tratamiento, por constituir, como se afirma por la doctrina nacional, la más frecuente discriminación en nuestro mercado de trabajo.⁸⁹

A pesar de la creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo y de los positivos efectos que ésta trae aparejados, subsisten las diferencias de oportunidades y de trato, tanto en el acceso al empleo como en materia de remuneraciones y condiciones de trabajo.⁹⁰ Respecto del positivo aporte de la incorporación de la mujer al mercado laboral, Gloria Mercuri sostiene que el mundo femenino constituye actualmente la mayor fuente de recursos humanos para un mercado de trabajo, siempre con mayores necesidades de calidad e innovación en consideración a su primacía cuantitativa y cualitativa, alcanzada por las mujeres en todos los grados de la instrucción superior, incluso en disciplinas técnicas y en cursos de formación más complejos y específicos.⁹¹

También presenta como particularidad, el que, a diferencia de lo que ocurre con relación al trato recibido por muchos colectivos discriminados, en relación a la mujer se choca con presunciones históricas sobre su presunta debilidad física o especial sensibilidad, con una valoración marginal respecto del trabajo que puede desarrollar fuera del hogar y con pautas sociales fuertemente arraigadas, vinculadas con la estructuración de la propia sociedad en torno a un determinado modelo de

⁸⁷ Así, dictamen N°2.831/065, de 31.07.2007.

⁸⁸ Dictamen N°3.840-194, de 18 de noviembre de 2002.

⁸⁹ CAAMAÑO ROJO, EDUARDO, “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, ob. cit., pág.26.

⁹⁰ CAAMAÑO ROJO, EDUARDO “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral” Revista de Derecho, ob. cit., pág.26.

⁹¹ MERCURI, GLORIA, “Parità di trattamento e di non discriminazione fra uomini e donne nel diritto comunitario”, en <http://www.diritto.it/archivio/1/26410.pdf>

familia interiorizado por las propias víctimas de la discriminación, generando, con ello, un singular grado de inconsciencia acerca de su verdadera situación.⁹²

Si nos atenemos a los albores de la Revolución Industrial aparece que a la mujer se le comienza a asignar un rol que no distingue diferencias con el hombre, explicándose ello –así como la preferencia por el trabajo infantil– por la inferioridad del salario.⁹³ Luego, en las sociedades más industrializadas, algunas de las primeras leyes laborales reaccionarán frente a tal situación, estableciendo normas especiales (en materia de jornada, entre otras) que supusieron una convicción subyacente: la debilidad o inferioridad de la mujer. Así sucedió con las normas referidas al trabajo nocturno, prohibido, salvo excepcionales casos, para la mujer (reflejo de lo cual lo encontramos en el Convenio N°4 de la OIT), así como los trabajos subterráneos (aquí, uno de sus referentes normativos lo encontramos en el Convenio N°45 de la OIT) y, en nuestro país, entre otras manifestaciones, tendrá correspondencia en la primera ley de descanso dominical (N°1990, de 1907), al establecer (más allá de lo reprochable de la norma general con su limitadísima irrenunciabilidad) que el descanso dominical no será renunciable ni por los menores de dieciséis años ni por las mujeres.

Pero otras normas, y el Convenio N°3 de la OIT de 1919 es buen reflejo de ello, se ocuparán de brindar a la mujer beneficios necesarios a efectos de impedir que la maternidad y amamantamiento, pudieran directamente perjudicarle en el empleo. En nuestro país será reflejo de esto, la Ley de Salas Cunas de 8 de enero de 1917 y las leyes que otorgan descansos y subsidios por maternidad. Por otra parte, se hará presente la crítica al carácter de trabajadora de la mujer por parte de aquellos que no logran asumirla trabajando, en el rol que le corresponde (las labores propias del hogar)⁹⁴. Lo anterior es un buen reflejo de la afirmación según la cual⁹⁵ a pesar que la discriminación se manifiesta también en el trabajo, sus orígenes se encuentran muchas veces fuera de él, haciendo insuficientes a las medidas antidiscriminatorias de orden laboral que no vayan acompañadas de acciones que pretendan la alteración de pautas sociales de comportamiento.

De lo relatado se sigue, las dificultades de las normas y medidas destinadas a asegurar la vigencia del principio de no discriminación por razón de sexo. Materialización de discriminaciones en contra de la mujer en tal sentido, reprobadas por la jurisprudencia constitucional española, la encontramos cuando dispuso, a principios de los ochenta del siglo anterior, que *“es evidente que la suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por el hecho de contraer matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa”*⁹⁶. Dando cuenta de la extensión de esta discriminación, en Italia, mediante la Ley 7, de 9 de enero de 1963, se estableció la prohibición del despido por causa de matrimonio. Se trata de acciones “falsamente protectoras, en las que se realizan acciones que, o bien se fundan en estereotipos sobre los roles sociales para compatibilizar su trabajo extradoméstico con su deber de cuidar a los hijos y preocuparse del hogar familiar, o bien buscan supuestamente proteger a la mujer

⁹² FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional”, en “Autoridad y Democracia en la empresa”, Aparicio Joaquín y Baylos Antonio, Editorial Trotta, Fundación 1° de mayo, Madrid, España, 1992, págs.95-96.

⁹³ Así opinaba, a comienzos del siglo XX, el abogado de la Audiencia de Bruselas EMILIO STOCQUART, en su obra “El contrato de trabajo. Estudio de Derecho Civil y Legislación Comparada” (traducción de Ciro Bayo), B. Rodríguez Serra, Editor, Madrid, España, 1902, pág. 28.

⁹⁴ En tal sentido, STOCQUART sostenía que por una horrenda rapacidad la mujer inglesa, desde principios del siglo XIX ha sido arrebatada al hogar a vista de sus hijos. “El contrato de trabajo. Estudio de Derecho Civil y Legislación Comparada” (traducción de Ciro Bayo, B. Rodríguez Serra, Editor, Madrid, España, 1902, pág. 28. En sentido similar una de las principales leyes del período franquista destinadas a eliminar algunas de las más relevantes diferencias de trato por razón de sexo en el trabajo, insistía en su Exposición de Motivos, en que debía procurarse la realización efectiva del mandato del Fuero del Trabajo de “liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica”, en el seno de una política que propiciase su “regreso al hogar” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional”, ob. cit., pág. 107)

⁹⁵ Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, ob. cit., págs.97-98.

⁹⁶ STC 7/1983 de 14.02.1983, citada por BUSTOS BOTTAL, RODRIGO, ob. cit.

por ser más débil físicamente.⁹⁷ Dentro de ello, se enmarcan, a modo referencial, las normas que han prohibido a la mujer todo trabajo peligroso o insalubre.⁹⁸

En cuanto a las normas que reconocen el derecho a la no discriminación por razón de sexo, además de las que genéricamente prohíben toda discriminación que no se sustente en buenas razones, fundadas en la capacidad o idoneidad personal, cabe referirse a la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra la mujer**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, el 18 de diciembre de 1979.

En sus consideraciones preliminares advierte que a pesar de la preocupación de distintos instrumentos internacionales tendientes a garantizar el principio de no discriminación en contra de la mujer, éstas “siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”.

En su artículo 1, dispone:

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

Trasladando la norma recién transcrita al ámbito que nos ocupa, unido al contenido del artículo 2° del Código del Trabajo, cabrá sostener que estaremos en presencia de una discriminación en contra de la mujer cuando nos enfrentemos a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de la mujer de sus derechos humanos y sus libertades en el empleo o acceso a éste.

Como bien sostiene Eduardo Caamaño, la discriminación laboral – directa- por razones de sexo puede ser, en términos generales, de dos tipos: abierta o encubierta. Se estará frente al primer caso cuando sea el sexo el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a un trabajador del otro sexo que se encuentre en una situación laboral comparable; en cambio, se está frente a un caso de discriminación directa oculta o indirecta, cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida sólo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado.⁹⁹

Consecuente con la idea que no basta con la mera declaración de derechos, la comentada Convención exige a los Estados –incluido Chile- *“Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas (art. 2.e)”*; Le exige, al mismo tiempo, a los Estados Partes, adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

a) *El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;*

⁹⁷ BUSTOS BOTTAI, RODRIGO, ob. cit.

⁹⁸ ALONSO OLEA MANUEL Y CASAS BAAMONDE, M. EMILIA, “Derecho del Trabajo”, 16° Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 124.

⁹⁹ CAAMAÑO ROJO, EDUARDO, “La discriminación laboral indirecta”. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950.

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 superior y el adiestramiento periódico;*

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 del trabajo;*

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 de reproducción.”*

Al anterior instrumento internacional hay que añadir la **Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo de 1998**, según la cual todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios pertinentes, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a tal organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad a la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, entre los que se cuenta *“la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”*. Pues bien, con el objeto de hacer plenamente efectiva esta Declaración, la OIT dispuso un seguimiento de la misma. Precisamente, el año 2007 con ocasión de la 96ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se dio a conocer el segundo **Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo**, denominado **“La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”**.¹⁰⁰ Con relación al específico ámbito que nos ocupa, este Informe ha dispuesto que *“en realidad, no todas las diferencias de trato son ilícitas; no lo son, por ejemplo, las que se justifican por las exigencias reales del empleo. El ser hombre o mujer puede considerarse un requisito legítimo para ocupar empleos que implican una proximidad física a otras personas o para trabajar en el ámbito de las artes escénicas. Las distinciones basadas en las destrezas o en los esfuerzos exigidos por el trabajo son justas y legítimas, como también lo son las disparidades en la remuneración en función del número de años de formación o de horas trabajadas.”*¹⁰¹ Según la **Directiva Europea 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002**, no constituye discriminación una diferencia de tratamiento basado en una característica específica de un sexo, si por la naturaleza especial de la actividad o por el contexto de referencia, tal característica constituye un requisito esencial y determinante para el desarrollo de la actividad laboral con tal que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. *“Tampoco son discriminaciones las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para quienes tienen necesidades particulares por razones de género (...).”* Poner en práctica el principio de la igualdad de oportunidades y de trato supone mucho más que portarse de la misma manera con todo el mundo: requiere además, adoptar medidas especiales y adaptar el entorno a sus diferencias.¹⁰² Poniendo acento en uno de los factores que dan cuenta de la discriminación en comento, se consigna que *“una de las características más ancladas en los mercados de trabajo de todo el mundo son las importantes desigualdades de remuneraciones*

¹⁰⁰ www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf

¹⁰¹ Página 10 del Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado *“La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”*.

¹⁰² Página 10 del Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado *“La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”*.

por razones de género. Aunque esta desigualdad ha mermado en algunos lugares y se ha estancado en otros, las mujeres siguen trabajando, en general, por ingresos inferiores a los de los hombres.¹⁰³ *“La discriminación en la remuneración puede ser directa, cuando está relacionada con trabajos iguales o similares o indirecta, cuando se refiere a trabajos diferentes, pero de igual valor.”*¹⁰⁴ *“En algunos países de la Unión Europea la ausencia de empleos en que se propicie el equilibrio entre hombres y mujeres y se apliquen medidas destinadas a conciliar el trabajo y la vida familiar, también repercute en la persistencia de las disparidades de sexo”.*¹⁰⁵

A propósito de la desigualdad en materia de remuneraciones entre hombre y mujer, resulta útil citar como referente normativo que ayuda a determinar si en un caso concreto se materializa tal desigualdad, el, **“Memorandum de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre igual retribución para un trabajo de igual valor”, de 23 de junio de 1994** el cual establece que *“el concepto de igual retribución para un trabajo de igual valor significa que si una mujer desempeña un trabajo de la misma naturaleza y que exige las mismas condiciones de prestación que el de un hombre, aunque el trabajo sea diferente, deberá recibir el mismo salario y las mismas prestaciones, a no ser que la diferencia se explique por motivos no discriminatorios.”*

Puestos a buscar dentro de las manifestaciones legislativas que se asientan en evitar la discriminación por razón de sexo, la encontramos en la prohibición de condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez¹⁰⁶, así como en el reconocimiento del derecho a los permisos de pre y post natal¹⁰⁷, al permiso pre natal suplementario,¹⁰⁸ pre natal prorrogado,¹⁰⁹ post natal prolongado,¹¹⁰ el derecho al pago de subsidios por reposos, descansos o incapacidad laboral maternal,¹¹¹ el derecho al pago de los pasajes de ida y regreso a la sala cuna para alimentar al menor,¹¹² el derecho al fuero maternal,¹¹³ el derecho, durante el período de embarazo, cuando habitualmente la trabajadora esté ocupada en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, a ser cambiada a otro trabajo no perjudicial para su estado,¹¹⁴ el derecho a sala cuna respecto de las trabajadoras madres de hijos menores de dos años¹¹⁵ y el derecho a permiso para alimentar a hijos menores de dos años.¹¹⁶ Se trata, a no dudar, normas que establecen un tratamiento desigual (entre hombres y mujeres) asumiendo como criterio distintivo la maternidad y la alimentación del menor de corta edad.

“Es precisamente la maternidad y las circunstancias que de ella derivan (embarazo, lactancia), el único hecho diferenciador entre la mujer y el hombre. Esta afirmación que se hace con ocasión de la protección de la maternidad, tiene una gran trascendencia en cuanto a la imposibilidad por parte de los Estados, de mantener

¹⁰³ Página 22 del Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”.

¹⁰⁴ Página 25 del Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”.

¹⁰⁵ Páginas 24-25 del Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”.

¹⁰⁶ Artículo 194 inciso final del Código del Trabajo.

¹⁰⁷ Artículo 195 inciso 1º del Código del Trabajo.

¹⁰⁸ Artículo 196 inciso 1º del Código del Trabajo.

¹⁰⁹ Artículo 196 inciso 2º del Código del Trabajo.

¹¹⁰ Artículo 196 inciso 3º del Código del Trabajo.

¹¹¹ D.F.L. N°44 de 1979.

¹¹² Artículo 203 inciso 8º del Código del Trabajo.

¹¹³ Artículo 201 con relación al artículo 174, ambos del Código del Trabajo.

¹¹⁴ Artículo 202 del Código del Trabajo.

¹¹⁵ Artículo 203 del Código del Trabajo.

¹¹⁶ Artículo 206 del Código del Trabajo.

*ningún otro hecho diferenciador entre mujeres y hombres que no sea el derivado de circunstancias biológicas.*¹¹⁷

Aplicando el derecho a la no discriminación por razón de sexo, la jurisprudencia administrativa ha dispuesto que si con motivo del estado de embarazo, la trabajadora debió ser cambiada a turnos diurnos por el impedimento de desempeñar turnos nocturnos, el empleador debe mantenerle el pago de un bono nocturno, pues dicho cambio no puede significarle una merma en su remuneración.¹¹⁸

Así las cosas, se afirma por la doctrina, que deben eliminarse las barreras y condiciones especiales del trabajo femenino, concibiéndose toda norma de protección laboral de la mujer, salvo las impuestas por la maternidad, como discriminatorias e injustas¹¹⁹, ejemplo de reglas de derecho que, en otro tiempo justas, no lo son ya¹²⁰ al considerarse privilegios que repugnan al principio de igualdad.¹²¹

En tal sentido, se ha dictaminado que *“la obligación del empleador de mantener a su costo sala cuna alcanza a los alimentos que deba proporcionarse a los menores mientras se encuentren en ella”*.¹²²

Con relación a los derechos de la madre trabajadora, con relación a las alternativas que el legislador brinda para ejercer el derecho de alimentación del menor, a su turno, se ha sostenido que:

*“(...) el derecho que nos ocupa, ha sido concebido por el legislador para que sea ejercido en forma universal por todas las madres trabajadoras con hijos menores de dos años, constituyéndose de esta forma en otro derecho protector de la maternidad. Asimismo, se tuvo en consideración para su establecimiento, todos los beneficios que reporta, tanto para la madre como para el hijo, el hecho de que este último pueda ser alimentado por un período más prolongado de tiempo directamente por aquella. Para tal fin, se facilitó su cumplimiento estableciendo las alternativas que anteriormente se han enunciado, dando así la posibilidad de que se acuerde aquella que sea más beneficiosa para la madre, titular de este derecho irrenunciable, la que siempre velará por lo que considere más beneficioso para su hijo.”*¹²³

En otro caso, que refleja también la vigencia del principio de no discriminación en razón de sexo, este Servicio, reconsiderando la doctrina anterior¹²⁴ estableció que el tiempo máximo de una hora, en dos porciones, que tiene derecho la madre trabajadora para alimentar a sus hijos, establecido por el artículo 206 del Código del Trabajo, es por cada hijo menor de dos años.¹²⁵

En otro ámbito, pero también resguardando el derecho a no ser discriminada por razón de sexo la mujer embarazada, se ha establecido que: *“La prohibición establecida por el artículo 211-I del Código del Trabajo, respecto de la mujer embarazada, debe entenderse referida no sólo a la ejecución de operaciones de carga y descarga manual, entendiéndose por tales las tareas regulares o habituales que implique colocar o sacar carga sobre o desde un nivel, superficie, persona u otro, sino además, a todas aquellas labores que la obliguen a efectuar un esfuerzo físico, entendiéndose por tal las exigencias biomecánica o bioenergética*

¹¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, “La Constitución Europea y la igualdad de género”, en <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/15marialuisabalaguer.htm>

¹¹⁸ Dictamen N°2.447/114, de 25 de abril de 1994.

¹¹⁹ ALONSO OLEA, MANUEL Y CASAS BAAMONDE, M. EMILIA, ob. cit., pág.125.

¹²⁰ LARENZ, citado por ALONSO OLEA MANUEL Y CASAS BAAMONDE, M. EMILIA, ob. cit., pág.125.

¹²¹ ALONSO OLEA MANUEL Y CASAS BAAMONDE, M. EMILIA, ob. cit., pág.126.

¹²² Dictamen N°1.825/110, de 20 de abril de 1993.

¹²³ Dictamen N° 2.248/047, de 19 de junio de 2007.

¹²⁴ Contendida en dictamen N°5712/330, de 20 de octubre de 1993.

¹²⁵ Dictamen N°3.362/102, de 20 de agosto de 2003.

*que impone el manejo o manipulación manual de carga, esto es, de cualquier objeto cuyo peso supere los 3 kilogramos.*¹²⁶

Asumiéndose la relevancia que, para la igualdad de oportunidades entre trabajador y trabajadora, representa el fuero maternal, resulta pertinente señalar que la jurisprudencia administrativa, sostiene que la trabajadora, que gozando de fuero maternal se retira voluntariamente de una empresa y celebra un contrato de trabajo con otro empleador, le asiste el derecho a invocar ante su nuevo empleador la prerrogativa del fuero que la ampara, sea que a la fecha de celebración del referido contrato esté en estado de embarazo o tenga un hijo recién nacido o se encuentre en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, debiendo, en consecuencia, para los efectos de poner término a la respectiva relación, solicitarse la correspondiente autorización judicial en conformidad al artículo 174 del Código del Trabajo.¹²⁷

Por último, se ha reparado en que si se hubiere dado el aviso anticipado de desahucio de término de contrato y la trabajadora acreditada en el intertanto su estado de embarazo, se le ha de reconocer el fuero maternal.¹²⁸

Otras normas, más cercanas –aunque no del todo aún– al criterio según el cual los trabajadores con responsabilidades familiares no se encuentran adscritos a un sexo determinado, dispone el derecho de la madre trabajadora a un permiso y subsidio cuando la salud de su hijo menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave del menor, pero estos derechos, en caso que ambos padres sean trabajadores, podrá ejercerlo cualquiera de ellos, a elección de la madre. Estos mismos derechos se le otorgan a la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección¹²⁹; fundado en un criterio similar, se reconoce a la madre trabajadora el derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalente a diez jornadas ordinarias de trabajo al año cuando la salud de su hijo(a) menor de 18 años requiera la atención principal (de sus padres) con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o de una enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte. Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Con todo, dicho permiso se otorgará al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. A falta de ambos, a quien acredite su tuición o cuidado.¹³⁰ Por último, y en armonía con las normas anteriores, se dispone que la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección, tendrá derecho a permiso y subsidio hasta por doce semanas.¹³¹

La importancia creciente, en el orden internacional de este último tipo de normas, lo refleja el **Convenio Nº156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981** y, entre otros más, la **Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, Reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, “relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar” (2000/C 218/02)**, según la cual “*el objetivo de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la*

¹²⁶ Dictamen Nº520/6, de 30 de enero de 2006.

¹²⁷ Dictamen Nº4535/209 de 05 de agosto de 1994.

¹²⁸ Dictamen Nº3.160 de 22 de junio de 1984.

¹²⁹ Artículo 199 incisos 1º y 2º del Código del Trabajo.

¹³⁰ Artículo 199 bis incisos 1º y 2º del Código del Trabajo.

¹³¹ Artículo 200 inciso 1º del Código del Trabajo.

vida familiar, de forma paralela con el objetivo de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones, constituyen dos supuestos especialmente importantes para la igualdad entre hombres y mujeres.” Un equilibrio defectuoso entre la vida profesional y la vida familiar constituye un freno a la participación de todos, pero en particular para la mujer en el mercado de trabajo, pues culturalmente el peso de las responsabilidades familiares continúa bajo sus espaldas.¹³²

En consonancia con la búsqueda de tal equilibrio, se ha establecido por la jurisprudencia de este Servicio, que *“no existe inconveniente jurídico para que el trabajador cuya cónyuge ha fallecido en el parto, utilice los servicios de la sala cuna que mantiene la empresa para la cual presta servicios, para la atención del menor nacido, al tenor de lo prevenido en el artículo 203 del Código del Trabajo.”*¹³³

Discriminación indirecta por razón de sexo:

Pero las acciones estatales tendientes a proteger la igualdad de género siguiendo los términos de Balaguer Callejón¹³⁴, no acaban allí, pues, desde hace varias décadas¹³⁵ se ha constatado que existen normas formalmente neutras que, en los hechos, genera un trato menos favorable para un sexo determinado (generalmente, el sexo femenino). Se habla, así, de la discriminación por razón de sexo indirecta como aquella que se verifica cuando una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un sexo determinado, en los hechos genera un trato esencialmente menos favorable para trabajadores de un cierto sexo, sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias que no digan relación con una discriminación por motivos de sexo.¹³⁶ Precisamente en base con el objeto de poner un freno a las discriminaciones indirectas, el Tribunal Constitucional Español ha declarado sistemáticamente inconstitucionales las normas y prácticas falsamente protectoras o paternalistas que, favoreciendo exclusivamente a las mujeres, tienden a reforzar su papel tradicional consolidando su situación de subordinación e inferioridad respecto del varón.¹³⁷

Siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y a la doctrina alemana, Eduardo Caamaño, da cuenta de los siguientes presupuestos que han de configurar la existencia de una discriminación que haya de reputarse indirecta, a saber:

i) Regla o medida de contenido neutro:

Sea que ésta sea formulada por el legislador, el empleador o por las partes de un instrumento colectivo que diga relación con la remuneración y que sin estar referida a trabajadores pertenecientes a cierto sexo, es decir, siendo formulada neutralmente, trae aparejada un trato menos favorable para los trabajadores de un sexo determinado (ejemplo: en un contrato colectivo se excluye a los trabajadores a tiempo parcial del pago de gratificación voluntaria)¹³⁸;

¹³² En tal sentido, MERCURI, GLORIA, ob. cit.

¹³³ Dictamen N°3.280/183, de 30 de junio de 1999.

¹³⁴ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, ob. cit.

¹³⁵ A modo referencial, cabe señalar que se encuentra inserta en la normativa comunitaria europea desde la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976.

¹³⁶ Así lo ha sostenido el TJCE, según da cuenta CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950. En un sentido similar, SÁEZ LARA, CARMEN, “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, Cuadernos de Relaciones Laborales N°6, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1995, pág.67.

¹³⁷ CUENCA GÓMEZ, PATRICIA, “Mujer y Constitución: Los Derechos de la Mujer antes y después de la Constitución Española de 1978”, <http://universitas.idhbc.es/n08/08-05.pdf>

¹³⁸ CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950.

ii) Efectos desfavorables para trabajadores de un cierto sexo:

En el ejemplo que da el referido autor nacional, *“la exclusión de trabajadores a tiempo parcial del pago de gratificación voluntaria afecta, en los hechos, mayoritariamente a mujeres, por ser éstas por regla general quienes prefieren o se ven en la necesidad de aceptar esta modalidad de contratación.”*¹³⁹ Ahora bien, *“no basta que la regla o medida afecte mayoritariamente a un sexo determinado, sino que entre el grupo de trabajadores beneficiados por ella, con respecto a los perjudicados, la proporción entre los sexos debe ser considerablemente distinta.”*¹⁴⁰ Lo anterior, se ha de obtener, por medio del siguiente proceso de grupos a comparar:

- Lo primero es determinar el ámbito de aplicación de la respectiva regla o medida (contrato individual, contrato colectivo, ley, etc.);

- Lo segundo será verificar que, entre los destinatarios de la regla o medida, se adviertan dos grupos: el primero con formado por los trabajadores que cumplen con los requisitos de las regla o medida y el segundo, por aquellos que se ven perjudicados por la aplicación de la misma;

- Por último, ha de determinarse el porcentaje de hombres y mujeres que existe en cada uno de los grupos, siendo lo determinante la comparación de los porcentajes de hombres y mujeres entre ambos grupos de trabajadores, toda vez que la discriminación laboral indirecta tendrá lugar si el porcentaje de trabajadores de un cierto sexo dentro del grupo de los trabajadores perjudicados, es considerablemente superior al porcentaje de trabajadores del mismo sexo de los trabajadores beneficiados.¹⁴¹ En el mismo ejemplo ya dado, vinculado al tiempo parcial, cabría, en primer término averiguar el eventual carácter discriminatorio indirecto de la regla antes enunciada, establecer entre los destinatarios de la misma, el porcentaje de mujeres con relación al de hombres entre los trabajadores a tiempo parcial; luego, habrá que determinar el porcentaje de mujeres con relación al de hombres entre los trabajadores a tiempo completo y comparar ambos grupos, para, finalmente, concluir, si en el grupo de trabajadores a tiempo parcial perjudicados por la aplicación de una regla o medida hay considerablemente más mujeres que en el grupo de trabajadores a tiempo completo beneficiados por ella, se configurará el despido indirecto.¹⁴²

iii) Causalidad:

Quienes sostienen este presupuesto sostienen que debe concurrir, además de los dos anteriores, una relación causal entre el sexo de los trabajadores afectados y los efectos discriminatorios o perjudiciales de la regla o medida.¹⁴³ Vale decir, *“no basta para reconocer la existencia de una discriminación laboral indirecta que una regla o medida afecte considerablemente a los trabajadores de un sexo determinado, sino que es necesario establecer si ese trato discriminatorio, con respecto a la formulación de la regla o medida cuestionada, es un resultado*

¹³⁹ CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950.

¹⁴⁰ Wissmann, citado por CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950.

¹⁴¹ CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950.

¹⁴² CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950.

¹⁴³ CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950.

*accidental o bien sólo se explica porque esos trabajadores son de un cierto sexo y por esa razón se les excluye o priva de obtener un mejor trato con respecto a sus remuneraciones”.*¹⁴⁴

A efectos de distinguir entre discriminación directa e indirecta –labor en ocasiones nada fácil- el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha acudido (caso As. Dekker S., de 08.11.1991) a dos criterios de diferenciación. El primero de carácter externo, si la decisión en cuestión se aplica sólo a los miembros de un sexo o de ambos indistintamente, se analizará bajo la teoría de la discriminación directa o indirecta, respectivamente. El segundo criterio, de carácter ontológico, supone que, en la discriminación directa es decisiva la causa de la decisión; si ésta es el sexo de la persona, o una consecuencia directa del mismo, se tratará de una discriminación directa. En cambio, en la discriminación indirecta, lo relevante es el efecto, la consecuencia, el tratamiento desfavorable de las mujeres con relación a los hombres.¹⁴⁵

*“El caso Dekker aplica un test de detección de la discriminación consistente en cambiar, en una situación dada, el sexo del sujeto, para verificar si las consecuencias son o no idénticas. Dicho test cobra especial interés, justamente, en supuestos como el del embarazo, donde no hay término comparable, no siéndolo, conviene precisarlo, la enfermedad: el embarazo no es una enfermedad. Aplicando el test, el resultado es la existencia de discriminación directa: si el trabajador no contratado fuese un hombre, no estaría embarazado, como es obvio, y, por su aptitud, hubiera sido contratado.”*¹⁴⁶

Acciones positivas:

Las acciones positivas tienen su fundamento en la necesidad de hacer frente a desigualdades de hecho, al resultar insuficiente aplicar el principio de igualdad formal, impulsando el establecimiento de un trato más diferente y más favorable para algunos grupos o sectores con el fin de igualar verdaderamente y no son otra cosa que diferenciaciones a favor de la igualdad, estableciéndose, como afirma Rodrigo Bustos Bottai en las últimas décadas como derechos preferentes para colectivos desaventajados, destacando especialmente las medidas adoptadas en el Derecho estadounidense a favor de las minorías raciales y en el ámbito comunitario europeo en beneficio de la igualdad de género.¹⁴⁷ En el caso de la discriminación por razón de sexo, las acciones positivas están destinadas a eliminar la disparidad de hecho de las cuales son objeto las mujeres en su vida laboral y a promover su ocupación.¹⁴⁸ Se trata, en fin, de medidas destinadas a ser implementadas por el Estado, pero su justificación resulta del todo pertinente para, en un caso concreto, en que se discuta la eventual vulneración del derecho a no ser discriminado arbitrariamente, esté en juego.

El acoso sexual y la discriminación por razón de sexo:

La norma genérica y que sirve de sustento al reproche de toda conducta constitutiva de acoso sexual, es aquella contenida en la primera parte del inciso 2º del artículo 2 del Código del Trabajo y según la cual *"las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona."* Esta norma exige de parte del empleador una disposición activa, tal como refleja la norma del inciso 2º del artículo 153 del Código del Trabajo, cuando, de

¹⁴⁴ PFARR, citado por CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 67-81. ISSN 0718-0950.

¹⁴⁵ SÁEZ LARA, CARMEN, ob. cit., pág.69.

¹⁴⁶ LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO, ob. cit., pág.43.

¹⁴⁷ BUSTOS BOTTAI, RODRIGO, ob. cit.

¹⁴⁸ Recomendaciones del Consejo Europeo 84/635/CEE, de 13.12.1984 sobre "Promoción de acciones positivas a favor de la mujer".

frente a las disposiciones que debe contener todo Reglamento Interno, establece que *“especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores.”*

El legislador ha estimado categóricamente que resulta contrario a la dignidad de la persona, entre otras conductas posibles, el acoso sexual, entendiendo por tal *“el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”*

Que, de acuerdo a la doctrina vigente del Servicio, contenida en dictamen N°1.133/36 de 21.03.2005, al precisar los alcances de las conductas de acoso sexual, sostiene que *“no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, tal como lo pone expresamente de manifiesto el concepto legal recién transcrito, cuando señala que el acoso sexual puede producirse “por cualquier medio”, incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.”*, entendiendo el legislador, al *“utilizar la expresión “amenacen o perjudiquen su situación laboral”, que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.”*

De la lectura de las normas incorporadas al Código del Trabajo por la Ley N°20.005, aparece que se dirigen a sancionar el acoso sexual cometido por uno(a) o más trabajadores(as) de la empresa, no alcanzando al empleador. Para el caso que las conductas de acoso sexual provengan de éste, la jurisprudencia administrativa ha dispuesto que, en tal caso, *“no corresponde la aplicación del procedimiento contemplado en el título IV del Código del Trabajo, de la investigación y sanción del acoso sexual, debiendo en dicho caso efectuarse la denuncia directamente a la Inspección del Trabajo respectiva por infracción a las normas legales laborales contenidas en el artículo 2 del Código del Trabajo”,* agregando que, *“el acoso sexual corresponde a una conducta ilegal, que infracciona el artículo 2 del Código del Trabajo, y lesiona diversos bienes de la persona afectada, protegidos por el ordenamiento jurídico vigente, debiendo el Estado, a través de sus órganos fiscalizadores, sancionar administrativamente dicha conducta.”*¹⁴⁹

Así las cosas, y partiendo de la convicción que las conductas de acoso sexual son, por su naturaleza, pluriofensivas de los derechos fundamentales de sus víctimas, pudiendo encontrarse entre éstos, el derecho a no ser discriminada una trabajadora por razón de sexo, lo que tendrá que ser analizado en cada caso en particular y, para el evento de acreditarse, habrá de ser objeto de la correspondiente denuncia en base al procedimiento de tutela laboral regulado por el párrafo sexto, del Capítulo II, del Título I, del Libro V del Código del Trabajo.

Precisamente Salvador del Rey Guanter afirma que *«el acoso sexual es normalmente también discriminación por razón de sexo, en tanto que este último se está haciendo decisivo para realizar una diferenciación carente de justificación tomando como base para ello el sexo masculino o femenino del trabajador»*.¹⁵⁰ En el mismo sentido, en 1992, el Comité sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer observó que la igualdad en el empleo podría ser gravemente perjudicada, si las mujeres eran sometidas a una violencia orientada a un sexo específico, tal como

¹⁴⁹ Dictamen N°1.133/36, de 21 de marzo de 2005.

¹⁵⁰ DEL REY GUANTER, SALVADOR, «Acoso sexual y relación laboral», citado por DE VICENTE PACHÉS, FERNANDO, “El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y Derecho Comunitario europeo.”, <http://www.mtas.es/es/publica/revista/numeros/67/Est03.pdf>

el acoso sexual en el lugar de trabajo.¹⁵¹ En el caso español sólo en tiempos relativamente recientes estas prácticas han sido calificadas como discriminatorias por el TC y más específicamente fue a través de la sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, que se adoptó este criterio. En dicha sentencia el Tribunal estimó que se trata de comportamientos discriminatorios porque “afectan notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación”.¹⁵²

IV.- Colisión de los derechos fundamentales de los trabajadores(as) con el ejercicio de las facultades del empleador:

Los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, reconocen como una consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional ciertos límites a su ejercicio; límites que inexcusablemente deben fundarse en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, como la moral, el orden público y el bien común, y que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental. Ningún derecho fundamental puede ser interpretado en sí mismo, sino que mediante una visión sistémica que tome en cuenta el significado de cada una de las garantías constitucionales como partes de un sistema unitario. De esta forma, todo derecho, en razón de su naturaleza limitada, debe ceder en su virtualidad protectora para armonizarse y compatibilizarse con otros bienes y derechos, también de relevancia constitucional.¹⁵³

Fácil resulta advertir que los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad –artículos 19, N°s. 21 y 24 de la Constitución, respectivamente–, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial –ratio económica.¹⁵⁴

Asimismo, al empleador le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador.¹⁵⁵

Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección –comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario–, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración –ratio jurídica– en el contrato de trabajo –dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador–, a lo que debemos agregar la ley –será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario–. Previo al contrato y en función de la libertad de empresa, el empresario es titular de

¹⁵¹ Citado por DE VICENTE PACHÉS, FERNANDO, ob. cit.

¹⁵² BUSTOS BOTTAI, RODRIGO, ob. cit.

¹⁵³ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁵⁴ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁵⁵ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

unas facultades organizativas-económicas, las que sólo en virtud del contrato de trabajo se materializan en el poder de dirección, es decir, se manifiestan en el específico ámbito de la relación laboral, y por lo mismo quedan sujetas a las limitaciones que el propio marco convencional o legal establezca; elementos que en definitiva, vienen a conformar la posición jurídica que ha de ocupar el empleador en la relación laboral, en cuanto su poder de dirección es un poder laboral que se ejerce en este ámbito delimitado; o dicho de otra forma, sólo este poder de dirección es el que es oponible al trabajador.¹⁵⁶

Pero, en todo caso, los límites a las facultades del empleador, como sostiene Sergio Gamonal, operarán “en negativo” respecto de aquéllas, esto es, como prohibición de cualquier actitud que vulnere estas libertades, pero no obliga al empleador a modificar su estructura productiva al tenor de los derechos fundamentales de sus trabajadores, para facilitar su ejercicio.¹⁵⁷

Resulta útil recordar, previo a la referencia de la forma de salvar las colisiones entre las potestades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, la distinción que se hace en doctrina entre reglas y principios. Las reglas (por ejemplo, aquella que ordena pagar un sueldo mínimo) son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva, confirmando tal carácter definitivo a los derechos que se basan en ellas. Los principios, en cambio, son normas que ordenan optimizar y, como tales, ordenan que algo (por ejemplo, respetar la privacidad de un trabajador en su lugar de trabajo) deba hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, lo que implica afirmar que los principios pueden y deben ser ponderados. Así, como se afirmaba que los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos, aquellos que se basen en principios, serán derechos *prima facie*¹⁵⁸ o a primera vista, por cuanto, producto de su balanceo, podrían terminar cediendo frente a otros principios, según se analizará.

La naturaleza de los principios condiciona que los conflictos entre aquéllos habrán de resolverse de un modo diverso a como se resuelven los conflictos entre reglas. Así, como en caso de colisión de reglas, habrá que recurrir a los mecanismos clásicos del derecho civil (las leyes especiales prevalecen sobre las generales¹⁵⁹, las leyes posteriores prevalecen sobre las anteriores, etc.) en el caso de conflicto de derechos fundamentales, la modalidad que corresponde aplicar se le denomina ponderación.¹⁶⁰ Será a ésta a la que habrá que acudir, en caso de colisión entre *“la conducta del empleador amparada en sus funciones legales como propietario y los derechos constitucionales del trabajador como ciudadano.”*¹⁶¹

Allí donde aparece un conflicto entre dos principios (o dos derechos), surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad.¹⁶²

Con todo, cualquier interpretación sobre los eventuales límites a un derecho fundamental ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen éstos y que exigen una opción inequívoca por su aplicación plena. Del

¹⁵⁶ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁵⁷ GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, “Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos”, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Ed., Montevideo, Uruguay, 2004, pág.p.23.

¹⁵⁸ ALEXY, ROBERT, “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°1, octubre 1994, Instituto Tecnológico Autónomo de México (Itam), Fontamara, México, págs.40-41.

¹⁵⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO Y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, “Curso de Derecho Civil”, Tomo I, Parte General y Las Personas, 2da Edición redactada y puesta al día por Vodanovic H., Antonio, Editorial Nascimento, Santiago, 1945, pág.204.

¹⁶⁰ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “Los Derechos Fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral”, Ensayos Jurídicos N°2-2006, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, pág.19.

¹⁶¹ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “Los Derechos Fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral”, ob. cit., pág.18.

¹⁶² RUIZ RUIZ RAMÓN, ob. cit.

mismo modo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio, derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales, tampoco pueden serlo.¹⁶³

Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprensivamente podemos englobar en la aplicación del denominado "**principio de proporcionalidad**", y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad (**ponderación**) de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del propio derecho).¹⁶⁴ Este examen deberá realizarse, salvo el caso que el propio legislador ya lo hubiere realizado.

El principio de proporcionalidad, como también se ha sostenido en anteriores dictámenes,¹⁶⁵ admite una división en sub principios que, en su conjunto, comprenden el contenido de este principio genérico, a saber:

a) **El "principio de la adecuación"**: El medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto;¹⁶⁶

b) **El "principio de necesidad"**: Este exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y,

c) **El "principio de proporcionalidad en sentido estricto"**: Por éste, se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto.¹⁶⁷

Así las cosas, una medida restrictiva de un derecho fundamental superará el juicio de proporcionalidad si se constata el cumplimiento de los tres requisitos o condiciones referidas: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).¹⁶⁸

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.¹⁶⁹

¹⁶³ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁶⁴ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁶⁵ Dictamen N° 2856/162, de 30.08.2002.

¹⁶⁶ Este principio se ha reconocido en la jurisprudencia de este Servicio al pronunciarse sobre los requisitos de las medidas de revisión y control del personal, al establecerse que tales medidas, entre otras condiciones, "deben ser idóneas a los objetivos perseguidos" en Ordinarios N°s. 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; y 2.309/165, de 26.05.98.

¹⁶⁷ Ruiz Ruiz Ramón, "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N°10, 2006, pág. 62, consultada en www.filosofiyderecho.com/rtfd

¹⁶⁸ Ruiz Ruiz Ramón, ob. cit.

¹⁶⁹ Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

De esta forma, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.¹⁷⁰

Por su parte, en una función de clausura del sistema de derechos fundamentales, el contenido esencial del derecho –garantía reconocida en nuestra carta fundamental en el artículo 19, Nº 26– supondrá la existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador. De esta forma, la posibilidad de imponer un límite al ejercicio libre del derecho fundamental, basado en el ejercicio de otros derechos constitucionalmente relevantes, ha de estar determinada por el respeto al contenido esencial del mismo, constituyéndose éste a su vez, en lo que la doctrina ha denominado un "límite a los límites"^{171 172}.

Se desconoce el contenido esencial del derecho cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. Es decir, cuando al derecho se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible como tal y se impide su libre ejercicio (Sentencia Tribunal Constitucional, de 24.02.87, Rol Nº 43).¹⁷³

Por su naturaleza el ámbito, durante la vigencia del contrato de trabajo, en que tradicionalmente más se tensiona la vigencia plena de los derechos fundamentales de los trabajadores, tiene lugar en el ejercicio de las facultades de control por parte del empleador, derivada de su potestad de mando, medidas que pueden lesionar uno o más de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En lo que se refiere a los límites del poder del empleador frente al control y revisión de sus trabajadores y/o de sus efectos personales, se ha resuelto con anterioridad, que resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión pero es necesario que tales medidas *"se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores"* y, en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención *"sean técnicos y despersonalizados"*, y que, por ende, se *"apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo"*, que *"eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas."*¹⁷⁴

A partir de la verificación de los efectos lesivos que para los derechos fundamentales suponía el uso de ciertas medidas de control por parte del empleador, lesivas para los derechos fundamentales de los trabajadores, se establecieron tres condiciones que toda medida de revisión y de control debían respetar, a saber:

a) Las medidas de revisión y control de personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas, deben necesariamente incorporarse al texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de la empresa, dictado en conformidad a la ley;

b) Las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la persona y sus trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador, según lo señala la Constitución en su artículo 20, como por ejemplo, la selección discrecional de las personas a revisar o la implementación de medidas extrañas e inconducentes a los objetivos señalados, y,

¹⁷⁰ Dictamen Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁷¹ Ignacio de Otto Pardo, Derechos Fundamentales y Constitución, Civitas, Madrid, 1988, p. 125

¹⁷² Dictamen Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁷³ Dictamen Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

¹⁷⁴ Dictamen Nº 4.842/300, de 15 de septiembre de 1993.

c) las medidas, además, no deben tener un carácter pre policial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito "sine qua non" para la legalidad de estas medidas de revisión y control, el que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización de las revisiones.¹⁷⁵ Para el caso que operara una selección de operarios, se ha dispuesto que la revisión deberá ser aleatoria.¹⁷⁶

Las condiciones arriba señaladas, importan que si las medidas de revisión y de control deben ser operadas a través de un sistema de selección, sus características fundamentales deberán ser la universalidad y la aleatoriedad de las revisiones.¹⁷⁷

De este modo, las medidas de **control de las personas que serán objeto de la revisión** pueden lícitamente implementarse a través de dos modalidades: en primer lugar, hacer recaer la revisión sobre todo el personal de la empresa o sección, o en segundo lugar, establecer un mecanismo de selección que garantice la aleatoriedad de la misma, a través de un sistema de sorteo que la empresa debe explicitar en el Reglamento señalado.¹⁷⁸

Tratándose del control de ingesta de alcohol, se ha dispuesto que, puede resultar inconducente una selección por medio de sorteo, debiendo, entonces, como única manera de garantizar la despersonalización de la revisión, optar por aplicar el mencionado test a todos y cada uno de los trabajadores de la empresa.¹⁷⁹

En lo relativo a la obligación de los trabajadores de someterse a **control antidrogas**, se hace presente que este Servicio ha señalado *"que resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión, pero es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados y que, por ende, se apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas"*.¹⁸⁰

El desarrollo doctrinal que la jurisprudencia de este Servicio hiciera respecto de los límites que a las potestades del empleadores suponía la vigencia de los derechos fundamentales, fue recogido por las reformas introducidas por la Ley N°19.759, de 2001. Así, se dispuso, como norma eje en lo que a tutela de derechos fundamentales se refiere, en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, 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, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos."

Consecuente con la relevancia dada a los derechos fundamentales en el ámbito laboral, se incorporó una norma según la cual las obligaciones y prohibiciones contenidas en el Reglamento Interno de la empresa, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.¹⁸¹

¹⁷⁵ Dictamen N°684/50, de 06 de febrero de 1997.

¹⁷⁶ Dictamen N°8.005/323, de 11 de diciembre de 2005.

¹⁷⁷ Dictamen N°8.005/323, de 11 de diciembre de 2005.

¹⁷⁸ Dictamen N°8.005/323, de 11 de diciembre de 2005.

¹⁷⁹ Dictamen N°8.005/323, de 11 de diciembre de 2005.

¹⁸⁰ Dictamen N° 4842/300, de 15 de septiembre de 1993.

¹⁸¹ Art. 154 inciso final del Código del Trabajo.

Por último el legislador, de frente al derecho a la privacidad, formuló su ponderación al establecer en el artículo 154 bis del Código del Trabajo que: *El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.*

Que, dentro de los casos en que a este Servicio le ha correspondido pronunciarse frente a facultades propias de los empleadores –materializadas en medidas de control – y derechos fundamentales de los trabajadores, cabe traer a colación los siguientes:

Frente a un conflicto entre facultades del empleador y el respeto a la honra y dignidad de los trabajadores, al incluir un registro de peso junto al registro control de asistencia, se estableció que:

“El registro control de asistencia no constituye un medio idóneo de revisión y control del personal, toda vez que el objeto del registro se encuentra taxativamente señalado en la ley y consiste en controlar la asistencia y determinar las horas trabajadas, no siendo procedente, por tanto, que el empleador altere su naturaleza y lo emplee para fines diversos a los señalados en la ley.”¹⁸²

En un caso de conflicto entre facultades del empleador y el respeto al derecho a la integridad psíquica, a no ser discriminados arbitrariamente, a la libertad de trabajo, al derecho a la protección de la honra de los trabajadores al poner en uso el polígrafo en la selección de personal, se dispuso que:

“El uso del polígrafo aplicado a la selección de personal así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en su empresa, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno.”¹⁸³

Frente a un conflicto entre facultades del empleador y el respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores, al disponer la instalación de videocámaras en la entrada delantera de los buses, se estableció que:

“la utilización de estos mecanismos de control audiovisual, con el exclusivo objetivo de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer a un derecho fundamental”.¹⁸⁴

Tomando en cuenta lo razonado precedentemente, en cuanto a que, a efecto de salvar la colisión que, para un caso concreto se produzca, entre las potestades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, **cabe complementar la doctrina vigente en materia de las facultades del control y revisión que el empleador ejerce sobre los trabajadores y sus efectos personales**, en el sentido que, además debe salvar el examen de proporcionalidad, esto es, además de tener que cumplir con los requisitos que el legislador ordena (generalidad e imparcialidad de la medida) y de los que emanan de la doctrina administrativa (la publicidad de las medidas de control, entre ellas), deberá responder asertivamente a las tres reglas o juicios que emanan del principio de proporcionalidad, ya referidos. La falta de fundamentación de la actuación del empleador que lesiona uno o más derechos fundamentales o su desproporción, serán señal inequívoca de lesión de derecho fundamental, con las consecuencias

¹⁸² Dictamen N° 3347/132, de 13 de junio de 1996.

¹⁸³ Dictamen N° 684/50 06 de febrero de 1997.

¹⁸⁴ Dictamen N° 2328/130 19.07.2002.

que ello conlleva en base a la Ley 20.087.

Que, dentro de las facultades de este Servicio en que deberá ponerse acento a efectos de cautelar lo aquí señalado, además de las propias de fiscalización, será en aquellas en que el legislador le reconoce para de oficio o a petición de parte, realizar el control de legalidad de los Reglamentos Internos de Orden, con los límites a que refiere el artículo 153 del Código del Trabajo, especialmente en lo que diga relación con las prohibiciones y obligaciones que en él se contemplen, en la medida que ellas supongan un límite insalvable, de cara al respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El ejercicio del *ius variandi* y el respeto de los derechos fundamentales:

AMÉRICO PLÁ la define como “la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador”¹⁸⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dicha potestad en diversas normas, siendo la de mayor frecuencia, aquella contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo, que, en sus dos primeros incisos dispone:

“El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.”

“Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.”

Pues bien, con la modificación introducida por la Ley N°19.759 de 2001 al inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, el ejercicio por parte del empleador del *ius variandi* ha supuesto, tal como sucede con el ejercicio de la potestad disciplinaria y demás genéricas y específicas que se le reconocen al empleador, la necesaria conformidad no tan sólo con las específicas reglas que el legislador le traza (a modo ejemplar, con trasladar a un trabajador de lugar de trabajo, sin ocasionarle menoscabo), sino que, en la medida que alcance el ejercicio de uno o más derechos fundamentales del trabajador, deberá salvar adecuadamente, el referido juicio de proporcionalidad.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones expuestas, cúmpleme informar a Usted que:

1) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, y la doctrina vigente de este Servicio, contenida en el dictamen 2328/130, de 19.07.2002, los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente;

¹⁸⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, “Curso de Derecho Laboral”, citado por ERMIDA URIARTE, OSCAR, “Modificación de condiciones de trabajo por el empleador”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág.31.

2) Los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial.

3) Para conciliar las conclusiones anteriores, existen ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que se pueden englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, tendrá que cumplir con el "principio de la adecuación", que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; con el "principio de necesidad", según el cual la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", a partir del cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

Saluda a Ud.,

**PATRICIA SILVA MELENDEZ
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO**

RPL/MCST/CTC

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín
- Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo