

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

**“DISCRIMINACIÓN ILEGÍTIMA EN EL
DERECHO LABORAL CHILENO: TUTELA
JURISDICCIONAL POST LEY 19.759 Y
NULIDAD DEL DESPIDO POR ACTO
DISCRIMINATORIO”**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

MARCELO ANDRÉ ARAYA ROJAS.

PROFESORA GUÍA: MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE

SANTIAGO-CHILE 2006

Epígrafe . .	1
INTRODUCCIÓN .	3
CAPÍTULO I: “CIUDADANÍA EN LA EMPRESA, IGUALDAD DE TRATO Y DISCRIMINACIÓN”	
..	5
1. Plasmación jurídico-normativa de los derechos fundamentales. .	6
2. Reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. La <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> . . .	6
2. 1 La <i>Drittwirkung</i> y su consagración normativa en Chile. . .	7
3. Derechos de Ciudadanía y Empresa: Aplicación de la <i>Drittwirkung</i> en el marco de las Relaciones Laborales. .	8
4. La Ciudadanía frente al Principio de Igualdad. .	10
5. Ruptura del Principio de Igualdad: La Discriminación y el Acto Discriminatorio. .	14
6. La discriminación en materia laboral. ³⁴ . .	16
6.1 Clasificación de la Discriminación Laboral. .	17
7. El Principio de No Discriminación en materia Laboral. . .	22
7.1 Recepción Internacional del Principio de No Discriminación Laboral: La OIT. .	23
7.2. Recepción nacional del Principio, a nivel Constitucional. .	24
8. La discriminación laboral y las fases de desarrollo del contrato de trabajo. . .	25
8.1. Fase Pre-Contractual (Selección pre-ocupacional). .	25
8.2. Etapa contractual (vigencia de la relación laboral). .	26
8.3. Terminación del Contrato de Trabajo. .	26
8.4. Fase post-contractual. .	27
9. La <i>intencionalidad</i> en la configuración del acto discriminatorio laboral. . .	27
CAPÍTULO II: “LA LEY 19.759: TUTELA SUSTANTIVA DE LOS DERECHOS	31

³⁴ La preocupación por la discriminación en el mundo del trabajo tiene que ver con el reconocimiento en el seno de la empresa, no sólo de relaciones técnicas en la producción, sino que también de relaciones sociales en la misma. Como dice ROBLES, cualquier intento de dar respuesta a las cuestiones técnicas en la producción sin tener en cuenta el estado de las relaciones sociales al interior de esta organización, constituye un error equivalente al que resultaría de invertir la ecuación. (Robles, Alberto José. “Discriminación y Derecho del Trabajo: El Despido Discriminatorio y las Relaciones Laborales No Autoritarias”. Revista Pistas, n°5. Instituto del Mundo del Trabajo. Buenos Aires, Argentina. Octubre 2001. Disponible en <http://www.mundodeltrabajo.org.ar/Pistas/p005/roblesoct01.htm>)

FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA". .

1. Génesis y texto legal. .	32
2. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial de la Reforma. .	35
2.1 Protección del Derecho de Ciudadanía del Trabajador al interior de la Empresa. . .	36
2.2 Protección del Derecho a la Igualdad de Trato (a la No Discriminación) en Materia Laboral. . .	43
3. Consideraciones Finales. . .	50
CAPÍTULO III: "SISTEMA ADJETIVO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL". .	53
1. La Sede Administrativa. .	54
1.1. Vías administrativas procedentes ante el acto discriminatorio acaecido durante la vigencia del Contrato de Trabajo: .	55
1.2 Vía administrativa procedente ante el despido discriminatorio del empleador: El reclamo ante la Inspección. ¹¹⁹ .	56
2. La Sede Constitucional. .	57
2.1 Acción de protección invocada durante la etapa de selección pre-ocupacional. .	58
2.2 Acción de protección invocada durante la vigencia de la relación laboral. .	59
2.3 Acción de protección invocada con motivo de la terminación del contrato de trabajo. . .	59
3. La Sede Civil. . .	60
3.1 Acción por daño moral en la etapa de selección pre-ocupacional. (Fase pre-contractual). .	61
3.2 Acción por daño moral en la fase contractual. . .	62
3.3 Daño Moral devenido de la terminación del contrato de trabajo. . .	62
3.4 La acción por daño moral en la fase post-contractual. .	62
4. La Sede Laboral: El Despido Discriminatorio. . .	64
4.1 La acción por despido injustificado, indebido o improcedente. . .	65

¹¹⁹ Artículo 29, inc. 1º L.O.C Dirección del Trabajo: "*La Dirección del Trabajo y los funcionarios de su dependencia podrán citar a empleadores, trabajadores, directores de sindicatos o a los representantes de unos u otros, o cualquiera persona en relación con problemas de su dependencia, para los efectos de procurar solución a los asuntos que se le sometan en el ejercicio de sus respectivas funciones o que deriven del cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias, como asimismo, para prevenir posibles conflictos*".

4.2 La acción por despido indirecto. . .	66
4.3 La acción de nulidad del despido por acto discriminatorio. . .	68
CAPÍTULO IV: “LA NULIDAD DEL DESPIDO POR ACTO DISCRIMINATORIO”. . .	71
1. La Teoría de la Nulidad y su aplicabilidad en materia de Terminación del Contrato de Trabajo. . .	71
1.1 La Nulidad en materia Laboral. . .	73
1.2. Las causales de nulidad y su aplicabilidad en materia de despido. . .	74
1.3 Consagración de la Nulidad del Despido en el Código del Trabajo. . .	80
2. La Discriminación como Causal de Nulidad Absoluta en el Despido: El Despido <i>Nulo</i> por Acto Discriminatorio. . .	82
2.1 El Acto Discriminatorio como Objeto Ilícito en el Despido. . .	83
2.2 La Discriminación como Causa Ilícita de Despido. . .	83
3. La Acción de Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio. . .	86
3.1 Configuración de la Acción. . .	86
4. La Prueba del Despido Discriminatorio. . .	88
5. Conclusión. . .	89
CAPÍTULO V: “LEY 20.087 (MODIFICATORIA DEL LIBRO V DEL CÓDIGO DEL TRABAJO) Y EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: HACIA UNA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN LABORAL EN MATERIA DE DESPIDO”. . .	91
1. El Procedimiento de “Tutela Laboral” ²¹⁵ . . .	92
1.1 Bases del Procedimiento. . .	93
1.2 Impulso Procesal y Plazo. . .	94
1.3 Legitimación Activa. . .	95
1.4 Substanciación del Procedimiento. . .	95
1.5 Preferencia en la Tramitación. . .	96
1.6 Rol Fiscalizador de la Autoridad Administrativa. . .	96
1.7 Onus Probandi. . .	97

²¹⁵ Cabe consignar que la denominación del Párrafo referido es –a mi juicio- desafortunada, por cuanto es claro que la “tutela laboral” corresponde al deber genérico de la totalidad de las normas del ramo. Es decir, tanto de aquellas referidas a los derechos específicos laborales como de aquellas relacionadas con los derechos inespecíficos; y no sólo de estos últimos, como propone dicha redacción. Al respecto, además, debemos decir que la denominación que en este aspecto hacía el proyecto original (contenida en el Mensaje N° 4-350, de 22 de septiembre de 2003) era mucho más apropiada: Al Párrafo Sexto se le titulaba “Del Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales”.

1.8 Efectos de la Declaración de Ilegitimidad de la Medida Empresarial. . .	97
1.9 Compatibilidad con otras Acciones Judiciales. . .	98
1.10 Resarcimiento del Daño Moral. . .	99
2. El Procedimiento de Tutela Laboral en relación con el Despido Discriminatorio. . .	100
2.1 Legitimación Activa. . .	101
2.2 Objeto de la Denuncia. . .	102
2.3 Efectos de la Declaración Judicial de Nulidad del Despido. . .	103
2.4 Plazo de Interposición de la Denuncia. . .	104
2.5 Rol Fiscalizador de la Inspección del Trabajo. . .	105
2.6 Compatibilidad de la Denuncia con las Acciones Ordinarias de Despido. . . .	105
2.7 La Prueba del Despido Discriminatorio. . .	105
3. Reflexiones Finales. . .	106
CONCLUSIONES . .	107
BIBLIOGRAFÍA . .	111

Epígrafe

“Lo familiar aparece con frecuencia bajo una luz deslumbrantemente nueva”.
Alvin Toffler.

INTRODUCCIÓN

El 5 de Octubre del año 2001 fue publicada en el Diario Oficial la Ley 19.759. Este nuevo cuerpo legal -modificativo del Código del trabajo en lo relativo a *Nuevas Modalidades de Contratación, a Derecho de Sindicación, a Derechos Fundamentales del Trabajador y a las demás materias que indica*- erigió entre sus pilares, a su dictación, la consagración definitiva -en el nivel legal- de los derechos de ciudadanía del trabajador al interior de la empresa (los cuales, hasta entonces, sólo se encontraban consagrados por vía jurisprudencial).

En relación con el nacimiento de esta ley, y principalmente respecto de la instauración –en su virtud- de los nuevos artículos 2 y 5 del Código del Trabajo, era vislumbrable, *a priori*, una verdadera (y deseada) revolución de nuestro ordenamiento laboral en materia de protección de los derechos fundamentales.

Pues bien, algo de aquello se consiguió con su entrada en vigencia; no obstante lo cual, el esperado giro se produjo de manera tan sólo parcial. En efecto, se innovó de manera innegable en el terreno de la consagración sustantiva de dichos derechos. Además se instauró –en el artículo 292 del Código del Trabajo- una acción para impetrar la ineficacia del despido fundado en prácticas antisindicales, respecto de aquellos trabajadores amparados por el fuero laboral.

Sin embargo, la nueva ley dejó profundos forados en relación con la tutela jurisdiccional de aquellas hipótesis vulneratorias emanadas de la relación individual de trabajo. Los cuales, hasta el momento, no han sido absorbidos ni por nuestros tratadistas (de manera exhaustiva), ni por nuestra Magistratura Laboral. Ello, no obstante se

encuentra actualmente promulgada la Ley 20.087, sustitutiva del procedimiento contenido en el Libro V del Código del Trabajo; la cual –en orden a asumir definitivamente esta *vexata quaestio* de nuestro sistema jurídico laboral- incorpora entre sus avances un párrafo especial dedicado a la instauración de un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la relación de trabajo.

Pues bien, la investigación que presento a continuación se encarga, en relación con lo expuesto, (y sin perjuicio del necesario examen general, a realizar, relativo a los derechos laborales de ciudadanía al interior de la empresa) del análisis riguroso, en particular, de un derecho fundamental: El Derecho a la Igualdad de Trato; y, más específicamente, de su ruptura antijurídica: la Discriminación Ilegítima.

En torno a ésta -luego de identificar su marco conceptual (Capítulo I)- veremos aquí cuatro materias de relevancia desde el punto de vista su tutela legal en nuestro Derecho: En primer término, su tutela sustantiva, desarrollada con posterioridad a la dictación de la ley 19.759 (Capítulo II); Luego, su tutela adjetiva en el mismo período (con especial atención en la identificación y estudio de los vacíos antes reseñados). (Capítulo III); En tercer lugar –en lo que me parece el punto más importante de esta Tesis- analizaremos sancionatoriamente dicha tutela en relación con el despido discriminatorio, proponiendo la existencia tácita de una acción de nulidad para impugnar el mismo -aún sobre la base del marco normativo existente con anterioridad de la entrada en vigencia de la ley 20.087- (Capítulo IV); Finalizaremos la exposición refiriéndonos a esta última ley; en específico, al denominado “Procedimiento de Tutela Laboral” y a su valía en relación con la eventual comunión de éste con los ideales jurídicos propuestos en este trabajo (Capítulo V).

No siendo ésta una labor sencilla, debemos reconocer sin lugar a dudas, la radical e imperativa importancia de su desarrollo, por cuanto es claro que la falta de mecanismos de protección de los derechos fundamentales equivale, simplemente, a su no reconocimiento.

Finalmente he de mencionar, antes de dar comienzo a esta memoria, que en su consecución e impulso no me ha movido otro anhelo que el de aportar una visión legítima, y de real equilibrio democrático, sobre la conjugación de las relaciones técnicas y las relaciones sociales en la producción (siempre propensas a desestabilización en materias tan sensibles como la nuestra). Tomando en consideración, sobre todo, que es en materia de derechos fundamentales donde más se requiere acentuar el rasgo heteronómico de las fuentes reguladoras del derecho laboral.

CAPÍTULO I: “CIUDADANÍA EN LA EMPRESA, IGUALDAD DE TRATO Y DISCRIMINACIÓN”

No se trata de una mera casualidad el hecho de encontrarnos, en la actualidad, frente a una consagración normativa -a nivel interno e internacional- tan acabada como la que hoy se nos presenta a propósito del fenómeno de la discriminación laboral. En efecto, la consecución de este objetivo nos habla de un proceso de transformación histórica que guarda sus primeras raíces hacia advenimiento del Estado liberal de Derecho.

En relación con esto, seremos capaces de asimilar, al concluir el presente capítulo, la existencia de la concatenación lógica que nos ha llevado, hoy por hoy, a hablar con propiedad de la prohibición que recae sobre la discriminación antes dicha. Así, verificaremos la imposibilidad de entender, en primer lugar, el fenómeno de la discriminación sin antes conocer cabalmente el principio de igualdad, ni podemos sumergirnos, en segundo, en el concepto de discriminación laboral sin antes entender la significación de la ciudadanía en la empresa. Por otro lado, finalmente, veremos que será imposible aprehender esta última sin la convicción de existencia de la idea de eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Pues bien, en lo sucesivo expondré la manera en que se han trazado los caminos que nos han llevado en la actualidad a contemplar en los diversos ordenamientos positivos la consagración señalada.

1. Plasmación jurídico-normativa de los derechos fundamentales.

La primera fase de la transformación a que hemos aludido, está constituida por el proceso de *positivación de los derechos fundamentales*¹. Esta tarea se desarrolla entre los siglos XVII y XVIII en Europa y Estados Unidos. En este sentido, Inglaterra nos presenta la *Petition of Rigts* (1628), el *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1689). Francia, asimismo, contribuye a este desarrollo con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) y su primera Constitución del año 1791. En EE.UU, finalmente, encontramos dos hitos relevantes: La *Declaración de Independencia* de 1776 y el *Bill of Rights del Buen Pueblo de Virginia*, del mismo año.

2. Reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. La *Drittwirkung der Grundrechte*.

Asentada ya la transformación normativa expuesta (ya en el marco del Estado Liberal de Derecho Burgués), primó la concepción que situaba a los derechos fundamentales como derechos de libertad del individuo exclusivamente frente al Estado. Es decir, esta etapa histórica –marcada por la teoría germana de los *derechos públicos subjetivos*- reconoce en forma única la eficacia *vertical* de los derechos fundamentales^{2 3}.

Con posterioridad, a mediados del siglo XX, en Alemania, es elaborada la teoría de la

¹ Melis Valencia, Christian. “Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica”. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/1601/article-65183.html> . P. 1

² En efecto, surge en este contexto la llamada teoría germana de los *derechos públicos subjetivos*, obra de la escuela alemana de Derecho Público. Para Jellinek, su principal exponente, el sujeto privado es poseedor de una posición jurídica respecto del Estado que le pone en diversas situaciones –activas y pasivas- respecto de éste, de las que se derivan pretensiones jurídicas. A estas pretensiones se les denomina derechos públicos subjetivos, remarcando con ello el carácter unidireccional que tienen esas pretensiones. (*Ibid.*, P. 2).

³ En la actualidad, ALEXY analiza de manera muy interesante esta relación de verticalidad entre los derechos fundamentales de los ciudadanos y el Estado. Al respecto, este autor distingue entre los *derechos a acciones negativas del Estado* (o derechos de defensa del ciudadano) y los *derechos a acciones positivas del Estado* (o derechos a prestaciones en sentido amplio). En este sentido, concluye la dificultad de asimilar estos últimos al concepto de derechos fundamentales, dada su escasa particularización a nivel constitucional. Alexy, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Drittwirkung der Grundrechte (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales).⁴

Esta nueva teoría implica una nueva concepción que importa que los derechos fundamentales rigen inmediatamente en el ámbito privado como *derechos subjetivos incondicionales en la relaciones iusprivadas*, “siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o *pluridireccional*”.⁵

En consecuencia, el nacimiento de esta teoría –en cuanto influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado- generará que los litigios *inter privatos* ya no se resolverán únicamente sobre la base de las normas del Derecho Civil, sino que ahora también sobre la base de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales.

La *Drittwirkung der Grundrechte* reconoce principalmente dos factores explicativos de su nacimiento (factores que explican también, a su vez, el abandono de la teoría de los derechos públicos subjetivos):

El desarrollo creciente de *centros de poder privados* capaces, aún más que el mismísimo Estado, de incidir en el desarrollo de las libertades de los individuos. El profesor BILBAO UBILLOS expresa en este sentido que “*el poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado por la sociedad*”⁶. Por lo tanto, son los mismos sujetos o las organizaciones creadas al amparo del Derecho Privado los que también pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades; amenaza, que en no pocas oportunidades se presenta más peligrosa para los derechos fundamentales que el poder público mismo.⁷

El tránsito del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, teniendo en consideración la propuesta de este último en torno a no concebir el derecho a la libertad como alejado del derecho a la igualdad.

La libertad, concebida sin este supuesto imprescindible de igualdad, sólo importa *libertad jurídica*. En cambio, al unirla materialmente junto a ésta, importa *libertad real*. El Estado Social de Derecho busca superar el desdoblamiento existente entre una y otra.^{8 9}

2. 1 La *Drittwirkung* y su consagración normativa en Chile.

⁴ Obra de Hans Carl Nipperdey, presidente del Tribunal Laboral Federal de Alemania desde 1954 a 1963. Asumida, primero, por la jurisdicción laboral, y luego por el Tribunal Constitucional Alemán. (Melis, op. cit., P.3).

⁵ *Ibid.* P. 2

⁶ Bilbao Ubillos, Juan María. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Boletín oficial de Estado. Madrid. 1997. P. 242

⁷ Perez Luño, Antonio E.. “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”. Tecnos, Madrid, 1999. P. 314. (En *Ibid.* P. 4).

⁸ Bilbao Ubillos, Juan María. Op. cit. P. 263.

Llevemos ahora nuestro análisis al escenario normativo presente en la actualidad: Existen ordenamientos jurídicos que consagran expresamente este principio de vinculación horizontal respecto de los derechos fundamentales (así, la Constitución de la República de Portugal, en el punto 1 de su artículo 18 –Fuerza en Derecho- establece que *Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a los entes públicos y privados*). En cambio, esto no ocurre tan explícitamente respecto de nuestra Constitución Política de la República (en adelante, CPR).

No obstante ello, debemos recordar que el artículo 6 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental establece que “Los preceptos de esta constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos grupos (los del Estado) como a toda persona, institución o grupo”.

Esto nos hace concluir que los derechos constitucionales *son exigibles directamente, no sólo respecto de los órganos públicos y estatales, sino que también de los particulares*.¹⁰ Por ello, en nuestro sistema jurídico sí encontramos suficiente asidero constitucional para afirmar que los derechos fundamentales tienen plena eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares¹¹, incluida –como veremos- la relación laboral sustentada en el contrato de trabajo.

3. Derechos de Ciudadanía y Empresa: Aplicación de la *Drittwirkung* en el marco de las Relaciones Laborales.

⁹ Melis también señala, como marco doctrinal de la *Drittwirkung*, a la *teoría de los valores (Wertheorie)*, también de origen alemán. Los derechos y libertades contenidos en la Constitución se conciben, en aplicación de esta teoría, como un orden objetivo de valores, capaces de informar el conjunto del ordenamiento jurídico y de convertirse en catalizadores de la construcción de un sistema ético-social compatible con una sociedad democrática y pluralista. Los derechos fundamentales tendrán en ese fundamento valorativo el modelador de su contenido. (Op. cit. P. 4).

¹⁰ XVIII Congreso Mundial del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Informe nacional de Chile, Punto II. Derecho del Trabajo y Derechos Fundamentales. Ugarte, José Luis. (Citado por Gazmuri R., Consuelo. En “Los Derechos Fundamentales en la Empresa; Algunas perspectivas de género”. Disponible en http://portal.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-71195_recurso_1.pdf P. 19).

¹¹ En efecto, el principio que emana del inciso segundo del artículo 6° de la CPR es el de **vinculación directa de los preceptos constitucionales**. En su virtud, la Carta Fundamental hace obligatorios sus preceptos tanto para las autoridades públicas como para todos los ciudadanos, **directamente**, es decir, sin que medie entre la Constitución y estas personas otra norma jurídica que desarrolle y haga obligatorios sus principios y normas. La Constitución por sí sola tiene fuerza normativa y vincula a toda persona, institución o grupo. (Cea Egaña, José Luis. “Curso de Derecho Constitucional”. Tomo I. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 1999. P. 162).

Al referirnos a factores explicativos del nacimiento de la *Drittwirkung* nos deteníamos, en primer lugar, en el creciente desarrollo de centros privados de poder capaces de incidir determinadamente en el desarrollo de las libertades de los individuos.

Al respecto, debemos reflexionar sobre la situación de la Empresa: El vínculo de dependencia y subordinación verificado entre los sujetos que interactúan en su interior, sumado a la consecuente potencialidad de verse afectados derechos fundamentales en la misma, como la vida privada, la intimidad, la honra, la libertad de expresión o el derecho a la no discriminación, hacen razonable considerar a ésta como el *arquetipo del poder privado contemporáneo*.¹²

Una vez superada la visión industrialista que situaba a la empresa en un *status* distinto al resto del ordenamiento jurídico¹³, se hace presente la necesidad de hacer vinculante hacia esta entidad, junto a los derechos propiamente laborales, todas las disposiciones y principios en materia de derechos fundamentales que les son aplicables al resto de los sujetos privados.

Ante esto, en el marco de la relación laboral, ahora el trabajador no sólo gozará de aquellos derechos *específicamente laborales* (como el derecho a la negociación colectiva o el derecho a descanso), sino que –con la consigna de *introducir la Constitución en la fábrica*¹⁴ – también gozará de otros derechos de contenido *inespecífico*, o de la *personalidad*, como los referentes a la intimidad, a la honra, a la libre expresión o a la prohibición de discriminación arbitraria.¹⁵

En la actualidad, a juicio de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), los derechos fundamentales laborales *buscan garantizar un mínimo y equivalente nivel de protección social cualquiera que sea el nivel de desarrollo de cada país y sus peculiaridades históricas y culturales. Se trata de garantizar a todo individuo la posibilidad de disponer de los medios necesarios para reivindicar en cada estado (considerando sus especificidades) una contrapartida equitativa a su trabajo*.^{16 17}

¹² Melis. Op. Cit. P. 7

¹³ Al respecto, hay que decir que, tradicionalmente, la relación de trabajo y particularmente el contrato de trabajo han estado fuera del ámbito constitucional, en particular del fenómeno de los derechos fundamentales. Tradicionalmente la Empresa buscó posicionarse –interesadamente– en lugar diferenciado, autónomo y segregado de la sociedad civil, con actitudes y pautas de comportamiento propias –una suerte de mundo jurídico completo y autogenerado–, medibles y sancionables sólo al interior de ella misma. Luego de ello, a partir de los moviminetos sociales de fines de la década del '60 –en particular los de Mayo del '68– se comienza a producir un verdadero vuelco en la visión que se tenía hasta ese momento sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Junto a este avance, logran ellas definitivamente su democratización, ya que a partir de este momento, los derechos de los trabajadores serán considerados como análogos a los de cualquier ciudadano. (Melis, *Ibid.* P. 9).

¹⁴ Valdés Dal-Ré, Fernando. “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”. P. 36. (En *Ibid.*).

¹⁵ García Perronte, Ignacio. “Las relaciones laborales hoy, tras veinticinco años de vigencia de la Constitución”. España. 2003. Disponible en <http://www.ideas-empresariales.com/84/notici14.htm>

4. La Ciudadanía frente al Principio de Igualdad.

Una vez que ya hemos comprendido la consagración normativa que han experimentado los derechos fundamentales desde el siglo XVII hasta la actualidad, su eficacia horizontal y la consagración de esta última idea en el marco de las relaciones laborales (*ciudadanía en la empresa*), hemos de abocarnos -en el presente apartado- en el estudio particular del derecho fundamental que sirve de base para el análisis del principio de no discriminación, y, en particular, del derecho a la no discriminación en materia laboral. Este es, el derecho a la igualdad en la ley.¹⁸

El Principio de Igualdad, o de *Isonomía*¹⁹, contenido en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 1 inciso final de nuestra Carta Fundamental, y principalmente en el artículo 19 N°2 de la misma, consagra la *igualdad de derechos y oportunidades entre todos los seres humanos, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad, religión,*

¹⁶ Luz Vega, María y Martínez, Daniel. “Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su valor, su viabilidad, su incidencia y su importancia como elementos de progreso económico y de justicia social”. Estudio realizado en función de la aplicación de la *Declaración de Ginebra (1998) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Julio 2002. P. 9.

¹⁷ Un tema que se ha discutido bastante en relación con este tema, es aquel referente a la posibilidad de establecer **nexos entre incorporación y protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y la existencia de mayores o menores índices de crecimiento económico** (esta discusión plantea como hipótesis el eventual mayor costo en términos de cifras de crecimiento económico que acarrearía dicha consagración). Para la OIT, no es posible demostrar tajantemente una posición en concreto, no obstante lo cual otorga la posibilidad de deslizar algunas conclusiones globales: a) Es imposible la determinación de un *costo neto* relacionado con los derechos fundamentales, dada la intrínseca ligazón del mismo respecto de otras variables incidentes en el crecimiento (macroeconomía, desarrollo político e institucional de un país, etc.); b) No obstante ello, en los países que gozan de mayor productividad y competitividad, se respetan los derechos fundamentales en el trabajo. Y viceversa; c) El respeto de los derechos fundamentales no constituye un factor desalentador de los flujos de inversión extranjera, al contrario. Lo anterior es entendido por la OIT como un nuevo tránsito desde de la visión *tradicional* del empresario –precarizador de las relaciones laborales- hacia una nueva, constituida por el empresario *moderno* –quien ve en la dignificación de las mismas un presupuesto ineludible de todo crecimiento- (la Organización cita en este sentido el emblemático caso de la empresa ENTEL en Bolivia del año 1996); d) En complemento de la idea anterior, otros estudios (en específico, de la Universidad de Amberes y del Fondo Monetario Internacional) avalan la inexistencia de proporcionalidad entre el irrespeto a los derechos fundamentales en las relaciones laborales y mayores cifras de inversión extranjera. (Todo lo expuesto, en *Ibid.* Pags. 19 a 29).

¹⁸ En relación con la denominación conceptual de este derecho, seguiremos a CEA (José Luis). Éste, en su análisis, distingue –mas allá del tenor literal de precepto constitucional- entre lo que denomina derecho a la igualdad *en la ley* (derecho a la igualdad *sustantiva*, es decir, de la que cada una de las personas goza en la totalidad del ordenamiento jurídico, contenida en el artículo 19 n°2 CPR) y el derecho a la igualdad *ante la ley* (o igualdad *procesal*, relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, contenida en el artículo 19 n°3 CPR). Cea Egaña, José Luis. Op. Cit. Tomo II. P. 67.

¹⁹ *Ibid.* P. 55

*condición social, opinión política, etc.*²⁰

El derecho a la igualdad de tratamiento tiene su fundamento en la fórmula aristotélica según la cual, hay que *tratar de igual manera a quienes son iguales y de manera distinta a quienes son desiguales*.²¹

La primera parte de esta fórmula concentra la doble expresión *-positiva y negativa-* del principio de igualdad: La primera tiene que ver con el derecho de las personas a recibir un trato igualitario en igualdad de circunstancias, mientras que la segunda guarda relación con la exclusión de desigualdades injustificadas en dicha igualdad. Es decir, con la prohibición de arbitrariedad.

Respecto de la última parte de esta fórmula –expresión negativa- debemos considerar que, no obstante existir infinitas maneras y medios de establecer desigualdades, es importante que estas sean justas. O dicho de otra manera, estas desigualdades no deben importar discriminaciones injustas.^{22 23} Hablamos, por ende, de un principio que guarda relación con una igualdad relativa a las circunstancias, o como dice KATZ, de una igualdad *proporcional, relevante para el caso concreto*.²⁴

En el nivel normativo internacional, nos encontramos con diversos Tratados encargados de consagrar este Principio, los cuales no sólo se encargan de consagrar la expresión positiva del mismo, sino que también objetivan ciertos criterios de arbitrariedad. (Estos, recordemos, al estar ratificados por Chile pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico constitucional por aplicación del artículo 5° inciso 2° CPR).

Entre ellos, podemos mencionar los siguientes:

La Declaración Americana Sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948):

Luego de declarar que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, establece, en su artículo 2, que “todas las personas son iguales ante la ley y

²⁰ Castagnino, Laura Cristina. “Despidos discriminatorios”. Grupo de Estudio de Derecho Social. Argentina. Disponible en <http://www.derechosocial.com/doctrina/d-112.htm> . P. 1

²¹ Aristóteles. “Política”, Libro II. Y “Ética a Nicómaco”, Libro V. Citado por Pérez Portilla, Karla. En “Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas”. México. 2002. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1589/6.pdf>

²² Para el profesor Cea, esta concepción está enmarcada dentro de la tercera y última etapa de evolución del Principio de Igualdad. Esto es, la igualdad “justa”, o, en otras palabras, aquella reunida ante la problemática establecer la *justicia* que importarían ciertas desigualdades. Estas, estructuradas sobre la base del concepto tomista de justicia: “*La actitud permanente de dar o restituir a cada cual lo que le pertenece*”. (Cea, José Luis. Op. cit. Pags. 55 y 56).

²³ Por lo tanto, como consecuencia de la primera expresión del principio, la faz negativa –para KATZ- importa la exclusión de toda desigualdad (discriminación) injustificada. Se viola, por tanto, el principio de igual tratamiento cuando no existe *motivo razonable y atendible para un tratamiento desigual*. Katz Ernesto. “La obligación de tratar de un modo igual a los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo”. DT. 1958. P. 694. Citado por Castagnino, Laura. En Op. Cit. P. 3

²⁴ Katz, Ernesto. “El principio del tratamiento igual a los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo”. D.T. 1961. P. 5. En *Ibid.* P.2.

tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948):

En su artículo 1 expresa que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Luego, en el artículo 2 afirma que “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”. Con esto, dicho instrumento afirma que todos son iguales ante la ley, teniendo, sin distinción alguna, derecho a igual protección en el ejercicio de sus derechos.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965):

Luego de afirmar de manera preliminar que “la discriminación entre seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico constituye un obstáculo a las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y puede perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos”, compromete, en su artículo 5, a los Estados Parte a “prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966):

Compromete a los Estados partes, en su artículo 2.2, “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. Además, en el artículo 7 se reconoce el derecho de las personas a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966):

Compromete a los Estados partes, en su artículo 2.1, a “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Además, consagra en su artículo 26 que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica. 1969):

En este instrumento, se compromete a los Estados Parte a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo1), consagrando luego en su artículo 24 que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979):

Luego de recordar que “la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicios a su país y a la humanidad”, compromete a los Estados Partes a tomar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país”(art. 7) y a garantizarles, “en igualdad de condiciones con los hombres” el derecho a votar y ser elegidas (art. 7), las mismas oportunidades en materia de educación (art. 10), la igualdad en el empleo (art. 11), igual acceso a los servicios de atención médica (art. 12), a prestaciones familiares, a obtener préstamos bancarios, a participar en todos los aspectos de la vida cultural (art. 13), idéntica capacidad civil que a los hombres (art. 15), los mismos derechos y responsabilidades con relación a los hijos (art. 16), etc.²⁵

h) La Convención sobre los Derechos del Niño (1989):

Compromete a los Estados Parte, en su artículo 2, a respetar “los derechos enunciados en la presente Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento, o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

En materia laboral, como pronto profundizaremos, el derecho a ser tratado de manera igualitaria encuentra su fundamento en la necesidad de preservar la dignidad de las personas, fin último del Derecho del Trabajo. Esto se manifiesta, de manera particular, en la existencia de principios y normas laborales que, en cuanto manifestación de las directrices del Estado Social de Derecho²⁶, deben estar llamados a corregir la desigualdad existente entre las partes contratantes de esta relación.²⁷

²⁵ Castagnino, Laura. *Ibid.* P. 9

²⁶ Con esto, nos referimos a la compatibilización de los postulados de libertad e igualdad, no dando prevalencia a uno por sobre otro. En efecto, *el Estado Social de Derecho no es posible sin restricciones a la libertad. La libertad humana no puede ser ilimitada, a semejanza de la igualdad, que no puede ser igualitaria.* (*Ibid.* P. 4).

²⁷ En efecto, la relación laboral se caracteriza por la desigualdad existente entre las partes contratantes. Esta desigualdad no sólo se manifiesta en el *íter* negocial –periodo en que el empleador se encuentra en condiciones de imponer sus condiciones por sobre las del trabajador- sino que, además, en el ejercicio de las facultades que componen su *poder de dirección* (manifestado en la sujeción del trabajador a las órdenes, directivas, controles y facultad disciplinaria de su empleador).

5. Ruptura del Principio de Igualdad: La Discriminación y el Acto Discriminatorio.

Ya analizado el Principio de Isonomía, cabe ahora centrarnos en la idea de “discriminación”.

Normativamente, la expresión “discriminación” se mantuvo ausente de las declaraciones de derechos, tanto europeas como americanas del siglo XIX. Esta viene a aparecer recién en los textos internacionales de derechos humanos del siglo XX. Así, la ya mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala, en su artículo 7, que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda *discriminación* que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

En textos posteriores, la expresión volvió a ser utilizada. Así, ya veíamos consagraciones en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Pacto de San José de Costa Rica (1969); y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Por otro lado, el Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación en el Empleo y la Ocupación, de 1958, es el primer instrumento internacional que define el contenido de la expresión “discriminación”. En efecto, en dicho Convenio se señala que el término discriminación comprende “*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”. No obstante la orientación laboral del mismo, los ulteriores instrumentos sobre la materia (ya mencionados), adoptan esta misma línea conceptual.

La doctrina, por otro lado, se ha esmerado en otorgar definiciones de carácter más genérico respecto de la discriminación. Así, el profesor KIPER distingue una acepción popular y otra sociológica del concepto. La primera consiste en hacer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa, sobre la base del grupo, clase o categoría a la que pertenece, más que sobre la base de sus propios méritos. La segunda, por otro lado, guarda relación con la hostilidad en las relaciones entre personas, dirigida contra un grupo de ellas, o contra cada uno de sus miembros.²⁸

En Argentina, MARCHANT la define genéricamente como *una conducta sistemáticamente injusta y desigual contra un grupo humano determinado*. Discriminar, por lo tanto, *consiste en privarle a un grupo humano de los mismos derechos que*

²⁸ Kiper, Claudio Marcelo. “Derechos de las minorías ante la discriminación”. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1998, citado por **Castro, José Francisco**. En “Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares”. Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile. Boletín Oficial. 2001. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/1601/article-65173.html>. P. 7

*disfrutan otros.*²⁹

El profesor EVANS, en nuestro país, ha definido la discriminación como *toda diferencia o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual, es decir, que no tenga justificación razonada o razonable.*³⁰

Por último, GARMENDIA en Uruguay, a modo de catálogo ejemplar, utiliza como eje de definición los criterios de discriminación contenidos en el Convenio 111 de la OIT. Así, explica que si bien en su sentido vulgar, *discriminar* significa separar o distinguir unas cosas de otras, sin embargo, desde el punto de vista técnico-jurídico, la discriminación supone un *trato de inferioridad dado a una persona o grupo de personas por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de filiación o ideológicos, entre otros.* En otras palabras, para la ciencia jurídica, la discriminación implica establecer diferenciaciones sobre la base de pautas o criterios no aceptables o tolerables, abarcando aquellas situaciones en las que una persona o grupo es tratado desfavorablemente a partir de motivos no lícitos.³¹

En conclusión, hemos de sostener que, más allá de las definiciones que se puedan esgrimir sobre el concepto “discriminación” (las que siempre caerán en el riesgo de limitar la abstracción a la que hacen referencia)³² debemos estar en condiciones de *inferir*, en relación con la fórmula estudiada en el apartado anterior (fórmula *aristotélica*), la presencia de un acto discriminatorio (ilegítimo) toda vez que se verifique un trato arbitrariamente desigual en igualdad de circunstancias.³³ (Ya veremos, en relación con esta última idea, aquellos parámetros que podemos considerar para determinar la existencia de estas arbitrariedades. Y veremos, con ello, que no toda distinción constituirá, necesariamente, un acto discriminatorio ilegítimo).

²⁹ Marchant, Jaime. “La Discriminación y el Derecho a la Igualdad”. Estudio realizado para la Revista Virtual de Derecho Penal, Filosofía del Derecho y Derechos Humanos www.carlosparma.com.ar. Buenos Aires. Argentina. Disponible en <http://www.carlosparma.com.ar/discriminacionigualdad.doc> P. 20

³⁰ Evans, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1994. En *Loc cit.*

³¹ Garmendia Arigón, Mario. “Reflexiones acerca del Principio de Igualdad aplicado a la materia salarial”. Revista de Derecho Laboral. Tomo XLII, N° 194, abril-junio 1999. Montevideo. Uruguay. Disponible en http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/igualsalario.doc P. 14

³² En efecto, nos referimos aquí a aquellos **criterios** utilizados para definir el concepto de discriminación –raza, sexo, opinión política, etc.- tanto por parte de la doctrina como por la normativa jurídica nacional (como veremos) e internacional. Al respecto, hemos de sostener que a éstos sólo debe caberles realizar precisiones integrativas respecto de esta idea central –aquella contenida en la fórmula aristotélica ya referida-, abogando siempre por la existencia, en las respectivas legislaciones, de catálogos ejemplares relativos al fenómeno de la discriminación, y acordes con la evolución de la sociedad.

³³ En concordancia con esta idea, MUIÑO sostiene que “*Un trato desigual en igualdad de situaciones que no responde a causas objetivas lícitas se considera arbitrario, discriminatorio*”. Muñío Fulco, Ramón. “El principio de igualdad y las fuentes del derecho del trabajo”. FCU, 1995. P. 43. (Citado por Garmendia. *Ibid.*)

6. La discriminación en materia laboral.³⁴

En el presente apartado haremos desembocar todas las nociones que hemos estudiado acerca del fenómeno de la discriminación, en el marco de la relación de trabajo.

Ya estamos al tanto del concepto de discriminación, de su evolución histórica y de su consagración a nivel internacional. En relación con esto último, y respecto de su aplicabilidad en materia laboral, nuestra tarea se verá facilitada por cuanto la definición de contenidos que ha hecho la normativa internacional, ha partido justamente –como veíamos- de manos de la Organización Internacional de Trabajo (en particular, del Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación en el Empleo y la Ocupación).

Por lo tanto, con las herramientas con que contamos, y en relación con la conclusión esbozada en el apartado anterior³⁵, estamos ya en condiciones de proponer una definición del concepto de *discriminación laboral* en los siguientes términos: Ella consiste en “Toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.³⁶

³⁷

En relación con este tema, la Conferencia Internacional del Trabajo, en su reunión N°91 del año 2003 (Ginebra) expuso su postura respecto de la eliminación de toda forma de discriminación en el trabajo en el año 2003, en su “*Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*”. En este documento, el organismo plantea qué es lo que debemos entender por discriminación laboral: Discriminar en el empleo y la ocupación

³⁴

La preocupación por la discriminación en el mundo del trabajo tiene que ver con el reconocimiento en el seno de la empresa, no sólo de relaciones técnicas en la producción, sino que también de relaciones sociales en la misma. Como dice ROBLES, cualquier intento de dar respuesta a las cuestiones técnicas en la producción sin tener en cuenta el estado de las relaciones sociales al interior de esta organización, constituye un error equivalente al que resultaría de invertir la ecuación. (Robles, Alberto José. “Discriminación y Derecho del Trabajo: El Despido Discriminatorio y las Relaciones Laborales No Autoritarias”. Revista Pistas, n°5. Instituto del Mundo del Trabajo. Buenos Aires, Argentina. Octubre 2001. Disponible en <http://www.mundodeltrabajo.org.ar/Pistas/p005/roblesoct01.htm>)

³⁵

Aquella referente a la necesidad de privar de límites al concepto (ver nota anterior).

³⁶

Castro, José Francisco. Op. cit. P. 8

³⁷

La irracionalidad o injustificación de la distinción, exclusión o preferencia determinará la **arbitrariedad** de la misma.

–afirma- *consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, como el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo de que se trate. La discriminación –continúa- coarta la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran. Merma las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial, sus aptitudes y cualidades, y para ser remunerados en función de sus méritos. La discriminación en el trabajo –finaliza- genera desigualdad en los resultados del mercado de trabajo y coloca en una situación de desventaja a los miembros de determinados colectivos.*³⁸

6.1 Clasificación de la Discriminación Laboral.

Abordaremos, en este sentido, dos criterios de clasificación relacionados con el acaecimiento de una medida discriminatoria: El primero, referente al grado de explicitación de la medida (que nos llevará a distinguir entre discriminación directa e indirecta); Y el segundo, referente a la eventual (i)licitud de la misma (que nos llevará a distinguir entre discriminación legítima e ilegítima).

6.1.1 No toda discriminación laboral se manifiesta en forma explícita.

En efecto, la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando la normativa, las leyes o las políticas, excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, la nacionalidad o el sexo. Los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye o se desalienta abiertamente a los aspirantes casados o mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o compleción física, constituyen un ejemplo de discriminación directa.³⁹

Por otro lado, la discriminación indirecta, como la define Marchant, consiste en “toda norma o acto jurídico de carácter público o privado formalmente no discriminatorio, pero con consecuencias fácticas que se traducen en un impacto adverso para un grupo humano. Son normas o actos neutros pero sus supuestos en la práctica perjudican claramente a quienes pertenezcan a un grupo social determinado”⁴⁰. Por lo tanto, esta discriminación hace referencia a aquellas medidas que no aparecen en sí como discriminatorias, pero que sin duda conllevan esa intención. Ello ocurre cuando, por ejemplo, se despide a un trabajador invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, pero se oculta que se le despide en realidad porque tiene SIDA.^{41 42}

Se sobrepasa con la discriminación indirecta, por lo tanto, la noción estricta de

³⁸ Dirección General OIT. “La hora de la igualdad en el trabajo”. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. Oficina Internacional del Trabajo. 2003. P. 16

³⁹ *Ibid.* P. 20

⁴⁰ Marchant, Jaime. Op. cit. P. 11

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 la 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.

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 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.

Se trata pues, de conductas que siendo neutras (dirigidas o aplicadas de manera indiferenciada o con tratamientos razonablemente desiguales) en el tratamiento formal de los distintos grupos o colectivos, en cuanto a su efectos introducen diferenciaciones discriminatorias.⁴³

6.1.2 No toda discriminación laboral es ilegítima.

En su sentido natural y obvio, discriminación es sinónimo de distinción. Por lo tanto, sobre

⁴¹ Castro, José Francisco. Loc. Cit.

⁴² En el nivel normativo europeo, este tema goza de un tratamiento mucho más acabado que el que se le da en nuestro país. En efecto, podemos citar Directivas Comunitarias que se han encargado de regular hipótesis específicas de discriminación indirecta, como la **D 2002/73/CEE** que modificó la D/76/207/CE relativa a la aplicación del Principio de Igualdad de Trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; específicamente en su artículo 2.2.2°, el cual establece que “A efectos de la presente directiva, se entenderá por: ...**discriminación indirecta**... la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular respecto a otras de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”. Con anterioridad, la definición vigente hasta ese momento (año 2002) era la recogida en el Art. 2.2 de la D/97/80 sobre la carga de la prueba en los procesos de discriminación por razón de sexo, ésta expresaba “... **existirá discriminación indirecta** cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro, afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que esa disposición, criterio o práctica, resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”. (Pérez del Río, Teresa. “La protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: Las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE, y D/2002/73/CEE. Modificación de la D/76/207/CEE”. Revista de Derecho Social N° 19. España. 2002. P. 96).

⁴³ Dirección del Trabajo. Dictamen **Ordinario N° 3704/134**. “Fija sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral”. Febrero 2004.

esta base, debemos determinar qué distinciones efectuadas en el marco de la relación de trabajo son *legítimas*, por un lado, y cuales importarán ARBITRARIEDADES (ilícitos a nivel constitucional y/o legal)⁴⁴, por otro.

Por lo tanto, en relación con la definición planteada de “discriminación laboral”⁴⁵, debemos estar en condiciones de inferir los criterios a utilizar para determinar la arbitrariedad de una medida discriminatoria en dicho marco.

En efecto, el artículo 1.2 del Convenio 111 de la OIT dispone que “Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Es decir, sólo puede discriminarse por capacidad e idoneidad personal, entendida ésta como la preparación técnica o profesional que requiere el trabajador para el cargo respectivo. Por tanto, en materia laboral, cualquier otra distinción debería estar especialmente justificada.⁴⁶

Por lo tanto, tendremos diversas distinciones no constitutivas de discriminación (no constitutivas de discriminación *ilegítima*). Un trato diferenciado que tenga su origen en las calificaciones exigidas para un puesto de trabajo es una práctica perfectamente legítima. Por lo tanto, en este contexto, mientras no se coarte la igualdad de oportunidades, las diferencias de trato no se considerarán discriminatorias. *Los ejemplos que más a menudo se invocan en este sentido guardan relación con el ejercicio de artes interpretativas o el desempeño de labores que requieren determinada intimidad física. Asimismo, las opiniones políticas o la creencia religiosa pueden constituir, en algunas circunstancias muy concretas, una cualificación “bona fide” para ocupar determinados cargos. Así, por ejemplo, se puede tomar en consideración la afiliación política para cubrir puestos directivos que impliquen responsabilidades especiales en el desarrollo de la política del gobierno. Del mismo modo, la práctica de una religión determinada se considera a menudo una condición fundamental para ejercer la docencia en establecimientos educativos religiosos.*⁴⁷

En el empleo o la ocupación, las distinciones fundadas en los méritos personales no se considerarán discriminatorias. El concepto de *mérito* o de capacidad se refiere a la *relación existente entre el acervo de aptitudes, conocimientos y cualificaciones de una persona y los requisitos que ésta debe reunir para el desempeño de un trabajo en*

⁴⁴ Ya nos ocuparemos, al finalizar este capítulo, de la consagración constitucional del principio de no discriminación laboral. Además nos ocuparemos de su consagración legal en el capítulo II. Esto nos llevará a captar, a nivel positivo interno, la existencia de los ilícitos mencionados.

⁴⁵ Debemos comprender que todas las definiciones que se han planteado sobre el término “discriminación laboral” están formuladas sobre la base del *principio de no discriminación* en la materia. Por lo tanto, cada una de ellas importa una exclusión, a priori, de aquellas discriminaciones que, como veremos, gozan de carácter “legítimo”.

⁴⁶ Gamonal, Sergio. En entrevista realizada por la periodista Valeria Solís titulada “¿Cuál es el costo que debe asumir el trabajador por la defensa de sus derechos?”. En “Los Derechos Fundamentales en el Trabajo”. Temas Laborales. Dirección del Trabajo. Departamento de Estudios. Año 9, N°22. Noviembre 2004. P. 12

⁴⁷ Dirección General OIT. Op. Cit. P. 23

*particular.*⁴⁸ El mérito, en efecto, hace posible individualizar a la persona más idónea para el trabajo. No obstante, el mérito resulta difícil de definir y de medir en la práctica, y su definición puede encerrar prejuicios. El concepto de “mérito”, por lo tanto, no es absoluto ni estático, y son los valores sociales, entre ellos, los prejuicios, los que a menudo determinan los criterios definitorios del aspirante “más calificado”. Además, el valor de las distintas experiencias y de los diferentes historiales profesionales suelen no compararse ni apreciarse de manera adecuada.

No obstante lo expuesto en el párrafo anterior en relación con el acceso al empleo, es procedente que en ciertas ocasiones el mérito -en cuanto valor fundante del concepto “capacidad e idoneidad personal”- deje de ser suficiente como criterio legítimo de discriminación. Esto ocurrirá toda vez que se superpongan al mismo prácticas de “acción positiva”, o promotoras de igualdad política dirigidas hacia ciertos segmentos segregados de la sociedad civil.

En efecto, no hay discriminación (ilegítima) cuando se adoptan medidas especiales con el objeto de asegurar en la práctica la igualdad de trato y oportunidades a personas con necesidades especiales o colectivos que se han visto o se siguen viendo desfavorecidos por la discriminación en el mercado de trabajo. Las medidas especiales pueden subsumirse en dos grandes categorías: Las *medidas especiales de protección o asistencia*, por un lado, y las *medidas de acción positiva*, por otro. Suministrar programas informáticos especiales para que las personas con discapacidad visual puedan utilizar los ordenadores, o, como suele darse en la realidad europea, el hecho de impartir clases en el idioma local en el lugar de trabajo a aquellos trabajadores que acaban de inmigrar, son ejemplos de medidas especiales de asistencia. Por el contrario, las leyes que prohíben a las mujeres participar en trabajos subterráneos o nocturnos, o aquellas que prohíben el trabajo infantil, figuran entre las medidas especiales de protección.

Por otro lado (y en relación directa con el acceso al empleo, como decíamos) las medidas de acción positiva o de igualdad en el empleo son aquellas concebidas para que las personas calificadas como pertenecientes a los grupos “desfavorecidos” o “infrarrepresentados” (p.ej: mujeres, minorías étnicas, raciales, sexuales, etc.) dispongan de las mismas oportunidades de empleo y estén equitativamente representadas en todos los niveles y categorías profesionales en la fuerza de trabajo de un empleador determinado.⁴⁹ (Esta última idea guarda estrecha relación con el concepto de discriminación *inversa* propuesto por DWORKIN).^{50 51}

En consecuencia, ya estamos en condiciones de establecer una doble clasificación relativa al concepto de discriminación laboral. La primera, como vimos, guarda relación con la distinción entre aquellas medidas discriminatorias ilegítimas tanto en fondo como en forma (discriminación directa) y aquellas formalmente legítimas, pero materialmente reprochables (discriminación indirecta). La segunda, como veíamos, tiene que ver con la confrontación entre aquellas discriminaciones -distinciones- fundadas en criterios legítimos (capacidad e idoneidad personal o acción positiva) y aquellas fundadas en

⁴⁸ Ibid. P. 23

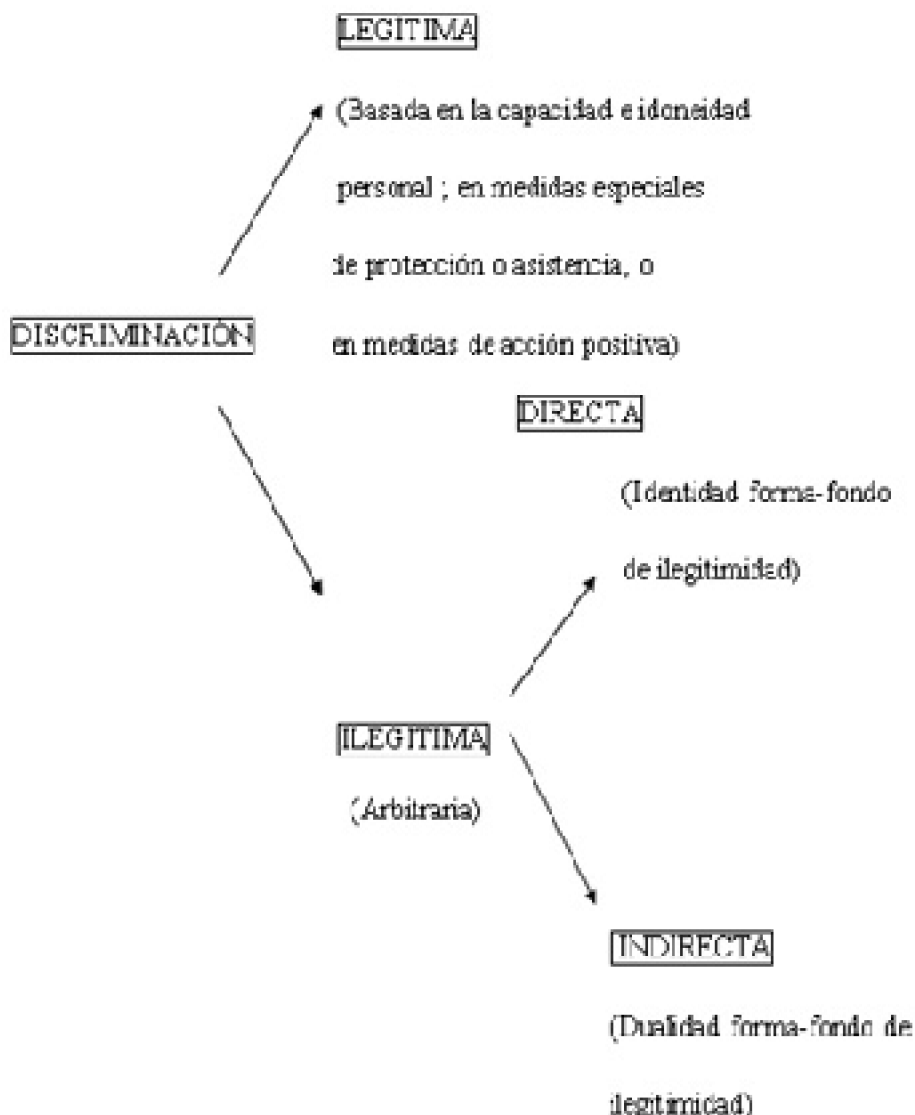
⁴⁹ Ibid. Pags. 24 y 71.

criterios de arbitrariedad.

Podemos simplificar lo expuesto, finalmente, en el siguiente esquema:

⁵⁰ En efecto, Ronald Dworkin analiza el quiebre en la igualdad de oportunidades, y la consecuente arbitrariedad constitutiva del acto discriminatorio *ilegítimo* en su obra “Los Derechos en Serio”. Para este autor, el criterio que debe primar en la **aceptación o repudio de un acto discriminatorio** debe ser LA IGUALDAD GENERAL. Es decir, la igualdad mirada desde un punto de vista *político –general-* más que jurídico –individual-. Como consecuencia de lo anterior, la aceptación de ciertas discriminaciones (aquellas que Dworkin agrupa en el concepto de “discriminación inversa”) estará determinada por su acercamiento al criterio antes mencionado. Así, en materia de selección pre-ocupacional, y según este criterio, será absolutamente procedente que existan *standards* distintos de calificación, para un determinado empleo, entre postulantes pertenecientes un colectivo mayoritario (ej: postulantes de raza blanca) y entre otros pertenecientes a uno minoritario (ej: postulantes de raza negra) que tiendan a favorecer la integración de estos últimos. Una política democratizadora del empleo planteada en estos términos sería totalmente aceptable, en cuanto promotora de la igualdad general (racial en este caso). Aquí, este beneficio global experimentado por la sociedad con la aplicación de estas medidas se superpone totalmente a la pérdida individual de los postulantes perjudicados con las mismas. (Dworkin, Ronald. “Los Derechos en Serio”. Editorial Ariel. Barcelona, Cuarta Reimpresión. 1999. Pags. 327 a 348).

⁵¹ En España, esta acción positiva está consagrada, jurisprudencialmente, como una *excepción al principio de igualdad de trato*. Esto, a propósito de la promoción de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en materia de empleo y condiciones laborales. (Pérez del Río, Teresa. Op. Cit. P. 106). En Estados Unidos, a su vez, esto ocurre a propósito del llamado plan de **EMPLEO AFIRMATIVO**: “Aquel destinado a aquellos colectivos con representación desigual en la Sociedad, e impuesto por ley sobre la base de estadísticas de representación de los diferentes grupos en la fuerza laboral. Aplicable en forma obligatoria a empleadores del sector público, y a aquellos del sector privado que hayan acordado dicha práctica con la Comisión de Igualdad de Oportunidades de aquel país”. (INNIS, MIRNA. “Leyes, programas y prácticas de igualdad de oportunidades en el empleo en EEUU”. Ponencia efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Octubre de 2004).



7. El Principio de No Discriminación en materia Laboral.

Hemos avanzado, hasta aquí, hacia la comprensión de los fenómenos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, de la ciudadanía en la empresa y de la discriminación (laboral) en cuanto ruptura del principio de igualdad en su concepción aristotélica.

Respecto del último fenómeno estudiado y su ilegitimidad, debemos decir que de nada serviría su cabal comprensión doctrinaria si éste careciera de prohibición normativa a nivel de Derecho Público.

Por lo tanto, en el presente apartado reseñaremos la consagración del Principio de No Discriminación Laboral en el Derecho Internacional y en nuestro texto constitucional (ya hablaremos además, en el siguiente capítulo, de su consagración legal con el advenimiento de la ley 19.759).

7.1 Recepción Internacional del Principio de No Discriminación Laboral: La OIT.

Hablar de la OIT y el Principio de No Discriminación Laboral es hablar de la historia de este organismo y sus hitos. Por lo tanto, agruparemos cronológicamente éstos de manera de comprender la consagración normativa-internacional que rige hasta nuestros días en relación con este principio:

1919: Constitución de la OIT, adoptada por la Conferencia de la Paz (reunida primero en París y finalmente en Versalles) en abril de aquel año.⁵²

En el punto II del Anexo de la misma -relativo a los principios inspiradores de la Organización- se establece lo siguiente:

La conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuan verídica es declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que:

Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad y de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

1944: Declaración de Filadelfia (EEUU) *relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.*⁵³

Este instrumento reproduce, también el punto II de su Anexo, en forma íntegra lo citado a propósito de la Conferencia de la Paz de 1919.

1958: Sobre la base de los principios de la Organización contenidos tanto en su Constitución como en la declaración de Filadelfia, se adopta el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.⁵⁴

En este instrumento, se consolida definitivamente –a nivel internacional- el Principio de No Discriminación Laboral. En efecto, como veíamos, se define aquí por primera vez el contenido del concepto de discriminación (Art. 1). Por otro lado, dicho Convenio hace referencia -también por primera vez en un texto normativo- de los conceptos de *medidas especiales de protección o asistencia* (Art. 5.1) y de *medidas de acción positiva* (Art. 5.2) (analizadas todas ellas, recordemos, a propósito de las discriminaciones que se consideran legítimas en cuanto promotoras de igualdad general).

⁵² Texto disponible, en español, en <http://www.ilo.org/public/spanish/about/iloconst.htm>

⁵³ Texto disponible, en español, en <http://www.finteramericana.org/leyes/internacional2.htm>

⁵⁴ Texto disponible, en español, en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pkits/c111.htm>

1998: Conferencia de Ginebra. *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.*⁵⁵

La Conferencia Internacional del Trabajo, en su 86.a reunión (Ginebra, junio de 1998) reafirma la necesidad de compromiso de los Estados Miembros de la OIT en atención a *respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, en particular, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (2.d).*

7.2. Recepción nacional del Principio, a nivel Constitucional.

El Principio de No Discriminación Laboral se encuentra recogido por nuestra carta Fundamental en su artículo 19 N°16 inciso 3°, según el cual *“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.*

La Historia Fidedigna del establecimiento de esta disposición constitucional (enmarcada dentro del derecho fundamental a la libertad de trabajo), señaló las siguientes ideas emanadas de la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980:

*“La normativa que os proponemos, junto con asegurar la libertad de trabajo y su protección y consagrar el principio de que toda persona tiene derecho al trabajo, prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad de quien lo presta, sin perjuicio de que la ley pueda, en ciertos casos, exigir la nacionalidad chilena. Este concepto no es sino una proyección del principio de igualdad ante la ley, que hemos creído conveniente contemplar con relación al derecho al trabajo, porque es frecuente que se hagan discriminaciones especialmente con respecto a la edad o sexo de la persona, que resultan muchas veces injustificadas e inconvenientes, ya que significan prescindir de la experiencia de los años o desconocer la preparación, capacidad y condiciones que, sobre todo hoy día, tiene la mujer para asumir responsabilidades de esta naturaleza”.*⁵⁶

Considero, a modo de conclusión, que el tratamiento que nuestra Constitución efectúa respecto del Principio de No Discriminación Laboral es bastante precario por las siguientes razones:

La CPR sólo se limita a establecer que se prohíbe toda discriminación no basada en la capacidad o idoneidad personal, sin proponer criterio alguno constitutivo de acto discriminatorio. En efecto, la Carta Fundamental no se orienta en sentido alguno respecto de criterios tan importantes como la opinión política, la raza o el origen social o la religión. Esta carencia de criterios ejemplares de discriminación le otorga escasa contundencia material al precepto.

En apariencia, la disposición constitucional parece centrarse exclusivamente en la

⁵⁵ Texto disponible, en español, en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/comreps.htm>

⁵⁶ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. “Proposiciones e Ideas Precisas”. 16 de Agosto de 1978. En Revista Chilena de Derecho vol. 8. 1981. P. 226. (Cita en en Cea, José Luis. Op. Cit. Tomo II. P. 243).

etapa pre-ocupacional, desconociendo la posibilidad de concurrencia de actos discriminatorios durante la etapa de desarrollo de la relación laboral y con ocasión del término de ésta. Esto se explica al proponer la CPR ciertos límites –nacionalidad y edad– que son imponibles por vía legal sólo con ocasión del acceso al empleo. (Al respecto, cabe mencionar a los Capítulos II y III del Libro Primero del Código del Trabajo).

El artículo 19 N°16 inciso 3° CPR carece, además, de un tratamiento sistemático en torno a aquellas discriminaciones que hemos denominado “legítimas”: La disposición sólo enuncia la necesidad de establecer, por vía legal, *medidas de protección* relacionadas con la edad. Sin embargo, se desconoce la necesidad de establecer *medidas especiales de asistencia* con ocasión de la relación de trabajo, y de instaurar *medidas de acción positiva*, con el objeto de integrar al empleo a grupos potencialmente marginados.

La última razón es aún más grave que las anteriores: Curiosamente -y como ya profundizaremos en el Capítulo III-, no obstante la declaración de principios desarrollada por la Comisión de Estudio de la Constitución del '80 a propósito del Principio de Isonomía Laboral⁵⁷, este derecho se excluyó expresamente de la cobertura tutelar del Recurso de Protección.

8. La discriminación laboral y las fases de desarrollo del contrato de trabajo.

En este apartado intentaremos comprender las diversas hipótesis de existencia de actos discriminatorios en relación con la temporalidad de la relación laboral. Una vez conseguido este objetivo, estaremos ya en condiciones de analizar, en el Capítulo II, su concreción fáctica en relación con su resguardo legal y jurisprudencial.

Por lo tanto, para agrupar correctamente estas hipótesis, debemos ser capaces de distinguir, en primer lugar, cada unas de las fases de ejecución del contrato de trabajo. A saber: La fase pre-contractual, o de selección pre-ocupacional; la fase contractual, o de vigencia de la relación laboral; la *sui generis* fase de terminación del contrato de trabajo; y la fase post-contractual.

8.1. Fase Pre-Contractual (Selección pre-ocupacional).

En cuanto a hipótesis de discriminación, nos referimos aquí principalmente a dos temas relacionados con el acceso al empleo:

- Las ofertas de trabajo discriminatorias. Y,
- La discriminación en la selección de personal.

En relación con el primer tema, es bastante frecuente encontrar publicaciones de avisos de trabajo en medios de prensa u otros escritos, señalando como requisito para

⁵⁷ Cea. *Ibid.* P. 241

acceder a un empleo condiciones discriminatorias. Es decir, condiciones no relacionadas con la *capacidad o idoneidad personal* del postulante, como una determinada nacionalidad o edad (vgr. Una Empresa ofrece una jefatura de área sólo a postulantes menores de 40 años).

Debemos decir respecto de la selección de personal que esta contempla dos esferas: Las pruebas objetivas de selección (selección objetiva) y las apreciaciones subjetivas del empleador respecto del postulante (selección subjetiva). Y en una u otra, las situaciones se tornarán mucho más complejas que en el caso anterior. En efecto, respecto de las pruebas objetivas de selección de personal (tests), los límites entre el Poder de Dirección del empleador y los derechos fundamentales del trabajador son finísimos. Cuestionarios referentes a las aficiones e intereses, o incluso a las *costumbres* de los postulantes a un determinado empleo pueden constituir perfectamente una violación a su derecho a la protección de su vida privada y su honra (Art. 19 N°4 CPR). Lo mismo ocurrirá ante la decisión del empleador de practicar *tests de drogas* a los candidatos. En cambio, el tema queda mucho más abierto respecto de la práctica de pruebas psicológicas a los mismos. Por otro lado, en lo referente a las eventuales discriminaciones verificadas por apreciaciones subjetivas *ilegítimas* del empleador respecto del postulante (nos referimos con esto a aquellas verificadas en las entrevistas de trabajo, y relacionadas con prejuicios de todo tipo)⁵⁸, la prueba del acto discriminatorio es prácticamente imposible, por las razones que expondremos al cerrar este capítulo.

8.2. Etapa contractual (vigencia de la relación laboral).

Una vez iniciada la relación de trabajo, y durante su desarrollo, encontramos las manifestaciones más claras del poder de dirección del empleador y de su potestad disciplinaria. Por lo tanto, podemos encontrar aquí diversas hipótesis de discriminación laboral.

Así, será discriminatoria aquella medida que ordene practicar una alcoholemia a un trabajador del cual se sospecha su intemperancia. Lo será así también la revisión de efectos personales de los trabajadores en caso de robo al interior de la empresa (dicho caso constituiría una verdadera práctica pre-policial, y por lo tanto vulneratoria de los derechos a la libertad personal y a la honra del afectado) o de sus correos electrónicos, en caso de trabajo con ordenadores.

8.3. Terminación del Contrato de Trabajo.

Le concedemos el carácter de *sui generis* a esta etapa por cuanto equidista de las fases contractual y post-contractual de la relación.

⁵⁸ Recomiendo en este tema el análisis de cifras estadísticas sobre discriminación y desigualdades en nuestro país. En particular, los resultados de la **Encuesta sobre Discriminación y Desigualdades** desarrollada por la Fundación Chile 21 en el primer semestre del año 2004. En “Los Derechos Fundamentales en el Trabajo”. Temas Laborales. Dirección del Trabajo. Departamento de Estudios. Año 9, N°22. Noviembre 2004. P. 4

Teniendo en consideración la existencia de diversas *causales* de terminación del contrato de trabajo, debemos dejar en claro que, al ocuparnos de las hipótesis de discriminación en esta etapa, estaremos hablando del DESPIDO DISCRIMINATORIO.

Por lo tanto, y como analizaremos latamente en los Capítulos III y IV del presente estudio, deben ser objetos de litigio, por vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores despedidos, aquellos despidos fundados en motivaciones de carácter *ilegítimo*, como la raza, la edad, el sexo, el pensamiento político o la orientación sexual.

8.4. Fase post-contractual.

Sobre esta etapa profundizaremos en el Capítulo III de nuestra investigación, a propósito de la *demanda por daño moral* como medio procesal de tutela de los derechos fundamentales en la relación laboral. Adelantaremos, por ahora, dos cosas:

Al hablar de *fase post-contractual* estaremos haciendo referencia a la continuidad de vínculo jurídico entre trabajador y empleador no obstante la terminación del contrato de trabajo. Hablamos aquí, por lo tanto, de la secuela del proceso laboral que eventualmente los puede enfrentar.

Es impropio hablar de *discriminación laboral* en esta fase. Esto por cuanto no hablamos aquí de vulneraciones al principio de igualdad de trato, sino que de eventuales transgresiones a otros derechos constitucionales del trabajador o empleador (nacidas fruto de expresiones de carácter ilegítimo proferidas por las partes en el litigio).

9. La *intencionalidad* en la configuración del acto discriminatorio laboral.

Para cerrar el presente capítulo, nos referiremos a la ponderación del elemento subjetivo en la configuración del ilícito laboral *discriminación*.

En el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el profesor PALAVECINO, llevando a cabo el informe nacional de Chile relativo a los derechos fundamentales de la persona del trabajador, expuso que “... *la discriminación no es un simple problema de desigualdad, sino que aborda una situación de marginación social de ciertos grupos, en la que lo importante no es la motivación, sino el resultado perjudicial para las víctimas de ella*”.⁵⁹

En efecto, lo sostenido por Palavecino responde al criterio que prima en la actualidad, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial⁶⁰, en torno a la configuración del acto discriminatorio laboral. Es decir, al criterio objetivo, o aquel que prescinde de la

⁵⁹ XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Informe Nacional de Chile. Punto II: “Derecho del Trabajo y Derechos Fundamentales”. Acápites sobre los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Claudio Palavecino. Montevideo. Uruguay. 2003 (Citado en Gazmuri, Consuelo. Op. Cit. P. 29).

voluntad subjetiva -en cuanto intencionalidad- del agente discriminador en la construcción del ilícito.

La propia OIT, en su informe global del año 2003, efectuado con arreglo a lo expresado en la Declaración de Ginebra (1998), define, en primer término, la expresión discriminación (“*cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación*”), y luego explica lo que supone dicha definición. En dicha interpretación, el Organismo Internacional sostiene que *la intencionalidad no es presupuesto necesario de la discriminación*.⁶¹

En relación con la configuración del acto discriminatorio, nos referiremos al mencionado criterio, en lo sucesivo, con el nombre de *tesis objetiva*. Con ello, distinguiremos ésta de la que llamaremos *subjetiva*, o aquella encargada de otorgar preponderancia a la intencionalidad del agente discriminador, por sobre el resultado, en la configuración del ilícito.⁶²

La Tesis Objetiva y la Prueba del Acto Discriminatorio Laboral.

Hemos de estudiar, en el presente apartado, los efectos de la aplicación de la tesis *objetiva* en relación con la prueba de la discriminación laboral. Efectuaremos aquí, por ahora, un análisis teórico *-puro-* sobre esta temática. Luego, transcurridos los sucesivos capítulos de esta investigación, estaremos en condiciones de analizar *-a nivel consagradorio-*, la eficacia de la mencionada tesis para dichos efectos.⁶³

Pues bien, respecto de la *prueba de la discriminación laboral*, y en relación con las herramientas legales sustantivas contenidas en el derecho interno e internacional referidas a este tema, y que permiten aseverar *-como hemos visto-* la primacía de la tesis *objetiva* en relación con la misma, debemos sostener que los instrumentos señalados proponen, idealmente, la instauración normativa de una verdadera presunción legal de discriminación sobre la víctima, la cual debe verificarse por el sólo hecho de producirse un perjuicio laboral sobre un miembro de un grupo segregado de la sociedad civil, que no guarde relación con su capacidad o idoneidad personal.⁶⁴

⁶⁰ En efecto, éste es el criterio sostenido por la Dirección del Trabajo (Ord. 3704/134. De 08.2004), tal como lo veremos en el Capítulo II.

⁶¹ Dirección General OIT. Op. Cit. P. 17v

⁶² Esta última es sostenida por el argentino ROBLES:, quien expresa “No es el acto discriminatorio, en sí mismo, lo que se condena, sino la discriminación realizada a partir de determinados **motivos**. Son los motivos tenidos en cuenta para discriminar los que determinan que un acto discriminatorio resulte aceptable o inaceptable. **Los motivos constituyen el núcleo del acto discriminatorio**”. (Robles, Alberto José. Op. Cit. P. 1). No obstante ello, hemos presentado, hasta aquí, criterios contundentes que permiten aseverar la primacía de la tesis contraria.

⁶³ Esto, en relación con la doctrina esbozada por nuestra jurisprudencia administrativa sobre este tema (capítulo II), sobre los medios procesales existentes para tutelar los derechos fundamentales del trabajador, afectos a la prueba del acto discriminatorio laboral (capítulo III), y sobre lo que propone, en definitiva, la normativa actual y aquella en tramitación (capítulo V) sobre este respecto.

Por lo tanto, en su virtud, debiera existir *acto discriminatorio* toda vez que se logren probar dos circunstancias: el acaecimiento del hecho dañoso, en primer lugar; y la pertenencia de la víctima del mismo, a un grupo infrarrepresentado de la sociedad civil, y amparado por la normativa de derecho público, en segundo. (Esto, repetimos, sin reparar en la intencionalidad del autor respecto del mismo).

Por lo tanto, dada la natural alteración del *onus probandi* que debiera producirse en estos casos, correspondería al agente discriminador (el empleador) destruir dicha presunción probando los hechos que la desvirtúan.⁶⁵ Por lo tanto, éste lograría enervar la pretensión de la (presunta) víctima, probando alguna de las siguientes circunstancias: a) La inexistencia del hecho dañoso generador del perjuicio laboral alegado; b) La no pertenencia del pretensor a un grupo infrarrepresentado, amparado por la normativa de derecho público; o c) La legitimidad del perjuicio laboral causado. (Esto es -asumiendo la existencia de las dos circunstancias anteriores- demostrar la licitud en la producción de éste, en razón de la capacidad o idoneidad personal del afectado).

En suma, podemos concluir que la tesis *objetiva*, no obstante otorgar primacía al resultado discriminatorio, no prescinde absolutamente del elemento “voluntad” en la configuración del ilícito laboral, sino que produce, como efecto, la consideración *a priori* de ésta como ilegítima, cabiéndole al empleador la desestimación de dicha calidad, en razón de una *justa causa* de distinción. La cual consistirá, como decíamos, en la *capacidad e idoneidad personal* del afectado.

⁶⁴ Hablamos aquí de una mera **proposición** (*de lege ferenda*) de instauración de dicha presunción, por cuanto –como sabemos– éstas, al ser figuras excepcionales dentro del derecho, son de interpretación estricta, no pudiéndose aplicar más allá de los casos expresamente previstos por el legislador. Por lo tanto, *si la ley no hace declaración sobre la relación de dos hechos (aunque una norma encuentre su motivo en aquella relación), no ha presunción legal.* (Vodanovic H., Antonio. “Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General” / Explicaciones Basadas en las Versiones de Clases de Arturo Alessandri R. Y Manuel Somarriva U. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur, 1990-1991. P. 475).

⁶⁵ Ducci Claro, Carlos. “Derecho Civil. Parte General”. Cuarta Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Junio 1995. P. 430.

CAPÍTULO II: “LA LEY 19.759: TUTELA SUSTANTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA”.

Como sabemos, el 1° de diciembre del año 2001 entró en vigencia la ley 19.759, modificativa del Código del trabajo en lo relativo a Nuevas Modalidades de Contratación, a Derecho de Sindicación, a Derechos Fundamentales del Trabajador y a las demás materias que indica.

En aquella oportunidad, Su Excelencia el Señor Vicepresidente de la República, iniciaba su Mensaje al Senado Nacional destacando el rol que a dicha iniciativa le correspondía en torno al desarrollo de la equidad social y la promoción de la dignidad de los trabajadores del país. Se trataba, en resumen, de un compromiso firme con la modernización del mundo laboral, la creación de empleos, la promoción del diálogo social, y, en gran medida, del beneficio a los trabajadores traducido en la protección de sus derechos fundamentales y en la erradicación de toda forma de discriminación en el empleo.⁶⁶

⁶⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. “Historia de la Ley 19.759: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario”. Santiago. Chile. 2001. P. 1

Analizaremos, en el presente capítulo, de que manera dicha ley contribuyó a la materialización de estos objetivos.

1. Génesis y texto legal.

Como ya adelantábamos respecto del tema a tratar en el presente capítulo, el Mensaje de S.E contemplaba la necesidad de incluir normas que implicaran un mejoramiento del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, integrando, en el nivel legal, las directrices emanadas del derecho a la ciudadanía en la empresa que a cada uno de ellos les corresponde.

En efecto, el Tercer Contenido del Proyecto de Ley (luego de la regulación de la libertad sindical y la protección contra las prácticas antisindicales) fue el encargado de la “Protección de Derechos Fundamentales”. Este contempló dos ejes para la consecución de dicho objetivo:

a) La Promoción de los Derechos Fundamentales:

El Proyecto, transformado definitivamente en Ley, incorporó de manera expresa en la legislación laboral la obligación del empleador de respetar las garantías de rango constitucional de los trabajadores, en el marco de las relaciones laborales en la empresa, garantizándose su resguardo, *en especial su derecho a la vida privada, la intimidad y la información confidencial del trabajador.*⁶⁷

Esto quedó plasmado en el N°3 del Artículo Único de la Ley 19.759, el cual ordenó intercalar al artículo 5° del Código del Trabajo, el siguiente inciso primero:

“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”.

Luego, en relación con artículo 154 C°T (relativo al contenido mínimo del reglamento interno en las empresas de diez o más trabajadores permanentes), específicamente con su N°5 “obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores”, la Ley 19.759 incorporó a esta disposición el siguiente inciso final:

“Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, 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”.

Finalmente, en este aspecto, la Ley 19.759 ordenó la incorporación del artículo 154 bis del Código del Trabajo, en virtud del cual *“El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”.*

⁶⁷ *Ibid.* P. 10

b) La eliminación de la discriminación laboral.

Al respecto, la Ley 19.759 introdujo, a criterio del legislador, normas constitutivas de una efectiva incorporación del Convenio 111 de la OIT sobre no discriminación en el empleo en nuestro Código del Trabajo.⁶⁸ En efecto, se perfecciona a nivel legal la definición de prácticas discriminatorias, en relación con lo estipulado en los artículos 1.a y 2 de dicho instrumento ratificado por Chile. Esto queda plasmado en los nuevos incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo:⁶⁹

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

*Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”*⁷⁰

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

Con ello, la Ley 19.759 presenta una primera declaración relativa al principio de no discriminación laboral (inciso segundo) a la que luego otorga su contenido medular en los dos siguientes incisos.

Luego, como inciso quinto⁷¹ del artículo 2, la ley 19.759 plantea una expresa referencia a las ofertas de trabajo discriminatorias en los siguientes términos:

“Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero”.

Finalmente, la ley 19.759 incorpora, como penúltimo inciso del artículo 2, el siguiente:

“Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren”.

Sobre la incorporación de los citados incisos, comentaremos tres aspectos, antes de sumergirnos en el análisis exhaustivo de la reforma:

⁶⁸ Mensaje del Ejecutivo. *Ibid.* P. 4

⁶⁹ **Actuales tercero, cuarto y quinto.** Esto, luego de la entrada en vigencia, en fecha 18 de marzo de 2005, de la Ley 20.005 que “Tipifica y sanciona el **Acoso Sexual**”. Por lo tanto, deberá estarse a esta nueva ubicación en explicaciones sucesivas. Esto no obstante su localización *post* ley 19.759, citada continuamente en esta investigación, para efectos del análisis

⁷⁰ Cabe mencionar que los criterios “edad” y “estado civil” no estaban contemplados en un primer momento en nuestro Código del Trabajo. Estos fueron incorporados mediante la **Ley 19.739**, de 6 de Julio de 2001. Esto, en atención a lo que dispone el artículo 1.b del Convenio 111 OIT, el cual faculta a los Estados Miembros, en el marco de procesos de diálogo social, a que incorporen nuevos criterios de discriminación no expresados en el artículo 1.a de dicho instrumento.

⁷¹ Actual sexto.

i. El nuevo inciso segundo del artículo 2 C°T incorporó un criterio que, al menos textualmente, no existía hasta aquel momento en nuestra legislación: La ascendencia nacional.

En relación con dicha consagración, fue clara la pretensión del Ejecutivo en torno a objetivar en nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral cada uno de los criterios contemplados en el artículo 1.a del Convenio 111 OIT (entre los cuales se consagra precisamente el nuevo criterio legal citado). Más allá de este loable propósito, resulta curiosa dicha integración, por cuanto, ya con anterioridad a la dictación de la ley 19.759, el artículo 2 contemplaba a la nacionalidad como criterio de discriminación.

Por lo tanto, en el actual texto legal, coexisten la *nacionalidad* y la *ascendencia nacional* como criterios discriminatorios. Ante esto, no podemos dejar de hacer notar el error que constituye dicha medida, por cuanto el Convenio 111 OIT, como vimos, se refiere a la ascendencia nacional sin hacer referencia a la *nacionalidad*. Asimilando, por tanto, claramente ambos conceptos.

ii. Con posterioridad, la Ley 19.812, de 13 de Junio de 2002, incorporó un nuevo inciso sexto⁷² al artículo 2, también en relación con el amparo sobre la discriminación acaecida durante la fase pre-contractual. Esta vez, relacionada con la situación financiera y obligacional de los postulantes a un determinado empleo, con las excepciones que se plantean:

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

iii. Finalmente, no podemos dejar de mencionar que el proyecto original, además, incorporaba un mecanismo procesal que pretendía hacer efectivo el resguardo de los derechos fundamentales, el cual se establecía *sin perjuicio de otras formas de amparo, como ocurre con aquellos derechos de rango constitucional, protegidos en la forma establecida en el artículo 20 de nuestra carta fundamental*. (Esto, en referencia a la viabilidad paralela del Recurso de Protección en los casos de vulneración). Se establecía, así, que las víctimas de situaciones de discriminación tendrían derecho a recurrir a los tribunales laborales, demandando indemnizaciones por los daños, incluidos los morales, que ésta hubiera podido causarles.⁷³

En efecto, el párrafo número 1 inciso tercero, del artículo único del proyecto original, establecía que *“El afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los tribunales*

⁷² Actual séptimo.

⁷³ *Ibid.* P. 2

*del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones de derecho común, incluso el daño moral”.*⁷⁴

A primera vista, podríamos inferir que el precepto transcrito otorgaba plena eficacia sustantiva al artículo 2 del Código del Trabajo, toda vez que otorgaba competencia a los jueces del trabajo para pronunciarse sobre la ilegitimidad del acto discriminatorio. No obstante ello, el inciso referido presentaba una redacción y una técnica legislativa particularmente ligera y en extremo confusa.⁷⁵ Por ello, con el transcurso del debate legislativo, la disposición fue finalmente eliminada del proyecto que, en definitiva, se transformó en Ley.⁷⁶

2. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial de la Reforma.

Ya hemos estudiado la nueva redacción adquirida por los artículos 2, 5 y 154 C°T -relativos a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y a la protección del derecho a la no discriminación- con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19.759. En el presente apartado analizaremos dicha reforma, a la luz de la doctrina nacional y la jurisprudencia.

Hemos visto que la reforma laboral de diciembre de 2001 se encargó de regular, dentro de las relaciones individuales de trabajo: a) El derecho de ciudadanía del trabajador al interior de la empresa, y b) El –consecuente- derecho del mismo a la no discriminación laboral.

⁷⁴ Biblioteca del Congreso nacional. Op. Cit. P. 14. (Diario de Sesiones del Senado. Sesión 13).

⁷⁶ Esta eliminación no guardó relación alguna –como podríamos pensar- con el aspecto sustantivo de la disposición *in comento*, sino que ésta tuvo que ver con el carácter que revestía la norma en relación con la *clasificación de las leyes*. En efecto, al presentarse el proyecto original, la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara Alta, ofició a su par de Constitución, Legislación y Justicia para que se pronunciara acerca de si ciertas normas contenidas en la iniciativa revestían carácter orgánico constitucional, o si, por el contrario, sólo requerían de quórum simple para su aprobación. Entre las normas consultadas se encontraban las contenidas en el número 1 del Proyecto de Ley (donde encontrábamos el analizado inciso tercero, final). La comisión requerida concluyó que el inciso final del número 1 del proyecto revestía carácter orgánico constitucional, requiriendo, por lo tanto, de las cuatro séptimas partes de los Parlamentarios en ejercicio para su aprobación. La opinión de dicha comisión fue decisiva en torno a no considerar a dicha norma en el proyecto final, por cuanto en éste se excluyeron finalmente todas aquellas normas que gozaban de tal carácter (lo mencionado se llevó a efecto a pesar de algunas opiniones disidentes por parte de algunos Senadores miembros de la comisión de Trabajo Y Previsión Social, como Parra y Ruiz De Giorgio). El carácter asignado a dicha norma, asimismo, tiene una clara explicación, y ella está relacionada con la deplorable técnica legislativa utilizada en la configuración del precepto (tal como se analizó en la nota anterior). En efecto, una norma encargada de radicar el conocimiento de una materia civil –como lo es la referida a la responsabilidad extracontractual del empresario- en los jueces del trabajo, importa un impacto directo sobre las atribuciones de los Tribunales de Justicia, ya que se modificaría aquí un elemento de la competencia absoluta de los Tribunales: La materia. Por lo tanto, una modificación en estos términos, en razón de lo dispuesto en el mandato del artículo 74 CPR, debería ser necesariamente objeto de ley orgánica constitucional, y jamás de ley simple.

2.1 Protección del Derecho de Ciudadanía del Trabajador al interior de

⁷⁵ Esta ambigüedad queda de manifiesto al analizar los siguientes focos de contradicción: No obstante la exposición del Ejecutivo en su Mensaje, no terminaba de delimitarse, en el texto legal, el espacio entre la acción de protección y la acción propiamente laboral que proponía el mencionado inciso tercero. En otras palabras, no había claridad en torno a si, para accionar por la última vía, se requería necesariamente una declaración judicial que diera lugar a un recurso de protección, o si esta, por el contrario, constituía una acción autónoma. El citado inciso tercero no distinguía entre las distintas fases de ejecución del contrato de trabajo (ya hemos visto que encontramos hipótesis de discriminación en cada una de ellas), por lo tanto, el intérprete debía inferir que la referencia estaba realizada sobre cada una de ellas. Esta exégesis (correcta) suponía una tremenda dificultad: Dados sus espectros disímiles, cada una de las fases de ejecución del contrato de trabajo cuenta con tratamientos sustantivos y procesales muy distintos, en el evento de la vulneración del derecho a la igualdad de trato. La contradicción en este punto se hace más visible respecto de la fase pre-contractual, por cuanto todo daño derivado de un acto discriminatorio en esta etapa genera necesariamente responsabilidad EXTRACONTRACTUAL del empresario, jamás contractual. Por lo tanto, sería impropio otorgarle competencia a los jueces del trabajo respecto de una materia esencialmente civil (en este caso, el daño moral derivado de una relación jurídica en la que no se involucra la existencia de un contrato de trabajo consensuado entre las partes). Acerca de las indemnizaciones, la disposición señalaba que **“El afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los tribunales del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho”**. Ante esto, cabe preguntarse ¿a qué otras indemnizaciones, fuera de la procedente por daño moral, podría tener derecho el trabajador discriminado?. Lógicamente esta disposición estaba haciendo referencia a aquellas emanadas del término de la relación laboral. Y más precisamente, de modo general, al pago del feriado -con toda seguridad-, y de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio (esto probablemente, sólo si concluimos que se asimilaba esta situación a un despido indirecto). Por lo tanto, debemos inferir, en primer lugar, que efectivamente el Proyecto descuidaba la fase de selección pre-ocupacional, y, en segundo, que su intención consistía en mantener el régimen de acciones laborales ordinarias en caso de un acto discriminatorio, sin crear ningún tipo de acción nueva al respecto (sólo incorporando, como vimos, la posibilidad expresa de impetrar aquí el resarcimiento del daño moral). En relación con el punto anterior podríamos concluir que la intención de esta disposición consistía en hacer procedente –en forma expresa- la terminación del contrato de trabajo una vez acaecido un acto discriminatorio del empleador. (Recordemos que llegamos a esta conclusión por cuanto –aquí- las únicas indemnizaciones laborales procedentes, fuera del daño moral, podrían ser el feriado; la indemnización sustitutiva del aviso previo; y, si procediere, la indemnización por años de servicio). En otras palabras, el mencionado inciso tercero estaba efectuando, presumiblemente, una ligazón entre la acción por despido indirecto y el acto discriminatorio como causal (más presumiblemente aún, como integrante éste del artículo 160 N°7 C°T). Lamentablemente, más allá de la lógica empleada, nos encontramos frente a un confuso panorama al verificar que dicho Proyecto original ni siquiera planteaba, conjuntamente, una reforma sobre el artículo 171 del Código del trabajo. Finalmente, respecto de la prescripción, encontramos el mayor error de la disposición citada. Esto, al hacer viables en estos casos las prescripciones de derecho común (5 años para la responsabilidad contractual y 4 años para la extracontractual) por sobre la prescripción propiamente laboral (2 años para todo derecho reconocido por el Código del Trabajo, según el inciso primero del artículo 480). Esto no sólo dio cuenta de severas confusiones al interior del equipo que redactó el Proyecto (por un lado, dicha redacción refrendaba la errónea disposición del precepto en torno a radicar en los jueces del trabajo el conocimiento de las causas que involucraran la responsabilidad extracontractual del empresario. Por otro, manifestaba ésta un cabal desconocimiento sobre el sistema de prescripciones del artículo 480 C°T, obviando que todo derecho regulado por el Código del Trabajo –como lo era aquel preceptuado por el inciso tercero- debía someterse al plazo de prescripción de dos años (aún más tratándose de causas sometidas al conocimiento de los jueces del ramo), sino que también generó, como veremos, que la disposición fuera finalmente rechazada por el informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, y no incluida, en definitiva, en el proyecto que posteriormente se transformó en ley.

la Empresa.

En lo que respecta a este primer derecho, la ley 19.759 señala en el nuevo inciso primero del artículo 5 C°T -aunque en forma bastante escueta según la opinión de los profesores WALKER y LIENDO⁷⁷ - que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador. En especial, cuando pudiera afectar la intimidad, vida privada o la honra de estos. Esto está enmarcado, tal como fue analizado en el capítulo anterior, dentro de la idea de Ciudadanía al interior de la Empresa.

UGARTE, por otro lado, advierte que esta disposición general no importa, en principio, mayor protección de estos derechos inespecíficos de la persona del trabajador, aportando ésta solamente *la enorme utilidad cultural de ser incorporados estos derechos al lenguaje legal*. Esto encuentra su explicación en la *carencia de consecuencias jurídicas específicas*, reconocidas en el texto legal, ante el evento de su vulneración (como por ejemplo, la nulidad de las actuaciones vejatorias).⁷⁸ Para Walker, la única sanción concreta que cabría en este evento sería la multa administrativa, quedando, además, abiertas las puertas a indemnizaciones por daño moral, siguiendo la línea norteamericana.⁷⁹ Nos referiremos a esto en Capítulo III de nuestro estudio.

Por otro lado, el inciso final del artículo 154 C°T aparece como la segunda norma más relevante dentro de este tema, dada su especificidad respecto de las directrices generales contenidas en el inciso primero del artículo 5. Dicho precepto se encarga de señalar ciertos requisitos materiales de procedencia de las medidas de control por parte del empleador, contenidas en el reglamento interno de la empresa (*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*). Esto, afecta especialmente en lo que puede referirse a test de drogas o alcohol, revisión de personas o casilleros, etc. (vulneraciones acaecidas durante en transcurso de la relación laboral). O sea, una revisión a la salida de la empresa, por ejemplo, deberá ser sorteada o general para todo el personal, protegiéndose de aquella manera la dignidad de los trabajadores y trabajadoras.

En este sentido, la modificación introducida por la reforma, no hizo sino recoger -a nivel legal- los criterios que sobre este punto había sostenido la Dirección del Trabajo, en una jurisprudencia que a esa altura ya estaba absolutamente consolidada (dictámenes 8273 de 1995, 287 de 1996, etc.).^{80 81}

En materia ocupacional, asimismo, el legislador ordena al empleador mantener

⁷⁷ Walker, Francisco y Liendo, Ricardo. “Breve análisis de las reformas laborales. Un enfoque técnico”. Revista Economía y Administración N° 142. Diciembre 2001 / Enero 2002. Pags. 49 a 63.

⁷⁸ Ugarte C., José Luis. “La Reforma Laboral: luces y sombras”. En Revista Laboral Chilena. Noviembre 2001. P. 64

⁷⁹ Walker, Francisco. Op. Cit. P. 51

⁸⁰ Ugarte C. José Luis. Loc Cit.

reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral (artículo 154 bis C°T).

Jurisprudencia

Ha sido la Jurisprudencia Administrativa la principal encargada, desde la dictación de la ley 19.759, de otorgarle contenido –teórico, o general; y práctico, o específico- a la idea de ciudadanía al interior de la empresa por parte del trabajador.

2.1.1 Jurisprudencia Administrativa de Aplicación General.

El 30 de Agosto de 2002, la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen Ord. 2856/162, “Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5, del Código del Trabajo”. En efecto, dicho instrumento otorga la totalidad de las directrices teóricas acerca de la comprensión y aplicación del nuevo precepto.

Podemos agrupar las directrices reseñadas por este dictamen en los siguientes puntos:

2.1.1.1 Concepto de Ciudadanía en la Empresa.

Una vez efectuada la lectura y análisis de este Dictamen, en el sentido de reconocer a los derechos humanos –junto con su eficacia horizontal- como la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad, debemos estar en condiciones de concluir la Ciudadanía al interior de la Empresa como aquel *principio en cuya virtud se reconoce plena vigencia y eficacia a los derechos fundamentales del subordinado al interior de la empresa, implicando esto una valoración ya no simplemente de su trabajo, sino que de su persona, en la misma, en cuanto ciudadano.*

Por lo tanto, el Dictamen reconoce la existencia –esta vez, en el plano legal- del concepto de Ciudadanía en la Empresa, reconociendo al trabajador como titular de derechos no sólo de contenido específicamente laboral (como por ejemplo, la libertad sindical), sino que también de aquellos derechos denominados *inespecíficos o de la personalidad*, reconocidos constitucionalmente⁸², tales como el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N°1 CPR), derecho a la igualdad y a la no discriminación (19 N°s 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (19 N°6), derecho al honor y a la intimidad personal (19 N°4), inviolabilidad de las comunicaciones (19 N°5), libertad de opinión –expresión- e información (19 N°12), derecho de reunión (19 N°13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (19 N°21), etc. Se produce así, una “impregnación laboral” de derechos de alcance general no circunscritos a la relación de trabajo. Se trata

⁸¹ En efecto, resulta emblemático en este sentido el dictamen **Ord. N°287/014**, de 11.01.96, en el cual se prescribe expresamente, en relación con el poder de dirección del empresario, que esta facultad “se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas”. De esta forma, se reconoce por parte de la Dirección del Trabajo la función limitadora de los derechos fundamentales (respecto del poder de dirección del empleador).

⁸² Extensivos a la comunidad toda a través del ya explicado “**principio de vinculación directa de la Constitución**”. (Ver nota 11).

de derechos del “ciudadano trabajador que ejercita como trabajador ciudadano”.⁸³

2.1.1.2 Alcance del artículo 5 inciso primero del Código del Trabajo.

Corresponde a la *función limitadora de los derechos fundamentales*. Es decir, a la concepción de estos derechos -contenidos en el patrimonio de los trabajadores-ciudadanos- como límites infranqueables sobre el poder del empresario.⁸⁴

Tanto con anterioridad al inicio de la relación laboral (selección pre-ocupacional), como al inicio de ésta, y durante su desarrollo y conclusión, esta función contempla dos esferas: La de límite *interno* y la de límite *externo*. La primera guarda relación con el ámbito estrictamente laboral, en cuanto involucra la *conformación esencial del poder empresarial*. (Como lo es el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada del trabajador –y su primacía- respecto del poder de dirección del empresario en situaciones como la del uso privado del e-mail al interior de la empresa)⁸⁵. La segunda, importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales, *fuera de dicha conformación* (lo que ocurrirá, por ejemplo, en situaciones que involucren atentados contra la integridad física y psíquica del trabajador, como en el acoso sexual, o laboral –mobbing-).

2.1.1.3 El artículo 5 como principio interpretativo de la legislación laboral.

Al tener claridad acerca de, por un lado, la vinculación directa de los preceptos constitucionales respecto de toda persona, institución o grupo (artículo 6 CPR), y, por otro, del carácter del artículo 5 en cuanto límite infranqueable –interno y externo- del poder de dirección del empleador respecto de las garantías constitucionales de los trabajadores, hemos de inferir que, ante el advenimiento de este nuevo precepto legal, la interpretación de la legislación laboral debe darse de conformidad al texto constitucional, de manera que toda ulterior exégesis de la misma, debe ajustarse a la concepción del trabajador como sujeto activo (titular) de aquellos derechos constitucionalmente protegidos. Por lo tanto, es correcto decir que el nuevo inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo está dotado de una verdadera *vis expansiva* relativa al concepto de ciudadanía en la empresa.⁸⁶

En conclusión, la Dirección del Trabajo sostiene que esta norma está llamada a constituirse en la idea matriz, o componente estructural básico, del contenido material de nuestro sistema de relaciones laborales.⁸⁷

⁸³ Palomeque López, Manuel. “Los derechos laborales en la Constitución española”. CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991. P. 31. En Ord. 2856/162. P. 3

⁸⁴ Es necesario reiterar que la Jurisprudencia Administrativa ya se había pronunciado genéricamente sobre este tema en el año 1996 (Ord.287/014). (Ver Nota 77).

⁸⁵ En este sentido, Ord. 260/019, de febrero de 2002.

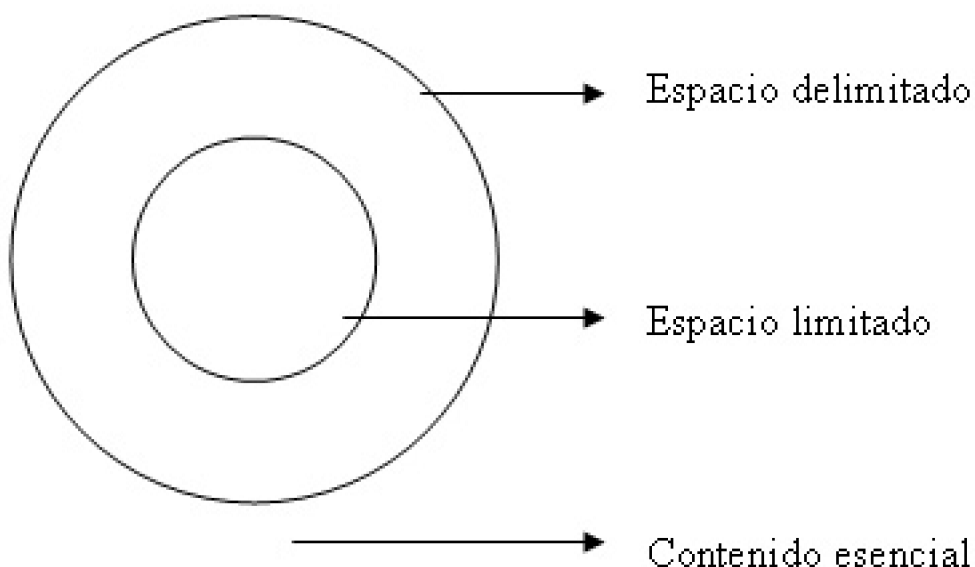
⁸⁶ Ord. 2856/162. P. 4

2.1.1.4 Ámbitos de los Derechos Fundamentales.

Los derechos fundamentales reconocidos al trabajador, como a cualquier otro ciudadano, no son absolutos, por cuanto reconocen límites o aplicaciones reductivas (en su caso) en el concreto ámbito de la empresa. Estos límites hacen justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental, y están dados por la protección de otros derechos o bienes constitucionales; la moral, el orden público y el bien común (límites constitucionalmente admisibles).

En relación con estos límites, se concluye que el derecho fundamental está conformado por tres espacios, o ámbitos, reunidos a modo de anillos concéntricos: El ámbito *delimitado*, el ámbito *limitado*, y el *contenido esencial* del derecho fundamental.

El primero, señala el ámbito máximo de extensión del derecho, distinguiéndose de esta forma, lo que es derecho fundamental y lo que queda fuera de él, dotando a éste de una protección provisional, que será definitiva si no se le impone un límite que resulte constitucionalmente admisible. El segundo, dentro del espacio delimitado, está dado por la privación de determinadas manifestaciones del derecho de una protección definitiva (siempre y cuando operen aquí los ya mencionados límites *constitucionalmente admisibles*). Y en el tercero, nos encontramos en un ámbito respecto del cual todo límite resulta inadmisibles. El reconocimiento de este contenido esencial de los derechos, responde a la *función de clausura del sistema de derechos fundamentales*, contenida en la garantía constitucional del artículo 19 N°26 CPR.⁸⁸



Por lo tanto –como explica el Dictamen– los derechos fundamentales no son

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. (Artículo 19 N°26 CPR).

ilimitados o absolutos, reconocen como una consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional ciertos límites a su ejercicio, 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.⁸⁹

2.1.2 Jurisprudencia Administrativa de Aplicación Especial.

En relación con la promoción de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa *post* ley 19.759, son diversos los dictámenes que se han encargado de efectuar, sobre situaciones específicas, dicha consagración. Analicemos algunos de ellos.

i. Ordinario N°260/19 (Febrero de 2002)

Regula el uso de los correos electrónicos en las empresas, concluyendo que, de 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*. Esto por cuanto lo contrario importaría la vulneración del derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, reconocido en el artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental.

El Servicio, además, sostiene que, de regularse el uso del correo electrónico por el reglamento interno de la empresa, debe actuar el empleador de conformidad a lo expresado en el inciso final del artículo 154: "Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el N° 5 de este artículo, 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". Esto, siempre y cuando no se vea afectado el contenido esencial del derecho fundamental referido.⁹⁰

ii. Ordinario N° 2328/130 (Julio de 2002).

Regula el uso de mecanismos de control audiovisual en empresas de la locomoción

⁸⁹ El Dictamen mencionado expresa, además, la existencia de ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que, omnicomprensivamente, se engloban en la aplicación del denominado “principio de proporcionalidad”, y que sirve de medida e 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 de deseado –ejercicio del propio derecho–. Este principio admite una división en los siguientes subprincipios, que en su conjunto comprenden el contenido de este principio genérico: a) Principio de adecuación: Implica que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto. Por lo tanto si la limitación no sirve para proteger la garantía constitucional en conflicto, será inadecuada. b) Principio de necesidad: En cuya virtud, la medida limitativa debe ser la única capaz de obtener el fin perseguido, de tal forma que no exista otra forma menos gravosa de alcanzar dicho objetivo. c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Según el cual, deben ponderarse los derechos que colisionan, de manera de determinar la razonabilidad de la eventual medida restrictiva. (Ord. 2856/162. Pags. 6 y 7).

colectiva urbana, y su procedencia en relación con del derecho fundamental de los trabajadores a la intimidad, vida privada y honra de sus personas (artículo 19 N°4 CPR).

⁹¹ Al efecto, la Dirección del Trabajo sostiene que:

El reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo), lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control audiovisual (grabaciones por videocámaras) en los vehículos de la locomoción colectiva urbana, sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad de los conductores o de los pasajeros, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental del mismo.

Por el contrario, su utilización únicamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad.

Es condición esencial para la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, en las circunstancias que ello resulte lícito, el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida de control laboral y específicos del medio en análisis.⁹²

⁹⁰ El referido dictamen sostiene que, por ejemplo, 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.

⁹¹ Presentación efectuada por los miembros del Sindicato Interempresa de Trabajadores de Sociedad de Transportes San Bernardo Las Condes Uno Ltda. La Dirección del Trabajo, aquí, resolvió acerca de la ilicitud de la práctica consultada (utilización de videocámaras en las máquinas) por cuanto, en la práctica, estas medidas de control “también se han orientado a escudriñar si el conductor se apropia del dinero del pasaje al no entregar el boleto al pasajero, lo que claramente constituye una medida de carácter prepolicial, investigativa y represiva frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos cometidos por el trabajador, cuestión que debe rechazarse de plano”.

⁹² Idéntico criterio utilizó el Servicio en **Ords. N° 2852/158**, de Agosto de 2002, (al resolver acerca de la ilicitud en la utilización de videocámaras en la presentación efectuada por miembros del Sindicato de Trabajadores Interempresas Transportes Dávila Ltda.; Tarapacá Ltda.; Diego Portales Ltda.; Trans-Trece S.A contra la empresa Adm. Inv. Transporte y Comercial Diego Portales Ltda) y **N° 2875/72** (sobre la utilización de videocámaras por partd de empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A).

2.2 Protección del Derecho a la Igualdad de Trato (a la No Discriminación) en Materia Laboral.

De acuerdo con el nuevo texto del artículo 2 del Código del Trabajo, son actos discriminatorios 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. Esta enumeración no es taxativa, dado el origen constitucional que posee (artículo 19 N°2, y 19 N°16 inciso 3° CPR) y dado, además, el carácter omnicompreensivo del principio de isonomía laboral (tal como lo estudiamos en el capítulo I). Por lo tanto, el catálogo se hace extensivo a otros criterios no contemplados por el legislador laboral, como la discapacidad o la orientación sexual.⁹³

Respecto del avance sustantivo producido con la modificación legal, encontramos opiniones divididas en la doctrina. Así, LÓPEZ sostiene que el nuevo artículo 2 del Código del Trabajo implica uno de los contenidos más significativos de la Ley 19.759, por cuanto se facilita, desde su nacimiento, la prevención y sanción de las discriminaciones en el trabajo. Analiza, asimismo, como -en la actualidad- la prohibición de prácticas discriminatorias se entiende incorporada en los contratos de trabajo como *cláusula tácita* (inciso octavo).⁹⁴

UGARTE, en cambio, sostiene que si bien la reforma laboral intentó abordar el tema, el resultado no es en absoluto gravitante. Sustenta su posición en el hecho de que el concepto de discriminación, contenido en el artículo 2 C°T, ya está contemplado por la Constitución Política en los artículos 19 N°2 y 19 N°16 inciso tercero, en materia laboral.. Además, sostiene –acertadamente- la irrelevancia del precepto toda vez que éste no contempla ninguna sanción específica para el empleador que incurra en un acto discriminatorio (como lo sería por ejemplo, una indemnización).

Respecto de la prohibición de actos discriminatorios, como *cláusulas tácitas* en los contratos de trabajo que se celebren, contenida en el inciso octavo del artículo 2, este autor también sostiene su nula importancia jurídica. Primero, porque todas las obligaciones legales al momento que se celebra un contrato forman parte de él, y segundo, porque la protección jurídica de una garantía constitucional como la igualdad en la ley y la no discriminación laboral no depende en absoluto de su “contractualización”, sino de los propios mecanismos de tuición de los derechos fundamentales⁹⁵ (pronto retomaremos este punto).

Respecto de la discriminación y las fases de ejecución del contrato de trabajo,

⁹³ En este mismo sentido, CASTRO, José Francisco (Op. Cit. P. 11); WALKER, Francisco (Op. Cit. P. 51); Y UGARTE, José Luis (Loc. Cit.).

⁹⁴ López, Diego. “Los Derechos Fundamentales en el Trabajo: Garantía de Libertad y Dignidad para las personas que trabajan”. En “Temas Laborales”. Dirección del Trabajo. Departamento de Estudios. Año 9. N°22. Noviembre 2004. P. 2.

⁹⁵ Ugarte, José Luis. Loc. Cit.

pareciera nuestro Código restringir la prohibición de discriminar, sólo respecto del momento inicial de la relación laboral (en la etapa pre-ocupacional); pero ello, según CASTRO, sólo es un modo de reforzar la prohibición general de discriminación constitucional, que no contempla restricciones en este punto, *atendido que ese es el momento en que más usualmente se verifican situaciones de discriminación*.⁹⁶

Jurisprudencia

Ha sido también, en esta materia, la Jurisprudencia Administrativa la encargada de pronunciarse, general y especialmente, acerca de los alcances de la protección a los trabajadores relacionada con el principio de no discriminación laboral. (La Jurisprudencia Judicial, en cambio, se ha dedicado a lo largo de los años, más que nada, a fijar la extensión del derecho constitucional a la libertad de trabajo -Artículo 19 N°16 inciso primero CPR- y del derecho de los empleadores a la libre elección y contratación de su personal -Artículo 2 inciso 5° C°T-).⁹⁷

2.2.1 Jurisprudencia Administrativa de Aplicación General.

En agosto de 2004, la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen Ordinario 3704/134 *“Fija sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto⁹⁸ del artículo 2 del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral”*.

En dicho instrumento, el Servicio plantea el marco sustantivo sobre el cual debe desarrollarse toda exégesis del precepto legal aludido, entendido éste –en cuanto expresión de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa- como manifestación del derecho constitucional a la igualdad de trato (Artículo 19 N°2 CPR).⁹⁹

Comentemos los aspectos más relevantes que entrega esta Jurisprudencia:

i. La Dirección del Trabajo no sólo propone aquí un posicionamiento *jurídico* respecto del fenómeno de la discriminación laboral, sino que también se manifiesta en forma *política* respecto del mismo:¹⁰⁰

Las situaciones de discriminación obedecen no ya a situaciones meramente

⁹⁶ Castro, José Francisco. *Loc. Cit.*

⁹⁷ Al respecto, podemos citar los siguientes fallos emblemáticos: Corte de Apelaciones San Miguel, 22-04.1993, Rol N° 103-2; Corte Suprema, 14.01.1992, Rol N° 18.213; Corte Suprema, 05.12.1991, Rol N°17.804; Corte Suprema, 06.11.1991; Corte Suprema, 23.10.1991, Rol N° 17.660; Corte Apelaciones Santiago, 08.10.1991 (Extractos en **Boletín Oficial Dirección del Trabajo**. Cuarta Edición. Febrero 2004. Pags. 16 y 17).

⁹⁸ Actuales tercero, quinto y sexto.

⁹⁹ Derecho fundamental que goza, a su vez, de una epistemología comprendida *desde* la expresión constitucional de la igualdad jurídica (u *ontológica*) de las personas, tanto en dignidad como en derechos (declaración contenida en el Artículo 1 inciso primero de la Carta Fundamental).

¹⁰⁰ En cuanto se manifiesta, el Servicio, respecto de que las medidas anti-discriminatorias deben propender hacia la consolidación de la *igualdad política* en la Sociedad. (Tal como lo planteaba Dworkin).

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.

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.

ii. En relación con la hermenéutica legal, este Dictamen consolida la lectura del artículo 2 C°T como la de un catálogo abierto (ejemplar) respecto de los criterios de discriminación:

La incorporación en nuestra legislación (inciso tercero, del artículo 2º, del Código del Trabajo) 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.

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 norma.

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.

De no entenderlo así, se debería concluir, por ejemplo, que tratándose de la discriminación por preferencia u opción sexual (minorías sexuales), o por apariencia física, no serían conductas discriminatorias y por tanto reprochables 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 discapacidad, antes de las regulaciones que prohibieron expresamente su utilización como motivos de diferenciación.

iii. Se clarifica, respecto de la discriminación laboral, la distinción entre el espacio de lo *arbitrario* y lo *no arbitrario*, consolidándose así -con base en la doctrina citada por el Servicio- la diferencia entre aquellas discriminaciones legítimas y aquellas ilegítimas (configurándose en los últimos casos, el tipo infraccional):

La noción de igualdad supone la ausencia de arbitrariedad, es decir, el trato

injustificadamente desigual, admitiendo en consecuencia, tratos desiguales a condición de que encuentren una razonable justificación. En cambio, el concepto de no discriminación exige la paridad o identidad de trato (entendido esto en la hipótesis del *trato entre iguales*), es decir, equivalencia entre el tratamiento dispensado y la norma estándar, admitiendo sólo derogaciones o excepciones expresas con fundamento constitucional.

Como ha tenido ocasión de pronunciarse la doctrina, en una fórmula que ha devenido en clásica, en el mandato general de igualdad "son posibles todas las alternativas, salvo la irrazonable o arbitraria; en la no discriminación se impone un mandato de no discriminación, normalmente a través de una exigencia de paridad de trato. Es decir, la paridad, identidad de trato ..., aparece como el instrumento o medio fundamental para la eliminación de discriminaciones, mientras que en la igualdad de trato no se eliminan las diferencias, sólo se postula su no arbitrariedad" (Miguel Rodríguez-Piñero y M^a Fernanda Fernández I., Igualdad y Discriminación, Tecnos, Madrid, 1986, p. 160).

Por lo tanto, en relación con lo expuesto, y sobre la lectura de la disposición en conjunto con el texto constitucional, hemos de sostener la existencia de los siguientes criterios legítimos de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico laboral (*justas causas* de discriminación): En primer lugar, uno *genérico*: La capacidad o idoneidad personal.¹⁰¹ Y en segundo, dos criterios *específicos* reseñados por la Constitución, y sobre los cuales se encomendó su pormenorización a la Ley Laboral: La Nacionalidad (regulada en el Capítulo III del Código del Trabajo), y la Edad (cuya regulación y límites encontramos en el Capítulo II C^oT).

Ante esto, debemos concluir que todas aquellas distinciones efectuadas por parte del empleador, fuera de aquellos criterios que hemos denominado *legítimos*, serán arbitrarias, y darán lugar a la configuración, como decíamos, del tipo infraccional contenido en el artículo 2 del Código del Trabajo.

iv. Por lo tanto, en relación con la ya estudiada *teoría de la configuración del acto discriminatorio laboral* (Capítulo I.9) podemos ver como se sienta, en este Dictámen, el criterio que otorga primacía al *resultado discriminatorio* (tesis *objetiva*) por sobre la *voluntad discriminatoria* (tesis *subjetiva*).

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).

Se desprende con claridad que el legislador excluye cualquier elemento subjetivo o de intencionalidad del sujeto activo a la hora de configurar el acto discriminatorio. Se trata pues de una figura objetiva, es decir, basta para que se produzca discriminación una desigualdad de trato que se verifique a través de algunas de las situaciones vedadas por

¹⁰¹ Legalmente –como hemos visto– la referencia se hace respecto de las “calificaciones exigidas para un empleo determinado”, las cuales –atendidas al momento de la distinción– no darán origen a discriminación arbitraria (artículo 2, inciso quinto del Código del Trabajo).

la norma.

Lo expuesto por el Servicio, debiera ser comprendido por nosotros dentro de la interpretación general (ya efectuada) respecto de la tesis *objetiva*, en relación con la prueba del acto discriminatorio laboral (siempre –no obstante– en cuanto proposición de *lege ferenda*, como hemos tenido la oportunidad de analizar).¹⁰²

v. Se consolida, además, en este Dictamen, la distinción entre discriminación directa e indirecta.¹⁰³

vi. Por último, este Dictamen deja claridad respecto del carácter protectorio de la norma durante todas las fases de ejecución del contrato de trabajo (pre-contractual; contractual; y terminación del contrato de trabajo):

El derecho a la no discriminación ejerce su virtualidad protectora en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. En efecto, tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes, en los procesos de selección de personal, como durante su desarrollo y en su conclusión el derecho a la no discriminación emerge como límite a los poderes empresariales.

2.2.2 Jurisprudencia Administrativa de Aplicación Especial.

En este punto analizaremos algunos de los Dictámenes relativos a la protección del derecho a la no discriminación en materia laboral, emanados con posterioridad a la publicación de la Ley 19.759.

Como veremos, la Jurisprudencia del Servicio, en este tema, sólo se ha ocupado de regular situaciones de discriminación pre-ocupacional. Esto por cuanto –como decíamos– el grueso de situaciones infraccionales se producen, precisamente, durante esta etapa.

Veamos, entonces, los principales pronunciamientos del Servicio en esta materia:

i. Ordinario N° 3840/194 (Noviembre de 2002).

Este instrumento valida, como *justa causa* de distinción, la exigencia del certificado de antecedentes penales respecto de los postulantes a un empleo en una institución destinada al cuidado de niños con carencias físicas, y cuya función sea precisamente la atención directa sobre los mismos:

Se ajusta a derecho la exigencia de la Fundación Coanil a los postulantes a puestos de trabajo en dicha institución, de un certificado de antecedentes penales y criminales, pero sólo respecto del caso de trabajadores cuya función principal y directa sea la atención y cuidado de niños, quedando, en principio, impedida legalmente de exigir y considerar dicha circunstancia respecto del resto de los trabajadores, a objeto de garantizar la no discriminación laboral consagrada en la Constitución y la ley laboral.

El Dictamen referido se encarga de enmarcar dicho objetivo de selección, por tanto,

¹⁰² Referencia a Nota al Pie N°64.

¹⁰³ Tal como lo referimos en Capítulo I.6.1.1, en Nota al Pie N°43.

dentro del concepto constitucional de *capacidad o idoneidad personal*:

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.

ii. Ordinario N° 698/16 (Febrero de 2003).

Se refiere a la edad como criterio de discriminación en relación con la selección *objetiva* de personal (oferta de trabajo discriminatoria), y a su calidad de ilícito conducente al establecimiento de la *multa administrativa*, como sanción:¹⁰⁴

La publicación de avisos en medios de prensa señalando como requisito para acceder a un determinado puesto de trabajo algunas de las condiciones o calidades previstas en el artículo 2 del Código del Trabajo, entre ellas, la edad, configura la infracción laboral tipificada en el inciso quinto del mismo artículo, debiendo ser sancionada por este Servicio con las multas administrativas contempladas en el artículo 477 del Código del Trabajo.

Este Dictamen aporta, además, el señalamiento de los requisitos copulativos que deben concurrir en la configuración del ilícito laboral –objetivo- “discriminación” en las ofertas de trabajo:

La existencia de una oferta de trabajo efectuada por el empleador, directamente o por la vía de terceros.

Que la oferta se realice por cualquier medio, gráfico, visual, escrito, etc.

Que dicha oferta señale como requisito para acceder al puesto de trabajo ofrecido algunas condiciones o calidades señaladas en el inciso tercero del artículo 2° del Código del Trabajo.

En mi concepto, a éste último requisito deberíamos agregar la siguiente frase “... y que la misma no guarde relación alguna con la capacidad o idoneidad personal del postulante”. Esto, de manera de darle completa coherencia respecto de lo estudiado a propósito de Ord. 3704/134.

iii. Ordinario N° 352/24 (Enero de 2004).

Este Dictamen hace referencia a la imposibilidad de exigir, por parte de los empleadores pertenecientes al rubro de la minería, cursos de capacitación en seguridad minera *previamente* aprobados por parte de los postulantes a un determinado empleo del área. Ello por cuanto, en el marco del deber de protección del empleador consagrado en el artículo 184 C°T, se obliga al empleador a tomar todas las providencias necesarias para proteger la seguridad y la vida de sus trabajadores. Incluyéndose dentro de ésta,

¹⁰⁴ Este Dictamen tiene como antecedente la presentación efectuada por el Colegio de Profesores de Chile, XI Región, ante la Directora Regional del Trabajo de Aysen, el 16 de Diciembre de 2002, solicitando el pronunciamiento del Servicio respecto de un aviso de trabajo que requería de los postulantes “una edad máxima de 35 años”.

como su obligación, la de capacitar a los mismos en materia de seguridad.

Con ello, se desestima de plano la inclusión de dicho requisito dentro del concepto constitucional *capacidad o idoneidad personal* en la postulación a un empleo determinado:

La exigencia del curso de capacitación en seguridad minera o de prevención de riesgos laborales denominado Curso Baprever, o cualquier otro de similares características, como requisito previo a la contratación de trabajadores del sector de la minería, constituiría un acto discriminatorio, toda vez, que las actividades de prevención, incluyendo en ellas aquellas que dicen relación con la capacitación y adiestramiento del personal, constituyen una obligación del empleador, no pudiendo por tanto entenderse éstas como una exigencia basada en la "capacidad o idoneidad personal" o una "calificación" inherente al ejercicio de un determinado empleo, únicas condiciones admitidas como elementos diferenciadores por nuestro ordenamiento jurídico.

b.ii.iv. Ordinario N° 850/29 (Febrero de 2005).

Este Dictamen recalca las facultades fiscalizadoras de las respectivas Inspecciones del Trabajo sobre aquellas empresas que incurran en prácticas de discriminación precontractual. Específicamente, en ofertas de trabajo discriminatorias:

Un análisis de las prácticas observadas en las ofertas de empleo formuladas a través de medios de comunicación social, particularmente los escritos, así como aquellos realizados vía Internet, permite sostener que resulta de común ocurrencia encontrar en dichos avisos exigencias discriminatorias, toda vez que condicionan la postulación y posterior contratación a la ausencia o presencia, según sea el caso, a condiciones o cualidades expresamente calificadas de discriminatorias por el ordenamiento jurídico o, en otros casos, de condiciones o cualidades que, sin ser discriminatorias, no dicen relación directa y esencial con el empleo ofrecido. Así pueden mencionarse las siguientes, sin que tal enumeración sea taxativa:

Acreditación de antecedentes penales o comerciales;

Apariencia física y buena presencia;

Ausencia de enfermedades o de una determinada condición física;

Fotografía en curriculum;

Nacionalidad determinada;

Edad mínima o máxima;

Sexo determinado;

Estado civil determinado;

Nivel de experiencia establecido en la medida que no sea una exigencia determinante, esencial y directa de la calificación o capacidad personal necesaria para el puesto de trabajo específico;

Exigencia de herramientas de trabajo (celular, vehículo propio, etc.) y,

Exigencia de cartera de clientes.

Ahora bien, la norma laboral comentada otorga, sin duda, un contenido discriminatorio concreto, en el ámbito laboral, a las ofertas de trabajo efectuadas sobre la base de alguna condición prohibida, lo que permite concluir que, aún cuando se trate de un acto precontractual, su fiscalización, conforme a las reglas generales, corresponde efectuarla a este Servicio, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 476, del Código del Trabajo, que al efecto dispone:

“La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen”.

De esta manera cualquier empleador que formule, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, una oferta de trabajo que contenga una condición discriminatoria puede y debe ser sancionado por infracción a los incisos 2º, 3º y 5º, del artículo 2º, del Código del Trabajo.¹⁰⁵ Atendido que no existe una sanción especial que castigue esta conducta corresponderá aplicar aquella mencionada en el artículo 477 del mismo texto legal, norma aplicable siempre que no exista una sanción especial en el caso específico.

3. Consideraciones Finales.

Sobre la base de lo que hemos analizado en el presente capítulo, deslizaremos al cierre del mismo, las siguientes conclusiones acerca de la significación de la Ley 19.759 en cuanto tutela sustantiva de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de la relación laboral:

1.- En cuanto a lo analizado respecto del tipo infraccional (ilícito –*objetivo*- laboral) en la fase contractual (desarrollo de la relación laboral), nos damos cuenta de que el Sistema Normativo estudiado, no siempre castiga la vulneración a los derechos fundamentales de los trabajadores, pero sí siempre condena la discriminación arbitraria.

Dicho de otro modo, el Ordenamiento Jurídico Laboral puede llegar, en aras de la protección de la dignidad de los trabajadores (manifestada en su derecho a la igualdad de trato¹⁰⁶), a admitir vulneraciones a (otros) derechos fundamentales de los mismos, como la intimidad o la honra.

Lo expuesto es sostenible en virtud de la lectura del artículo 154 inciso final C°T, el cual, respecto de las medidas de revisión y control al interior de la empresa, y de su inclusión en el Reglamento Interno, prescribe que éstas *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.*

¹⁰⁵ Actuales incisos tercero, cuarto y sexto.

¹⁰⁶ Derecho fundamental base, como hemos visto, del principio de no discriminación.

Por lo tanto, en virtud de la lectura del precepto transcrito, nos damos cuenta de que el Sistema está llano a permitir conductas atentatorias al interior de las faenas, como la revisión de los efectos personales de los trabajadores a la salida de la empresa, o la realización de tests de drogas a los mismos durante el transcurso de la relación laboral, siempre y cuando éstas se verifiquen con un carácter *no discriminatorio*.^{107 108}

2.- Podemos afirmar, con propiedad, que el nacimiento de la Ley 19.759 no importó revolución alguna en materia de tutela sustantiva de los derechos fundamentales al interior de la empresa. Esto por cuanto cada una de las directrices contenidas en la nueva conformación del articulado del Código del Trabajo, respondió a criterios que la Dirección del Trabajo, a través de su Jurisprudencia, ya había consolidado con muchos años de antelación.¹⁰⁹

3.- La nueva normativa, lejos de otorgar legitimación activa concreta en Tribunales a aquellos trabajadores afectados por un acto vulneratorio, alienta, principalmente, la labor fiscalizadora de las respectivas Inspecciones del Trabajo; proponiendo, como principal medio represivo -al menos a nivel jurisprudencial-, a la multa administrativa.¹¹⁰

4.- En relación con lo anterior, y en contraposición a la riqueza sustantiva de la Ley 19.759 en esta materia, debemos notar la inexistencia de medios procesales de tutela de los derechos fundamentales en la reforma del año 2001, por lo que la misma, como bien apunta UGARTE, puede ser calificada más bien de *simbólica*.¹¹¹

¹⁰⁷ Así, respecto de la aplicación de tests de drogas a los trabajadores (y de su procedimiento de aplicación en el Reglamento Interno), el Dictamen **Ord. N° 1560/76**, de abril de 2001, sostuvo, en relación con lo expuesto en Ord. N° 4842/300, de 15 de septiembre de 1993, 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 funciona-miento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas"*. (Con ello, la Dirección del Trabajo acogió la presentación efectuada por el Sindicato Nacional Interempresa de Trabajadores Administrativos y Especializados de Empresa Compañía de Teléfonos de Chile S.A., relativa a la impugnación del artículo 19 del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la misma, referido a las medidas de detección de consumo de drogas en el personal).

¹⁰⁸ MELIS critica ácidamente la disposición del inciso final del artículo 154 C°T, por cuanto, para él, con ella se relativiza en buenas cuentas el ejercicio pleno del derecho material que está en juego, al permitir bajo determinadas condiciones –que dicen relación con la no discriminación y además, con su inclusión o no en el Reglamento Interno- una especie de *blanqueo* de la conducta empresarial. Por lo tanto, en su criterio, una medida de control o revisión no deja de ser atentatoria del derecho a la intimidad por el hecho de verificarse con un carácter *legalmente* no discriminatorio, simplemente se tratará de una **violación democrática** del derecho a la intimidad de los trabajadores. (MELIS Valencia, Christian. Op. Cit. P. 25).

¹⁰⁹ Al respecto, **Ords. N°s 8379/189, de 16.11.1990; 3170/85, de 29.04.1991; 4958/219, de 28.08.1992; 4842/300, de 15.09.1993; 6308/357, de 15.11.1993; 4203/196, de 19.07.1994; 2060/176, de 22.05.2000; 1560/76, de Abril de 2001; Y 3448/168, de 12.09.2001**. (Extractos en **Boletín Oficial Dirección del Trabajo**. Cuarta Edición. Febrero 2004. Pags. 15 y 16).

¹¹⁰ Ord. N° 850/29 (ya analizado).

¹¹¹ Ugarte C., José Luis. *Loc. Cit.*

Esta inexistencia de causas efectivos, en sede laboral, para ejercer dichos derechos por parte de los trabajadores afectados, queda de manifiesto en el hecho de que las posibilidades procesales de ejercicio de sus derechos fundamentales, con anterioridad a la dictación de la Ley 19.759, eran exactamente las mismas con las que gozan en la actualidad, con posterioridad a su dictación.

Del análisis de cada una de estas posibilidades procesales, nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III: “SISTEMA ADJETIVO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL”.

Tal como deslizábamos en las últimas líneas del Capítulo II de este estudio, nos encontramos, en materia de medios procesales de tutela de los Derechos Fundamentales en la relación laboral, con un sistema *-post* Ley 19.759- idéntico al imperante con anterioridad a Diciembre de 2001.

Lo anterior queda demostrado a través de la siguiente muestra preliminar: Con anterioridad a la promulgación de dicha reforma laboral, el trabajador afectado por un acto discriminatorio de su empleador contaba con 4 vías procesales eventuales (teóricas) de tutela de sus derechos: La Sede Administrativa (vía constancia, denuncia o reclamo ante la Inspección del Trabajo); La Sede laboral (a través de la acción por despido injustificado o de la acción por despido indirecto); La Sede Constitucional (a través de la Acción de Protección); Y, eventualmente, la Sede Civil (a través de la persecución de la responsabilidad extracontractual del empleador por daño moral).

Actualmente, en relación con la nueva lectura de los artículos 2 y 5 del Código del Trabajo –ya analizada-, debemos inferir que el panorama actual no ha experimentado variación alguna, por cuanto la Ley 19.759 –como vimos- no incorporó ningún nuevo

medio adjetivo de tutela

No obstante lo expuesto, analizaremos -en el presente capítulo- aquellos medios procesales que –aún en teoría- están a disposición de aquellos trabajadores afectados por un acto vulneratorio de su empleador. E intentaremos, durante la exposición, ir descubriendo ciertas ventajas procesales mínimas que nacen (sobre todo en sede laboral) a partir de la existencia de la ya estudiada reforma laboral.¹¹²

Por lo tanto, decíamos, el trabajador vejado posee cuatro vías genéricas –eventuales- de tutela procesal de sus derechos fundamentales, en las cuales posee (una tenue) legitimación activa: La Sede Administrativa, La Sede Constitucional, La Sede Civil y la Sede Laboral. Analicemos cada una de ellas:

1. La Sede Administrativa.

Decíamos en el capítulo anterior que -tal como interpreta la doctrina y, básicamente, la jurisprudencia administrativa- el nuevo texto legal alienta principalmente la represión del acto vulneratorio mediante la labor fiscalizadora del Servicio,¹¹³ y la consecuente interposición de la multa administrativa ante la transgresión de la nueva normativa legal.

En relación con esto, analizaremos en el presente apartado, el impulso del trabajador vejado ante la Inspección del Trabajo respectiva (la correspondiente al domicilio de la empresa para la cuál presta sus servicios).^{114 115}

En la hipótesis de existencia de contrato de trabajo entre las partes, la etapa para hacer efectivo dicho impulso se dará: a) Durante la permanencia del vínculo laboral (evento de un acto discriminatorio durante la vigencia del contrato) o, b) Al momento de su extinción (despido discriminatorio). Durante la vigencia de la relación laboral, dicho

¹¹² Abordaremos en este trabajo solamente aquellos medios tutelares contemplados en nuestro Derecho Interno. Por lo tanto, exceptuándose de su conocimiento los medios internacionales de protección de los Derechos Fundamentales (es decir, aquellos que en el sistema interamericano son establecidos por el Pacto de San José de Costa Rica: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos). No obstante lo anterior, reconocemos que los Tribunales del Derecho Interno no son los intérpretes finales de las disposiciones que guardan relación con dichos derechos.

¹¹³ **Artículo 1 D.F.L N°2. “Dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo” (L.O.C Dirección del Trabajo): “...Le corresponderá (a la Dirección del Trabajo) particularmente, sin perjuicio de las funciones que leyes generales o especiales le encomienden: a) La fiscalización de la aplicación de la legislación laboral ...”; Artículo 476, inciso 1º, Código del Trabajo: “La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen”.**

¹¹⁴ Lo sucesivo, en “Trámites más frecuentes en la Inspección del Trabajo”. Disponible en <http://www.estudio-juridico.cl/faqtrabajo.htm> (Items A: “Infracción en la relación laboral”; Y B: “Término de la relación laboral”).

¹¹⁵ Esto, sin desconocer la facultad que le cabe a los Inspectores del Trabajo para actuar **de oficio**, y aún fuera de su territorio jurisdiccional cuando sorprendan infracciones a la legislación laboral. (Artículo 27 L.O.C Dirección del Trabajo).

impulso puede materializarse de 2 maneras ante el órgano administrativo: Mediante la interposición de una constancia o mediante la presentación de una denuncia. Al momento de extinguirse la relación laboral, el impulso se materializará a través del reclamo administrativo.

1.1. Vías administrativas procedentes ante el acto discriminatorio acaecido durante la vigencia del Contrato de Trabajo:

1.1.1 Constancia

La constancia es un registro escrito que se toma a los trabajadores que consideran afectados sus derechos por incumplimiento de la normativa laboral ¹¹⁶, sin que ello se traduzca en una visita de fiscalización por parte del Inspector del trabajo a la empresa infractora. La constancia escrita de dicha situación puede ser estampada por el trabajador afectado o por el dirigente sindical respectivo. Este trámite no permite dar por establecidos los hechos en que se funda, sino que sólo da cuenta de la ocurrencia de los mismos. Para que la constancia adquiera efectos legales, debe acompañarse de una denuncia posterior. La constancia también puede servir como antecedente a una eventual futura acción judicial. (vgr. Una acción por despido indirecto).

1.1.2 Denuncia

La denuncia consiste en acusar, de manera confidencial, irregularidades a disposiciones laborales, previsionales, de salud o higiene y seguridad al interior de la empresa donde se prestan los servicios. ¹¹⁷ Los titulares para entablarla son los mismos que en el caso de la constancia, y se diferencia de ésta por el hecho de que una vez formalizada ¹¹⁸, los funcionarios de dicho ente administrativo siempre deberán realizar una visita de fiscalización a la empresa infractora. (Esto con el objeto de verificar en terreno el estricto cumplimiento de la normativa sobre la cuál se han denunciado las irregularidades).

Cómo recién enunciábamos, la denuncia sí produce efectos legales. Éstos se producirán toda vez que la visita de fiscalización arroje que efectivamente el empleador incumplía la normativa laboral objeto de la acusación. En tal evento, el empleador deberá soportar las sanciones que impone el artículo 477 del Código del Trabajo.

Además -dado su carácter de ministros de fe respecto de todas las actuaciones que

¹¹⁶ Cabe consignar que esta posibilidad también le cabe al empleador en caso de incumplimiento de la normativa laboral por parte del trabajador. Ej: Negativa del trabajador a firmar el contrato de trabajo.

¹¹⁷ Respecto de la confidencialidad de las denuncias, se pronuncia el inciso segundo del Artículo 42 de la L.O.C de la Dirección del Trabajo, en los siguientes términos: “ **A petición expresa del recurrente se le dará el carácter de “confidencial” a estas denuncias** , si fuere procedente a juicio del Jefe Superior inmediato”.

¹¹⁸ La denuncia –al igual que la constancia- debe ser formalizada por el afectado ante la Unidad de Atención al Público o ante la Oficina de Partes de la Inspección del Trabajo correspondiente al territorio jurisdiccional de su empresa o lugar de trabajo.

realicen en el ejercicio de sus funciones- los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo y de los cuales deban informar de oficio o a requerimiento, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales incluso para los efectos de la prueba judicial. (Artículo 23 L.O.C Dirección del Trabajo).

Debemos reconocer, luego del análisis de la vía administrativa procedente durante la vigencia de la relación laboral, que en este aspecto sí adquiere relevancia la ley 19.759. Esto a través de posibilidad de invocación de los incisos tercero y sexto del artículo 2° y del nuevo inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo al momento de la interposición de una constancia o de una denuncia en el evento de la constatación fáctica de un acto discriminatorio. (Recordemos que una y otra requieren en su impulso la constatación de un incumplimiento de la normativa laboral).

1.2 Vía administrativa procedente ante el despido discriminatorio del empleador: El reclamo ante la Inspección.¹¹⁹

Sabemos que ésta se materializa (en el evento de que el trabajador sea desafectado de su empresa a causa de un despido discriminatorio por parte de su empleador) mediante reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo. Éste debe interponerse dentro del plazo de 60 días contados desde la separación del trabajador de sus funciones y originará la citación del empleador a un comparendo de conciliación frente a la parte trabajadora.

La interposición de dicho reclamo suele ser la vía preparatoria para el inicio de la respectiva acción en sede laboral, y éste suspenderá el plazo para interponer la acción a intentar ante el Juez del Trabajo¹²⁰: Suspenderá el plazo de caducidad para interponer una acción por despido injustificado (art. 168 inciso final C°T) o suspenderá el plazo de prescripción en el caso de que intentemos una acción que busque declarar nulo el despido discriminatorio (en aplicación del inciso final del artículo 480). La procedencia de las acciones legales reseñadas será analizada en el apartado referente a la *Sede Laboral*.

¹¹⁹

Artículo 29, inc. 1° L.O.C Dirección del Trabajo: “ *La Dirección del Trabajo y los funcionarios de su dependencia podrán citar a empleadores, trabajadores, directores de sindicatos o a los representantes de unos u otros, o cualquiera persona en relación con problemas de su dependencia, para los efectos de procurar solución a los asuntos que se le sometan en el ejercicio de sus respectivas funciones o que deriven del cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias, como asimismo, para prevenir posibles conflictos*”.

¹²⁰

De no producirse conciliación en esta etapa, se cierra la vía administrativa, debiéndose dar paso, necesariamente, hacia la vía judicial. Esto por cuanto la LOC de la Dirección del Trabajo no otorga competencia a las respectivas Inspecciones del Trabajo para resolver –estableciendo derechos permanentes para las partes- respecto del término de la relación laboral.

2. La Sede Constitucional.

En el Derecho Internacional, respecto de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece en su artículo 25 el derecho de toda persona a *“un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus facultades oficiales”*.

En Chile, dicha tutela se ejerce a través del conocimiento que las Cortes de Apelaciones tienen respecto de la Acción de Protección.

La acción de protección se encuentra contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (CPR), y regulada en el Auto Acordado de la Corte Suprema de 27 de junio de 1992 sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales y sus reformas¹²¹.

Respecto de la relevancia y función de las normas constitucionales y los derechos fundamentales, la acción de protección se enmarca –como señala PEÑA– en la etapa evolutiva de la “eficacia procesal directa de la Constitución”¹²²: Como dimensión del *Drittwirkung*, pueden los particulares, en virtud de este principio, rehuir la vía jurisdiccional ordinaria, “comparecer en sede constitucional e invocar la Constitución en contra de otro particular”¹²³.

En lo que respecta a nuestro tema, debemos consignar que un trabajador afectado por una acción u omisión antijurídica de su empleador, puede, invocando el artículo 20 CPR, accionar de protección contra él cumpliendo con las formalidades que dispone el Autoacordado¹²⁴.

Veámos como el trabajador afectado podía recurrir ante el Organo Administrativo

¹²¹ Debemos recordar que, en su procedencia, deben concurrir 3 requisitos copulativos: a) La existencia de un acto u omisión antijurídicos, por razón de su arbitrariedad o ilegalidad; b) Que esa acción u omisión antijurídicos afecten el legítimo ejercicio de algunos de los derechos constitucionalmente protegidos por la vía de esta acción judicial, en grado de privación, perturbación o amenaza, y c) Que la antijuricidad sea imputable a una o más personas determinadas, naturales o jurídicas.

¹²² Peña González, Carlos. “Práctica constitucional y Derechos Fundamentales”. Corporación Nacional de reparación y reconciliación. 1996. Págs. 154 y ss.

¹²³ Ibid. p. 155

¹²⁴ Junto con los requisitos de procedencia ya enunciados, debemos recordar que –en el marco de una vulneración dentro de la relación laboral– podrán accionar en favor de(los) trabajador(es) afectados: cualquier otro trabajador (o el mismo), un sindicato o cualquier persona que tenga noticia del hecho antijurídico, dentro del plazo fatal de 15 días corridos desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o desde que se haya tenido noticia o conocimiento cierto de los mismos.

durante la vigencia de la relación laboral y al término de ésta, luego concluimos que la Sede Laboral sólo puede ser invocada a su término. La Sede Constitucional, en cambio, podría –eventualmente– ser invocada durante 3 etapas de las etapas relevantes que guardan estrechez con la relación laboral ¹²⁵ : Durante la etapa de selección pre-ocupacional, durante la vigencia del contrato de trabajo, y finalmente, a la terminación de éste. En cada una de ellas se ve notablemente enriquecida su argumentación en Derecho con la existencia de la reforma laboral estudiada.

También debemos decir que la sentencia que acaja el recurso en cada una de las etapas que estudiaremos, podrá servir, como se explicará, de base para la posterior interposición de una acción por daño moral.¹²⁶

Pues bien, analicemos en detalle la procedencia de la Acción de Protección en cada una de las etapas mencionadas ¹²⁷ :

2.1 Acción de protección invocada durante la etapa de selección pre-ocupacional.

Cabe su invocación en el evento de que una acción antijurídica del empresario consista –teniendo como base de la transgresión eventual del artículo 19 CPR en sus numerales 1 inc. 1°, 2, 4, 6,¹²⁸ en la vulneración del artículo 2 del Código del Trabajo, sea en su inciso sexto (oferta de trabajo discriminatoria por motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), o en su inciso séptimo (oferta de trabajo discriminatoria por encontrarse condicionada a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial de parte del postulante, con las excepciones indicadas en la misma disposición ¹²⁹).

¹²⁵ Esto sin perjuicio de los demás derechos que el afectado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes, quedando a salvo, por tanto, los demás recursos existentes en sede administrativa, laboral o civil, por cuánto la acción de protección es compatible con todos ellos.

¹²⁶ En el (eventual) ulterior proceso en que se busque resarcir el daño moral, podemos pedir al Tribunal que se tenga a la vista el expediente en que se acogió nuestra acción de protección.

¹²⁷ Al referirme a la argumentación en Derecho de la acción de protección para cada una de estas etapas, obviamente referiré solamente las disposiciones legales y constitucionales medulares para este fin, entendiendo que la argumentación accesoria de la misma entra en la esfera de la habilidad propia del abogado o habilitado que redacte el Recurso (como suele ocurrir en la invocación del art. 19 N°24 CPR, en el marco de la propietarización de los derechos vulnerados; el art. 19 N°26 como derecho a la certeza o seguridad jurídica; o incluso la invocación del art. 6 inc. 1° CPR , instando al Organismo Jurisdiccional a fallar de conformidad a los preceptos constitucionales invocados).

¹²⁸ Como podemos ver, hemos excluido como fundamento jurídico de presentación del recurso, al artículo 19 N°16 inciso 3° (Derecho a la no discriminación en materia laboral). Esto, por la razón que expondremos al finalizar este apartado.

2.2 Acción de protección invocada durante la vigencia de la relación laboral.

En esta hipótesis de aplicabilidad, el empleador debe haber vulnerado derechos fundamentales de sus trabajadores durante la vigencia del contrato de trabajo. Tal antijuridicidad podría verificarse si el empresario transgrediera (aparte de las garantías constitucionales enunciadas en el párrafo anterior y el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo): La obligación que le impone el artículo 154 bis C°T¹³⁰ junto con el límite de respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores que le impone el artículo 5 inc. 1° C°T, sea por acción (vgr. si el directorio de una empresa decidiera vender a la Cámara de Comercio la información confidencial que posee respecto de su personal), o por omisión (si el empleador no guardara las providencias necesarias para aislar aquella misma información respecto del resto de los trabajadores de la empresa)¹³¹

2.3 Acción de protección invocada con motivo de la terminación del contrato de trabajo.

Aquí nuevamente nos encontramos frente a la hipótesis del despido discriminatorio (por decisión unilateral del empleador o del mismo trabajador, como vimos).

En dicho evento, es factible que intentemos la acción de protección en forma paralela al libelo que ataque la antijuridicidad del despido, siempre y cuando estemos atentos a los plazos de interposición de uno y otro.

Así, veíamos que el plazo para entablar una acción por despido indirecto era de 60 días; En el caso de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente también era de 60, pero ampliables excepcionalmente hasta 90. En el caso de la acción de protección, en cambio, el plazo de interposición ante la Corte de Apelaciones respectiva se reducirá apenas a 15 días corridos desde que se ejecute la acción ilegal o arbitraria (el despido discriminatorio, en nuestro caso).

¹²⁹ El mencionado inciso sexto exceptúa de la prohibición de condicionalidad descrita, como hemos visto, a los postulantes a aquellos cargos que importen facultades generales de administración en la empresa, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados. Así como también a aquellos trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

¹³⁰ En virtud de este precepto, como tuvimos oportunidad de analizar, “El empleador deberá mantener **reserva** de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”.

¹³¹ Es lógico que el empleador deba guardar reserva respecto de esta información, sobre todo si tenemos en consideración que aquella puede contener, aparte de datos simples como el nombre completo, estado civil o fecha de nacimiento del trabajador, otros tan confidenciales como su remuneración líquida, sus resultados en test de inteligencia y personalidad, o incluso sus resultados en exámenes médicos o psicológicos exigidos por la empresa.

Al intentar una acción de protección frente al despido discriminatorio, las normas legales que adquieren relevancia en su justificación son (aparte de los preceptos constitucionales ya citados junto con el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo): El artículo 2 C°T en sus incisos segundo (declaración de que los actos de discriminación son contrarios a las leyes laborales), tercero (descripción de los actos discriminatorios), y séptimo (incorporación del principio de igualdad en los contratos de trabajo que se celebren), y el artículo 5 inciso 1° C°T (supremacía de las garantías constitucionales de los trabajadores como límite a las facultades legales del empleador ¹³²).

Finalmente, debemos mencionar -no obstante lo expuesto en este apartado en lo referente a viabilidad teórica del recurso de protección ante situaciones vulneratorias- las siguientes falencias en cuanto a la eficacia práctica de la acción de protección en materia laboral:

En materia de protección del derecho a la no discriminación laboral, la cobertura del Recurso de Protección excluye expresamente al inciso tercero del artículo 19 N°16 CPR (que es precisamente uno de los más vulnerados en el marco de la actividad empresarial) ¹³³. Por lo tanto, ante este notorio (y casi absoluto) debilitamiento, sólo cabe invocar la protección de este derecho en su manifestación general. Es decir, amparada ésta en el artículo 19 N°2 CPR (derecho a la igualdad de trato), en consonancia con las demás disposiciones relevantes para el caso concreto, amparadas por el recurso.

Como apunta un sector de la doctrina iuslaboralista, respecto de los demás derechos fundamentales relevantes en materia laboral (honra, integridad física y psíquica, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, etc.), el recurso de protección se torna, en la práctica, inútil. Esto por cuanto, para su eficacia real, se requiere, por ejemplo, la declaración de nulidad del acto lesivo (por ejemplo, un despido) y/o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que sólo puede lograrse a través de un proceso judicial complementario al recurso. ¹³⁴

3. La Sede Civil.

Corresponde a la posibilidad del trabajador afectado por un hecho lesivo de su empleador de recurrir ante los tribunales civiles para perseguir la responsabilidad extracontractual de éste por DAÑO MORAL ¹³⁵.

Como describe PALAVECINO, la satisfacción del daño moral se apoya directamente en la Constitución Política, que primeramente reconoce la dignidad de la persona humana

¹³² Como lo es su facultad de despedir invocando alguna de las causales legales de los artículos 159, 160 o 161 C°T.

¹³³ Nos referimos, por supuesto, a la prohibición constitucional de discriminación en materia laboral: *“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*.

¹³⁴ López, Diego. *Loc. Cit.*

y, enseguida, asegura a toda persona el derecho a la “integridad psíquica” (art. 19 N°1) y el respeto y protección a la honra de la persona (art. 19 N°4), dando, finalmente a sus titulares “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella autoriza no podrán afectar los derechos en su esencia...” (art. 19 N°26). Tales derechos constitucionales están dotados, por tanto, “de una efectividad inmediata, de fuerza vinculante directa y de instrumentos jurídicos que permiten reclamarlos y tutelarlos cuando son vulnerados”.^{136 137}

Así, el resarcimiento del daño moral pretendido por el afectado por una acción antijurídica, sólo podrá ser impetrado en sede civil cuándo aquél involucre la responsabilidad extracontractual del empleador. *A contrario sensu*, la relación de causalidad entre el dolo o culpa y el daño producida durante el marco de existencia del contrato de trabajo, deberá necesariamente ser conocida en sede laboral.

Una vez clarificado esto, cabe que distingamos las distintas fases eventuales de interposición de la acción por daño moral: La fase pre-contractual; la fase contractual; la fase de terminación del contrato de trabajo; y la fase post-contractual. Siempre con un plazo de prescripción de 4 años contados desde la perpetración del acto lesivo (artículo 2332 del Código Civil).

Desde ya adelante, en honor al título desarrollado, que la sede civil siempre adquirirá relevancia en las fases pre-contractual, contractual y post-contractual de la relación laboral; pero sólo eventual y discutiblemente respecto de la fase de *terminación del contrato de trabajo*. Ya veremos por qué.

3.1 Acción por daño moral en la etapa de selección pre-ocupacional. (Fase pre-contractual).

En la etapa precontractual, puede producirse un daño moral si se violenta el derecho a la intimidad del trabajador. Ocurrirá esto si se le solicitan datos personales más allá de lo razonable o necesario para determinar su experiencia y capacidad, indagando en su situación familiar, en sus actividades de esparcimiento y recreación o en sus convicciones políticas, religiosas o sindicales.¹³⁸

¹³⁵ Recordemos que son 3 los elementos que deben concurrir copulativamente para hacer procedente la responsabilidad extracontractual: Daño, dolo o culpa, y relación de causalidad entre el dolo o la culpa y el daño.

¹³⁶ Palavecino Cáceres, Claudio. “El daño moral por despido”. Revista Laboral Chilena, Septiembre-Octubre 2000. P. 71

¹³⁷ Este apoyo constitucional directo se encuentra, hoy por hoy, complementado legalmente con las reformas laborales instauradas con la ya estudiada Ley 19.759, lo que se traduce una mayor sinergia en cuánto protección –por la vía de esta acción– de los derechos fundamentales del trabajador.

¹³⁸ Gamonal Contreras, Sergio. “El daño moral por término del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Excm. Corte Suprema. Revista Laboral Chilena, Noviembre 2001. P. 75

3.2 Acción por daño moral en la fase contractual.

En la fase de ejecución del contrato de trabajo, nada impide que cuando se incumplen obligaciones que no impliquen su término (salvo que el trabajador intente una acción por despido indirecto), pueda resarcirse el daño moral. En efecto, durante el contrato el empleador debe respetar a la persona del trabajador, específicamente en los derechos fundamentales del mismo en materia de intimidad, honor, libertad de expresión, de opinión, de conciencia, etc. También se podría producir daño moral aquí si el empleador hiciera uso abusivo del *ius variandi*, o si vulnerara la intimidad del trabajador por las medidas de revisión y control que establezca en la empresa, o si éste sancionara disciplinariamente al trabajador en forma infundada, por ejemplo por falta de honradez.¹³⁹

3.3 Daño Moral devenido de la terminación del contrato de trabajo.

La procedencia del resarcimiento del daño moral en materia laboral es un tema aún bastante controvertido para la doctrina cuando se estudia a propósito del despido. Esto por cuánto aún se discute: i. Si los tribunales competentes para conocer de esta acción en esta fase son los tribunales civiles o los tribunales del trabajo¹⁴⁰, y ii. Si las indemnizaciones laborales propias de la terminación del contrato cubren tanto el perjuicio patrimonial como el extrapatrimonial¹⁴¹.

En lo que respecta a esta exposición, sólo diremos que los tribunales competentes para conocer de la pretensión de resarcimiento del daño moral, emanada de una acción principal por terminación del contrato (despido injustificado, despido indirecto o nulidad del despido) deberían ser los propios tribunales laborales, ya que en estos casos, el resarcimiento tendrá como base el agravio o agravios producidos con motivo de la relación laboral y que excedan los perjuicios comunes soportados por el trabajador despedido injustificadamente.¹⁴²

En el caso descrito, siempre será conveniente interponer en forma conjunta la demanda laboral y la pretensión de persecución de responsabilidad del empleador por daño moral. La procedencia de esta última se verificará siempre y cuando se cuenten con los medios probatorios adecuados para acreditar en autos los perjuicios excepcionales y exorbitantes a que hacíamos referencia.

3.4 La acción por daño moral en la fase post-contractual.

En esta fase hay absoluta claridad en el sentido de asumir que es solamente la sede civil

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Análisis exhaustivo efectuado por la profesora Gabriela Salgado, en: Salgado Pérez, Gabriela. “La indemnización por daño moral en el despido injustificado”. Santiago, 19 de Agosto de 2003.

¹⁴¹ Análisis exhaustivo efectuado por el profesor Palavecino, en: Palavecino Cáceres, Claudio. Op. cit. pp. 68 y ss.

la llamada a conocer de las acciones por daño moral que se entablen. Esto por cuánto existe unanimidad (muy sensata por lo demás) en torno a considerar que la responsabilidad del empleador en esta fase será siempre extracontractual.

Al hablar de daño moral post-contractual, nos estamos refiriendo a las imputaciones contra el honor del trabajador por parte de su empleador acaecidas durante la saga del juicio laboral y que no tengan relación directa con los hechos invocados como configuradores de la causal de despido discutida en autos.

Así, puede darse el caso de que el trabajador demande daño moral ante la justicia civil en contra de su empleador (durante el transcurso de un litigio laboral o una vez finalizado este) si éste, en el escrito de contestación a la demanda, profiriera injurias graves en contra de su persona. Planteemos sobre este respecto el siguiente caso hipotético ¹⁴³ :

1.- El trabajador A, operador de fondos mutuos del Banco X, es despedido por su empleador en virtud de la causal del art. 160 N°7 C°T (“incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”). Este alega en el aviso correspondiente que A no cursó una inversión millonaria que el Banco había sellado con un cliente de su cartera. Ante esto A demanda a su empleador alegando la improcedencia de la causal invocada. Este último, en su escrito de contestación, no sólo niega de plano los hechos que invoca la defensa del actor, sino que acusa a éste de otros hechos “reñidos con la ética” que, según su argumentación, habrían concurrido también en la decisión del despido de A: Así, lo acusa de haber cobrado, con firmas falsificadas, dineros extras a cajeros externos de la empresa aprovechándose de su posición privilegiada de único captador en la misma. Circunstancia que tampoco acredita.

2.- La sentencia acoge la demanda de A y declara improcedente su despido, condenando a su empleador al pago de las indemnizaciones procedentes con el correspondiente recargo legal (80% sobre la indemnización por años de servicio).

3.- A comprende que los actos “reñidos con la ética” imputados por su empleador en

¹⁴² La ambigüedad que se produce en la práctica en este sentido es evidente. Prueba de ello es que nuestros tribunales también se han manifestado a favor de la procedencia de acciones por daño moral fundamentadas en declaraciones laborales de injustificación de terminación del contrato, en sede civil. A este respecto podemos citar la Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 698-97, de 12 de Diciembre de 1997, en la que se confirma por parte del Tribunal de alzada la sentencia de primera instancia, en orden a acoger la demanda de indemnización de perjuicios intentada por el actor, la cuál se fundamentaba en una sentencia declarativa en sede laboral por aplicación injustificada por parte del empleador de la causal del art. 160 N°1 letra a) C°T (falta de probidad). La Corte en esa oportunidad declaró que: “Este tribunal considera que de ninguna manera podría sostenerse que el pago de indemnización por años de servicio, más los recargos legales a que se ha venido haciendo referencia, impiden el ejercicio por parte del trabajador de otras acciones, como en el caso de autos, **de tipo civil, por indemnización de perjuicios**”.

¹⁴³ Este caso que planteamos en términos hipotéticos, tiene asidero real en nuestra jurisprudencia. En efecto, los hechos y las implicancias expuestas fueron las acaecidas durante los años 1996 a 1999 respecto de la causa seguida por Rose Mary Etcheverry contra el Banco Santander Chile S.A. El fallo de la Excm. Corte Suprema recaído sobre el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada (*Excm. Corte Suprema, Rol N° 1882-98. Santiago, primero de junio de 1999*) se encuentra disponible en **Revista Laboral Chilena**, Septiembre-Octubre 2000. Pp. 77-79

autos son configuradores de responsabilidad penal (delito de injurias) y de responsabilidad extracontractual civil (daño moral).

4.- A renuncia a la acción penal¹⁴⁴ y persigue la responsabilidad extracontractual civil de su ex empleador por daño moral de manera exitosa, obteniendo una cuantiosa indemnización.

4. La Sede Laboral: El Despido Discriminatorio.

Al referirnos, en este tema, respecto de la Sede Laboral, hablamos de aquella tutela jurisdiccional procedente al término de la relación laboral frente al despido discriminatorio.

En relación con lo estudiado hasta aquí, y para efectos del desarrollo ulterior de la presente Tesis, definiremos al despido discriminatorio, en cuanto acto jurídico *ilícito* (tal como profundizaremos en el capítulo siguiente), como la **TERMINACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO DE UN OPERARIO PERTENECIENTE A UN GRUPO SEGREGADO DE LA SOCIEDAD CIVIL, COMO RESULTADO DE LA VOLUNTAD UNILATERAL ILEGÍTIMA POR PARTE DE SU EMPLEADOR. ENTENDIÉNDOSE POR TAL, AQUELLA BASADA EN MOTIVOS AJENOS A LA CAPACIDAD E IDONEIDAD PERSONAL DEL TRABAJADOR CESADO.**

Pues bien, analicemos los elementos que forman parte de la definición elaborada:

i.- *“Terminación del contrato individual de trabajo de un operario perteneciente a un grupo segregado de la sociedad civil...”*.

Con ello, hacemos referencia a la terminación del contrato de trabajo (incluso por voluntad unilateral del propio trabajador) de los miembros de aquellos colectivos infrarrepresentados reconocidos por la normativa de derecho público (internacional -convenio 111 OIT-, y nacional -artículo 2 C°T-). Por lo tanto, a aquellos trabajadores *discriminables* por causa de su sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, etc. Hemos estudiado ya, el carácter ejemplar del catálogo de criterios discriminatorios de nuestra normativa, por lo que es absolutamente factible que la jurisprudencia -tanto administrativa como judicial- reconozca otros no contemplados en forma expresa por el legislador.

ii.- *“...como resultado de la voluntad unilateral ilegítima por parte de su empleador...”*.

Hemos sostenido, con anterioridad, que la aplicación de la *tesis objetiva* supone una ponderación, *a priori*, de la voluntad del empleador como ilegítima, sólo por el hecho de

¹⁴⁴ Para intentar la acción civil por un delito o cuasidelito que es a la vez penal, no es necesario deducir previa o conjuntamente la acción penal, ni que una sentencia haya determinado y penado ese delito o cuasidelito con anterioridad. (Alessandri R., Arturo. “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. **Título 35 del libro IV del código civil.**” p. 35). Esto guarda armonía con lo que preceptuaba el art. 12 del Código de Procedimiento Penal, y que ahora dispone el artículo 66 del Código Procesal Penal: “Cuando sólo se ejerciere la acción civil respecto de un hecho punible de acción privada se considerará extinguida, por esa circunstancia, la acción penal”.

representarse en contra de algún trabajador considerado jurídicamente como *discriminable*. Vimos también, cómo -en términos procesales- dicha consideración debiera importar la inversión del *onus probandi* en un eventual proceso que ataque el acto discriminatorio.¹⁴⁵

iii.- “...entendiéndose por tal, aquella basada en motivos ajenos a la capacidad e idoneidad personal del trabajador cesado”.

En materia de terminación del contrato de trabajo, el despido en razón de la capacidad e idoneidad personal del trabajador (Art. 19 N°16 inc. 3° CPR) equivale al despido por justa causa. Y, como sabemos, son *justas causas* de despido las *legales*. Es decir, aquellas contempladas taxativamente en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo. Por lo tanto, ante la impetración de una acción judicial que ataque su *eventual* acto discriminatorio, debiera caber su desestimación por parte del empleador –como decíamos- en virtud de la prueba de una *justa causa* de despido.

Ahora bien, en relación con la tutela procesal respecto del despido discriminatorio, debemos decir que ésta (la Sede Laboral) debiera ser la sede emblemática del Ordenamiento Jurídico en materia de protección de los derechos fundamentales del trabajador. Más esto no es así, por cuanto –como ya tuvimos oportunidad de analizar- a las declaraciones sustantivas contenidas en los artículos 2 y 5 del Código del Trabajo *post* Ley 19.759, no se acompañaron medios adjetivos directos de tutela en sede jurisdiccional.

Ante esto, en el panorama normativo actual, sólo cabe referirnos, como medios tutelares procedentes en esta sede respecto del despido discriminatorio, a las acciones ordinarias por despido injustificado, indebido o improcedente; y por despido indirecto.

No obstante lo anterior, desde ya propongo que al menos hoy por hoy, pareciera estar abriéndose tenuemente la puerta (aunque aún ante un camino pedregoso) para demandar la nulidad del despido discriminatorio. Esto, en virtud de los lineamientos jurídicos y teóricos que desarrollaremos en el Capítulo IV de esta Tesis.

Las genéricas acciones mencionadas (excluimos por ahora el análisis exhaustivo de la reseñada acción *sui generis* de nulidad), con sus particularidades respecto de la pretensión que estudiamos, serán analizadas en lo sucesivo.

4.1 La acción por despido injustificado, indebido o improcedente.

La acción que busca declarar el despido como tal se encuentra contemplada en el artículo 168 C°T. En su virtud, el trabajador que considere que la aplicación de los artículos 159, 160 o 161 en su despido por parte de su empleador ha sido injustificada (159), indebida (160) o improcedente (161), podrá recurrir al juzgado competente dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde la separación para que éste así lo declare. Este plazo se suspenderá por el reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo respectiva. No obstante esto, el trabajador deberá interponer la acción ordinaria ante la justicia del Trabajo antes de los 90 días contados desde la separación, si es que ha

¹⁴⁵ Ref. a Capítulo I.9: “La intencionalidad en la configuración del acto discriminatorio laboral”.

recurrido a la Inspección y no se ha avenido con su contraparte.

Debemos consignar, por un lado, que la acción descrita es -en cuanto pretensión- la menos prolija en relación con el ataque del acto discriminatorio al momento del despido. Pero también debemos reconocer, por otro, que paradójicamente es la más efectiva. Esto, como resultado de toda aquella insuficiencia, en cuanto tutela jurisdiccional, que subrayábamos al finalizar el capítulo anterior.

Esto queda de manifiesto al contraponer la protección efectiva de la norma del artículo 168, en cuánto a su contenido, frente a la protección meramente eventual emanada de la acción para impetrar la nulidad del despido (como analizaremos en su oportunidad), de la cuál -hoy por hoy- sólo podemos inferir su contenido por remisión a normas generales y al derecho común.

Dicho de otro modo, si optamos por la acción por despido injustificado, estaremos siempre sacrificando el contenido medular de nuestra pretensión en pro de una mayor posibilidad de éxito patrimonial al término del Proceso ¹⁴⁶.

4.2 La acción por despido indirecto.

En el despido indirecto nos encontramos frente a un contrato de trabajo que ha terminado por la voluntad unilateral del trabajador ¹⁴⁷. Se encuentra contenido fundamentalmente en el inciso primero del artículo 171 C°T, el cual dispone que:

“Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 ó 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por

¹⁴⁶ Esto es evidente si encausamos nuestro patrocinio en el Proceso con ojos prácticos: Ante el despido discriminatorio sobre el cuál se nos consulte, estaremos obligados a asumir que lamentablemente, hoy por hoy, el Ordenamiento Jurídico Laboral no absorbe en forma sistemática y positiva nuestra pretensión. Por lo cuál lo más conveniente deberá ser el atacar solamente la injustificación, improcedencia o carácter indebido del despido de su empleador mirado en forma genérica. Es decir, sin centrarse en las razones específicas que lo indujeron (la discriminación, en nuestro caso). Esto claramente se traduce en sacrificar el contenido extrapatrimonial de la acción (la búsqueda de la reprobación social u objetiva del acto discriminatorio) en beneficio del contenido patrimonial de la misma (la obtención de los beneficios expresos que describe el artículo 168 por concepto de recargos a las indemnizaciones por años de servicio y/o sustitutiva en caso de que se declare la antijuridicidad). No obstante ello, debemos considerar que en la práctica, a un trabajador en estas circunstancias probablemente se le despediría (en cuanto discriminación indirecta) por la causal del artículo 161 inciso 1° C°T: Ello conllevaría, dadas las enormes dificultades probatorias con las que éste se enfrentaría en aquel caso -por un lado- y dado el altísimo costo de oportunidad que tiene la impetración de dicha acción -por otro- que sus posibilidades de éxito fueran prácticamente nulas.

¹⁴⁷ Se contrapone al despido común o “directo”, el cuál emana de la voluntad unilateral del empleador en aplicación de alguna de las causales de los artículos 159, 160 o 161 C°T.

ciento”.¹⁴⁸

Esta acción consiste, básicamente, en trasladar a los hombros del empleador la responsabilidad de la terminación del contrato de trabajo, en el evento de que haya sido éste quien haya transgredido alguna de las causales 1, 5 o 7 del artículo 160, pudiendo obtener el trabajador recargos de hasta un 80% sobre las indemnizaciones que procedan si el Tribunal declara efectivamente extinto el contrato de trabajo.

En lo que respecta al tema de este apartado, la vulneración del empleador sobre los derechos fundamentales del trabajador (la que habría de acarrear la decisión unilateral de este último) podría radicarse perfectamente en las causales mencionadas del artículo 160.

Se radicará en la causal número 1 si es que el hecho generador de la decisión del trabajador ha consistido en injurias¹⁴⁹ proferidas por el empleador (art. 160 N°1, letra c), a causa de hechos que constituyan discriminación hacia el trabajador. Esto por afección al catálogo que dispone el nuevo inciso tercero del artículo 2 de nuestro Código, el cuál se entiende incorporado al contrato de trabajo en virtud de su inciso séptimo. (Ej: Injurias a causa de la nacionalidad de un trabajador extranjero como antecedente inmediato a su despido).

Se radicará en la causal número 5 si es que el empleador incumple sus obligaciones relativas a la preservación de seguridad o la salud de sus trabajadores en el sitio de las faenas (transgrediendo, a su vez, el derecho de los mismos a su integridad física, consagrado en el artículo 19 N°1 CPR).¹⁵⁰

Se radicará en la causal número 7 si es que el hecho generador del despido ha consistido en el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

A este respecto sabemos que el contrato de trabajo no sólo impone obligaciones patrimoniales para las partes (prestación de servicios por parte del trabajador frente al pago de una remuneración determinada por ellos por parte del empleador), sino que también obligaciones ético-jurídicas (extrapatrimoniales) para las mismas.

La obligación extrapatrimonial más relevante en relación con nuestro tema es la referente al deber del empleador en torno a proteger la honra del trabajador (deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador). Si el empleador incumple esta obligación durante el curso de la relación laboral (como podría ocurrir, en nuestro caso, si éste incurriera en la comisión de un acto discriminatorio) el trabajador estará perfectamente

¹⁴⁸ La disposición continúa, diciendo que: 1° “El trabajador deberá dar los avisos a que se refiere el artículo 162 en la forma y oportunidad allí señalados”. Y 2° “Si el Tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste”. (incisos segundo y tercero art. 171).

¹⁴⁹ Jurisprudencialmente es llamada “injuria laboral”. Esta puede consistir en términos groseros o vías de hecho, y debe tratarse de una actividad reiterada en el tiempo. (Lo que obviamente debe acreditarse en autos).

¹⁵⁰ Es menester aclarar que el citado ejemplo no sería constitutivo de un despido indirecto “discriminatorio”, pero sí vulneratorio de otro derecho —el que se señaló— distinto de la igualdad de trato.

facultado para poner término unilateral a ésta, en virtud de la norma del artículo 171.

No obstante lo expuesto en las líneas precedentes, es necesario advertir dos graves falencias respecto de la viabilidad de la acción del artículo 171 C°T como medio tutelar:

El derecho del trabajador a ejercerla implica, necesariamente, la pérdida de su empleo. Además, el derecho a la indemnización, que busca compensar esa pérdida, sólo existe en la medida en que dicho trabajador reúna una antigüedad de un año o más en la empresa. (Respecto de esto, como bien apunta LÓPEZ, debemos recordar que, actualmente en nuestro país, el empleo presenta un bajo índice de estabilidad).¹⁵¹

Un problema adicional en el ejercicio de esta acción radica en la dificultad de la prueba de la o las conductas violatorias de derechos fundamentales, lo que puede llegar a tornarse extremadamente difícil, e incluso imposible para el trabajador.¹⁵² Esto toda vez que, ante las herramientas normativas actuales, al trabajador afectado le cabría forzosamente, en estos casos, demostrar la *intencionalidad* lesiva por parte de su empleador (esto en aplicación de los lineamientos generales, en materia procesal, en materia de *onus probandi*).

4.3 La acción de nulidad del despido por acto discriminatorio.

Nos encontramos aquí frente al verdadero émbolo en materia de protección de derechos fundamentales del trabajador que debió haberse construido en la ley 19.759. Y digo “debió”, porque seré majadero en insistir acerca de las marcadas lagunas sustantivas de la nueva ley en orden a la promoción eficaz de los derechos consagrados en su texto.

Introduzcámonos en nuestra temática planteando el siguiente caso imaginario: La trabajadora A (ex subordinada de la empresa X) concurre a nuestro despacho exponiéndonos la siguiente situación: Nos explica que es lesbiana, que hace un año convive con una persona de su mismo sexo y que siempre ha mantenido su orientación sexual en secreto. Continúa exponiéndonos que prestó servicios continuos en la empresa con absoluta normalidad en X, hasta que fue despedida por su empleador al haberse enterado éste de su condición sexual. En aquella oportunidad, éste adujo discordancia entre dicha orientación y el perfil familiar de la empresa en cuanto proyección hacia sus usuarios. Ello, no obstante le fue aplicada – formalmente- la causal del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo (Necesidades de la Empresa). Ella, notablemente afectada a causa del acto discriminatorio del que fue objeto, le explica que necesita que se haga justicia respecto a su caso.

Ya explicábamos cómo, en el actual escenario, A, en el evento de que decidiera demandar a X por aplicación improcedente del artículo 161, estaría obligada a sacrificar el contenido extrapatrimonial de su pretensión en aras de la prosperidad del contenido patrimonial de la misma (certeza otorgada por el régimen indemnizatorio que dispone el artículo 168 ya comentado). Ante esto cabe preguntarse: ¿Es justa, acaso, esta

¹⁵¹ López, Diego. Op. Cit. P. 3

¹⁵² *Ibid.*

(aparentemente) irremediable resignación?, por supuesto que no.

Ahora bien, claramente esta negativa responde a una posición política y/o pasional frente a la situación planteada, por lo que –como juristas- debemos plantear inmediatamente una segunda pregunta: ¿Es jurídicamente remediable la misma?.

Abarcaremos, y daremos solución a dicha interrogante, en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO IV: “LA NULIDAD DEL DESPIDO POR ACTO DISCRIMINATORIO”.

En los párrafos sucesivos, intentaré demostrar que aquel despido que entraña un acto discriminatorio por parte del empleador (conforme a la definición estudiada) adolece de un vicio de nulidad que lo hace nulo absolutamente, y procesalmente atacable mediante una acción judicial impetrable en sede laboral.

1. La Teoría de la Nulidad y su aplicabilidad en materia de Terminación del Contrato de Trabajo.

La Doctrina nacional ha definido a la Nulidad como *“La sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado”*.^{153 154}

Como bien explica la doctrina civilista, la nulidad encuentra su naturaleza en la

necesidad de otorgar carácter *coercitivo* (sancionatorio) a la ley. Es decir, se funda en el objeto de que las disposiciones legales sean respetadas y no constituyan letra muerta. Además, como sostiene ALESSANDRI, en muchos casos dicha sanción constituye una verdadera *medida de protección* destinada a proteger a personas que están en inferioridad de condiciones frente a otras.¹⁵⁵

Pues bien, en materia laboral –salvo normas aisladas- encontramos que nuestro Código del Trabajo carece de una regulación integral del tema de la nulidad, no existiendo título alguno encargado de tratar de manera sistemática el estatuto jurídico de dicha sanción. Por lo tanto, ante este panorama, debemos recurrir forzosamente a las reglas del Derecho Civil, por tratarse éste de un derecho común, general y supletorio.¹⁵⁶

Por lo tanto, en materia laboral (y más específicamente en materia de despido, como veremos) son perfectamente aplicables las disposiciones comunes sobre la nulidad.¹⁵⁷ Esto, con las adecuaciones propias que resultan del carácter particular del contrato de trabajo,¹⁵⁸ y que tienen que ver con la naturaleza jurídica del mismo: Al respecto, sabemos que éste no es de ejecución instantánea (tipo de contrato sobre el cual –principalmente- se han concebido los preceptos relativos a la nulidad civil¹⁵⁹), sino que de ejecución continuada o *tracto sucesivo*.

En relación con esto, sabemos que en materia civil –tanto en la nulidad absoluta como en la nulidad relativa- el efecto fundamental y propio de la sanción consiste en la retroactividad de los efectos del acto o contrato declarado nulo.¹⁶⁰ Es decir, la nulidad

¹⁵³ Alessandri Besa, Arturo. “La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno (Título XX del Libro IV del Código Civil). Santiago de Chile. Imprenta Universitaria. 1949. P.4

¹⁵⁴ Pues bien, sabemos que la ley se ha encargado de proteger las relaciones jurídicas de las personas que intervienen en la celebración de los denominados “actos jurídicos”. Esto, mediante el establecimiento de requisitos prescritos para dar **valor** a su celebración, los que, de no concurrir en ellos, acarrear la sanción de “nulidad” del acto. Esto, según lo prescrito por el **Artículo 1681, inciso primero, del Código Civil**: “*Es nulo todo acto o contrato a que falta uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes*”.

¹⁵⁵ Ibid. P. 5

¹⁵⁶ Henríquez Paredes, Alejandra; Y Parra Lohse, Eduardo. “Nulidad del Despido”. Memoria. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2003. P. 233

¹⁵⁷ “*Dado el carácter de la denuncia (despido) como acto jurídico, le son aplicables los principios generales de derecho común en cuanto nulidad*”. KROTOSCHIN, ERNESTO. “Instituciones de Derecho del Trabajo”. Buenos Aires. Ediciones DePalma, 1968. P. 524

¹⁵⁸ Gamonal Contreras, Sergio. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Santiago. Editorial Jurídica Conosur Ltda.. P. 188

¹⁵⁹ ALESSANDRI demuestra ello con el hecho de que, respecto del Contrato de Sociedad (contrato de ejecución continuada), la ley se vio forzada a establecer normas especiales -mitigatorias del efecto retroactivo propio de la nulidad- al reconocer la existencia de la denominada “sociedad de hecho” no obstante el carácter jurídicamente *nulo* de la sociedad. (Alessandri Besa, Arturo. Op. Cit. P. 1131).

pronunciada por sentencia firme, *afecta al pasado*, toda vez que *las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de que se celebrara el acto o contrato nulo*. Por consiguiente, declarada la nulidad, el acto o contrato y todas las consecuencias jurídicas que de él se hayan derivado, desaparecen, y las cosas deben quedar como si el negocio jurídico no se hubiese llevado a cabo jamás.¹⁶¹

No obstante ello, la propia doctrina civil reconoce la existencia de imposibilidades jurídicas y prácticas que restringen o incluso excluyen el señalado efecto retroactivo de la nulidad, lo que ocurre principalmente en materia de contratos de tracto sucesivo, respecto de los cuales rige el principio opuesto al estudiado. Es decir, que la nulidad no opera retroactivamente, sino que hacia el futuro,¹⁶² por cuanto en este tipo de contratos, una vez experimentado principio de ejecución, se hace materialmente imposible el hecho de retrotraer a las partes al estado anterior a su celebración.¹⁶³

1.1 La Nulidad en materia Laboral.

En materia laboral, y en relación con el ya reseñado efecto principal de la sanción, debemos distinguir entre la Nulidad aplicada sobre el Contrato de Trabajo y sobre aquella aplicada respecto del acto jurídico del Despido.

En el primer caso, utilizando -en primer lugar- el argumento *jurídico* de la naturaleza continuada del contrato de trabajo, y -en segundo- el (consecuente) argumento *práctico* de la imposibilidad de restituir las prestaciones derivadas del contrato de trabajo ya ejecutadas¹⁶⁴, debemos sostener necesariamente que los efectos de la nulidad recaída sobre el contrato de trabajo, sólo serán *ex nunc* (irretroactivos, hacia el futuro), y jamás *ex tunc* (retroactivos, hacia el pasado).^{165 166}

¹⁶⁰ **Artículo 1687, inciso primero, del Código Civil:** “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

¹⁶¹ *Ibid.* Pp. 1082-1083

¹⁶² Lutzesco, Georges. “Teoría y Práctica de las Nulidades”. 1945. Editorial Porrúa S.A. México. Pp 295-296. Citado por Henríquez Paredes y Parra Lohse. Op. Cit. Pp. 237-238.

¹⁶³ Pensemos en el Contrato de Confección de una Obra Material (Contrato de tracto sucesivo, regulado en los artículos 1996 y ss. Del Código Civil). Si se declarare judicialmente, en estado de ejecución, la nulidad del mismo, sería impensable bajo todo punto de vista la posibilidad de que, quien encarga la obra, procediera a la devolución de los materiales aportados y utilizados por el artífice, en la confección de las partes ya ejecutadas de la misma. Lo mismo respecto de este último respecto de los materiales aportados por el primero, en conjunto con las remuneraciones percibidas por lo ejecutado.

¹⁶⁴ En efecto -y en relación con las prestaciones mutuas emanadas de la existencia del contrato de trabajo, contenidas en el artículo 7 C°T- debemos decir que, si durante la ejecución del contrato de trabajo se declarara la nulidad del mismo, obviamente escaparía a toda lógica el hecho de pensar en la restitución de la prestación (personalísima) de servicios efectuada por el trabajador, en virtud del contrato nulo. Lo mismo, en cuanto contraprestación del servicio prestado, ocurriría respecto de una eventual pretensión de restitución de las remuneraciones pagadas, por la misma causa (lo que además entrañaría un enriquecimiento ilícito -*sin causa*- para el empleador).

Respecto de la nulidad del despido ¹⁶⁷, en cambio, no existen –jurídicamente hablando- impedimentos para restituir a las partes al *statu quo ante* ¹⁶⁸. Por lo tanto, en esta materia, esta sanción sí debe operar retroactivamente, debiéndose verificar, necesariamente, la reincorporación del trabajador despedido en el evento de que el juez declare la nulidad de este acto jurídico.

1.2. Las causales de nulidad y su aplicabilidad en materia de despido.

Hemos dicho que, en materia laboral, son perfectamente aplicables las disposiciones comunes –contenidas en el Código Civil- relativas a la Nulidad.

Respecto de ellas, sabemos que la doctrina civil distingue, en dos grupos, las diversas causales de nulidad: En primer lugar, aquellas relativas a la nulidad absoluta (la falta de objeto, el objeto ilícito, la falta de causa, la causa ilícita, la falta de voluntad o consentimiento, la incapacidad absoluta y la omisión de requisitos o formalidades exigidos en atención a la naturaleza del acto o contrato); y, en segundo, aquellas que devienen en nulidad relativa (los vicios del consentimiento –error, fuerza, dolo-; la lesión, en aquellos casos establecidos por la ley; y la omisión de las formalidades habilitantes –aquellas prescritas por la ley para el valor del acto en consideración a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan-).

Analicemos la manifestación de cada una de ellas –en materia laboral-, en cuanto causales de nulidad del despido.

Causales de Nulidad Relativa.

¹⁶⁵ En consecuencia, en virtud del efecto *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo, no sólo es improcedente la restitución de las remuneraciones percibidas por el trabajador en razón del contrato nulo, sino que además, como sostiene CABANELLAS, si éstas estuvieren devengadas, el trabajador podrá perfectamente reclamar su pago no obstante la nulidad del contrato, o de una de sus cláusulas. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el **artículo 17 C°T**, el cual dispone que, no obstante la presencia de un contrato de trabajo nulo por inobservancia a las normas relativas al trabajo de los menores de edad, “*el empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare*”. (*Ibid.* P. 239).

¹⁶⁶ Es distinto lo que ocurre respecto de la nulidad recaída, no sobre la totalidad del contrato de trabajo, sino que solamente sobre alguna de sus cláusulas (vgr. Una cláusula contractual –nula absolutamente, por adolecer de objeto ilícito- que contraviniera el artículo 44 C°T, estipulando un ingreso inferior al mínimo, o un pago en una unidad de tiempo superior al mes). En estos casos, y como consecuencia del dirigismo contractual proveniente del carácter público del Derecho del Trabajo, la ley sustituye de pleno derecho las cláusulas nulas, amparando así la pervivencia del vínculo laboral.

¹⁶⁷ Respecto del cual debemos decir que, al tratarse éste de un **acto jurídico unilateral** por parte del empleador, deben –también- necesariamente serle aplicables las reglas comunes sobre nulidad contempladas en el Título XX del Libro V del Código Civil (“*Existen las mismas razones para que la nulidad regida por el Código Civil se aplique igualmente a los actos jurídicos unilaterales, es decir, aquellos que sólo requieren de la manifestación de voluntad de una sola persona para perfeccionarse*”. Alessandri. Op. Cit. P. 33).

¹⁶⁸ Henríquez Paredes y Parra Lohse. Op. Cit. P. 287

Descartando de plano, en razón de su naturaleza, la aplicabilidad de la lesión en materia laboral, debemos centrarnos en desentrañar la eventual procedencia de las restantes causales de nulidad relativa (vicios del consentimiento, omisión de formalidades habilitantes) en materia de terminación del contrato de trabajo.

Al respecto, sabemos que, de acuerdo con el artículo 1684 del Código Civil, la nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios.

Por lo tanto, en el (improbable) supuesto que el acto jurídico unilateral *despido* adoleciera de un vicio del consentimiento que hubiere motivado su ejecución, sólo podría alegarlo la víctima del error, la fuerza o el dolo. Es decir, quien ejecutó el acto: el empleador o su representante. Además, esto ni siquiera sería necesario, ya que, al tratarse el despido de un acto unilateral del empleador, éste puede revocarlo a voluntad, sin necesidad de impetrar la nulidad del despido.¹⁶⁹

Asimismo, sería imposible que el trabajador invocase la nulidad del despido por omisión de formalidades habilitantes, por cuanto ésta sólo puede ser alegada por el incapaz relativo que ejecuta el acto (en el caso del despido, el empleador).

En consecuencia, en materia de despido, no tienen aplicación alguna las causales de nulidad relativa.¹⁷⁰

Causales de Nulidad Absoluta.

Distinto es lo que ocurre respecto de las causales de nulidad absoluta contempladas en el Código Civil, las cuales encuentran plena aplicación en relación con la terminación del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador. Analicemos cada una de ellas.

La Falta de Objeto.

El objeto del despido está constituido por el carácter de éste en cuanto acto jurídico, conforme a su definición. Es decir, por la terminación del contrato de trabajo (manifestada por la voluntad unilateral del empleador en dicho sentido).

Pues bien, siendo el despido una manifestación de voluntad cuyo *objeto* es poner término al contrato de trabajo, es ciertamente inconcebible la existencia de este acto jurídico si falta cualquiera de esos elementos. Por lo tanto, la ausencia de objeto o de voluntad, sencillamente implica la inexistencia jurídica del despido.^{171 172}

El Objeto Ilícito.

¹⁶⁹ *Ibid.* P. 279

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.* P. 272

¹⁷² Esto ocurrirá si un empleador enerva exitosamente una acción de reclamo por despido injustificado, alegando la inexistencia del despido (éxito que radicaría en el hecho de que el trabajador no lograre acreditar judicialmente el haber sido separado unilateralmente por su empleador).

Conforme a la lectura del artículo 174 del Código del Trabajo, debemos entender que hay objeto ilícito en el despido de aquellos trabajadores amparados por el fuero laboral.

Dicho precepto dispone en su primer inciso lo siguiente:

“En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente...”

Dada la prohibición que entraña la norma (aquella relativa a poner término al contrato sin autorización judicial previa), y dada la armonía de ésta con la parte final del artículo 1466 del Código Civil -el cual dispone que los actos prohibidos por la ley adolecen de objeto ilícito- no podemos sino concluir que el despido del trabajador aforado es nulo absolutamente por esta causa.¹⁷³

La Falta de Causa.

Como cuestión preliminar, debemos precisar que, en materia de despido, el concepto de causa al que hace referencia el inciso segundo del artículo 1467 de Código Civil (*“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato...”*) hace referencia a lo que, en dogmática civil, corresponde al concepto de causa *eficiente*.^{174 175} Esto por cuanto nuestro Código del Trabajo establece, en forma taxativa, *justas causas* de despido.¹⁷⁶

Por lo tanto, en materia de terminación del contrato de trabajo, la *causa* del despido no corresponde ni al interés jurídico-patrimonial perseguido por el empleador (causa final), ni a la motivación subjetiva contenida en éste al momento de decidir poner término al vínculo laboral (causa ocasional), sino que ella guarda relación con el antecedente que la genera, con su fuente, es decir -en este caso- con la ley.¹⁷⁷

Ahora bien, para referirnos sobre la *ausencia de causa* en el despido y su eventual

¹⁷³ No obstante ello, nuestros Tribunales han seguido un razonamiento distinto: Han entendido la nulidad del despido de los trabajadores amparados por el fuero laboral, no por configurar éste objeto ilícito, sino por omisión de “formalidades establecidas para la validez del acto”. Al respecto, la lógica seguida por la Ilustrísima Corte de apelaciones de Concepción, en fallo de 12.07 de 1995: **“ Que el despido de quien goza de fuero sin haberse obtenido previamente la autorización judicial, es nulo y de ningún valor por haberse omitido las formalidades establecidas en la ley para su validez y, si bien en tal caso el mencionado despido ha producido efectos de hecho no lo ha producido en el derecho, manteniéndose por lo tanto, entre las partes jurídicamente la relación laboral”**. (Boletín Oficial Dirección del Trabajo. Cuarta Edición. Febrero 2004. Pag. 432).

¹⁷⁴ Se llama causa eficiente al elemento generador de un efecto, al elemento que da vida a lo que antes no existía. (Vial del Río, Victor. “Teoría General del Acto Jurídico”. Quinta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Agosto de 2003. P. 189); *En nuestro Código Civil, las causas eficientes de las obligaciones son, de acuerdo al artículo 1437, los contratos, los cuasi-contratos, los delitos, los cuasi-delitos y la ley.* (Alessandri Besa, Arturo. op. cit. P. 186).

¹⁷⁵ Es necesario que, aquí, distingamos entre *causa del contrato de trabajo* y *causa del despido*. En el primer caso, se mantiene la dirección mayoritaria sostenida por la doctrina respecto de la causa en los contratos bilaterales: Es decir, la causa del contrato de trabajo equivale al interés jurídico perseguido por las partes al contratar (causa final). Así, la causa para el empleador consistirá en la obtención de servicios personales por parte del trabajador, y ella para este último estará dada por el pago de la remuneración. En el segundo, como estamos analizando, prima la noción del antecedente jurídico del acto (causa eficiente).

¹⁷⁶ Justas Causas (contempladas en los artículos 159, 160 y 161) que, como sabemos, son **de derecho estricto**.

carácter generador de la nulidad de dicho acto, debemos abordar los efectos que produce la no invocación de alguno de los “motivos legales” que el legislador reconoce como justas causas de despido.

Respecto de ello, hay que señalar que nuestro ordenamiento jurídico laboral reconoce plena validez al despido carente de causa,¹⁷⁸ no provocando dicha ausencia, por tanto, la ineficacia del acto. Esta postura se encuentra avalada en razón de la lectura de la letra b) del artículo 168 del Código del Trabajo, el cual considera injustificado (no *nulo*) el término del contrato de trabajo en el que no se ha invocado causal legal para dicho término, dando derecho al trabajador despedido de esta manera para reclamar el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo junto con la indemnización por años de servicio recargada en un cincuenta por ciento.¹⁷⁹

La Causa Ilícita.

En cuanto causal de nulidad absoluta del acto, debemos precisar que la ilicitud de causa no guarda, en este aspecto, relación alguna con la ausencia de justa causa justificada en el despido.¹⁸⁰ Así se manifiesta nuestro Código del Trabajo, al establecer –como decíamos- causales de terminación de derecho estricto.¹⁸¹

Sabemos, a este respecto, que el legislador establece un catálogo de *justas causas*

¹⁷⁷ Es necesario precisar que con ello sostenemos que, en materia de terminación del contrato de trabajo, se asimila el concepto de *causa del acto jurídico* –despido- al de *causa de las obligaciones* que éste genera (pago de feriado, indemnización por años de servicio si procede, etc.), toda vez que ambas –miradas como una sola- equivaldrían, como decíamos, a la ley (no hay despido ni obligación correlativa sin la existencia de una justa causa –legal- de terminación). Si sostuviéramos, por el contrario, que –al igual que en materia civil- en este aspecto se distinguen necesariamente una y otra (la doctrina civil, al menos, se manifiesta mayoritariamente en favor de dicha separación –lo que también ocurre, veámos, respecto del contrato de trabajo-), deberíamos aceptar que, no obstante existir –según esto- un “espacio conceptual reservado” para el *interés jurídico* del empleador verificado al momento de despedir (causa final), éste se encontraría –siempre- irremediabilmente dirigido por la voluntad del legislador (dado el carácter público de la normativa laboral). Esto hace inoperante a esta última concepción, por cuanto siempre sus efectos desembocarán, indefectiblemente, en aquella que hemos sostenido.

¹⁷⁸ Toda vez que se materializa plenamente, y sin trabas, su objeto jurídico: la terminación del contrato de trabajo.

¹⁷⁹ Debemos descartar –a mi juicio- la idea de que esta postura está también avalada por la existencia de la causal de terminación del artículo 161, inciso segundo C°T (desahucio del empleador). Ello por cuanto, si bien a su respecto se habla en doctrina de despido “sin expresión de causa”, no hay relación alguna entre ella y la causa a la que hemos aludido como conceptualmente procedente acerca del despido. Así, la ausencia de “causa” de la que se habla en el desahucio, guarda relación con la no expresión del “motivo” que se tuvo para despedir (en cuanto móvil psicológico, es decir, en cuanto causa *ocasional*). Esto nada tiene que ver con el carácter de causa que, en sí, posee verdaderamente el desahucio (*justa causa* invocable de despido. Es decir, causa *eficiente* de dicho acto). Sostener dicha concepción errónea implicaría anular la validez de la norma –ya analizada- del artículo 168 b) del Código del Trabajo (ya que por un lado se validaría la ausencia de causa en el despido –161 inc. 2°-, y por otro se sancionaría –168 b-). (La posición doctrinaria desvirtuada en este apartado es la seguida por los autores Henríquez y Parra, en obra citada).

¹⁸⁰ Con esto, distinguimos entre la *acción por despido injustificado*, por un lado, y la *acción de nulidad del despido*, por otro. Las cuales corresponden, como podremos inferir, a esferas totalmente distintas.

de despido, reconociendo el legítimo derecho del empleador a poner término al contrato de trabajo si se verifican los hechos tipificados en una o más de estas causales¹⁸². Otorgándole legitimación activa, al trabajador, para recurrir al tribunal competente a fin que éste revise el despido y analice si se acreditan efectivamente los hechos que lo fundan, o si estos, por el contrario, no configuran la causal invocada. En este último caso, el despido deberá ser declarado *injustificado* -sin (justa) causa justificada-.

Esta injustificación, decíamos, nada tiene que ver con la *ilicitud* de causa, prueba de ello es que el inciso tercero del artículo 168 del Código del Trabajo establece que si la aplicación de una o más de las causales de los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161.¹⁸³

Respecto de la causa *ilícita*, sabemos –de conformidad al inciso segundo del artículo 1467 del Código Civil- que ésta es “la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. Y, en materia de determinación de contrato de trabajo, ella equivaldrá a hablar de causa *injusta*¹⁸⁴ de despido, por estar esta prohibida por el Código del Trabajo, o por ser contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, nuestro legislador laboral, al establecer la ineficacia del despido con fuente en algún tipo de práctica antisindical (artículos 292 y 294 C°T), no hace otra cosa que determinar -ahí- la existencia de una causa injusta (ilícita) de despido.

Respecto de las disposiciones citadas, debemos señalar que, su fuente remota en cuanto a causa injusta de despido, se encuentra en el precepto –ya estudiado- del inciso cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo¹⁸⁵, el cual vislumbra la existencia de diversos *motivos* ilícitos por el hecho de ser discriminatorios, verificables durante todas las fases

¹⁸¹ Esto, no obstante el tratamiento (conceptualmente) conjunto que de ellas hace la normativa internacional. En efecto, el Convenio 158 OIT (Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador) asimila los conceptos de causa *justificada* y de causa *lícita*. Esto lo inferimos de la lectura *a contrario sensu* efectuada sobre el artículo 5 del mismo, el cual dispone que: “Entre los motivos que no constituirán causa *justificada* para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social” (además, las letras a) y b) del mismo hacen referencia a causas de sindicación). Pues bien, para evitar caer en confusiones en esta materia, es necesario hacer notar que, el tratamiento aludido, encuentra su explicación en el hecho de que, el organismo internacional -mediante la citada disposición- insta a que los Estados Miembros, si deciden establecer justas causas (taxativas) de despido en sus legislaciones, eviten la incorporación de las denominadas causales “no justificadas” ya referidas.

¹⁸² Henríquez Paredes y Parra Lohse. Op. Cit. P. 275.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ En oposición, lógicamente, al ya referido concepto de *justa causa* de despido.

¹⁸⁵ *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.* (Artículo 2 inciso cuarto C°T).

de ejecución del contrato de trabajo (respecto de su fase de terminación, encontraremos allí, ejemplarmente como veíamos, diversas *causas ilícitas de despido*). En el caso de la norma aludida, el motivo primario (remoto) de ilicitud se encuentra en la discriminación por razón de *sindicación*.

Ya volveremos sobre este punto.

La Omisión de Requisitos o Formalidades exigidos en consideración a la Naturaleza del Acto o Contrato.

En relación con el *criterio directivo*¹⁸⁶ de la eventual exigencia de formalidades para su celebración, el despido cae en la categoría de acto jurídico *no solemne*.¹⁸⁷

En efecto, la omisión de alguna de las formalidades contenidas en el artículo 162 del Código del Trabajo –relativas a los requisitos que debe cumplir la carta de despido- no producen la nulidad del acto, sino que sólo dan lugar –según prescribe el inciso octavo de dicha disposición- a la aplicación de multa administrativa al empleador.

No obstante ello, mediante la ley 19.631, nuestro Código del Trabajo sí establece un requisito de validez del despido, el cual –de no verificarse- impide que el acto produzca el efecto de poner término al contrato de trabajo. Este requisito no tiene que ver con las meras formalidades de comunicación relativas a la carta de despido, sino con su obligación de pago de las cotizaciones previsionales del trabajador despedido (última parte del inciso quinto del artículo 162).¹⁸⁸

Así, podrá ocurrir que el empleador, en la carta de despido, no comunique al trabajador despedido del estado de pago de sus cotizaciones previsionales. O, aún mas –y como suele ocurrir- puede darse el caso de que el empleador ni siquiera haga entrega al trabajador de la carta de despido que ordena la ley... pero si sus cotizaciones previsionales se encuentran enteradas en las entidades respectivas, la terminación de la relación laboral se hará efectiva con todos sus efectos jurídicos.

En consecuencia, el despido nulo por deuda previsional nos presenta, en materia laboral, un clásico ejemplo de ineficacia a causa de la omisión de “un” requisito o condición de validez del acto.

Incapacidad Absoluta.

Sabemos que, de conformidad al artículo 1447 del Código Civil, son incapaces absolutos aquellos que no pueden actuar nunca personalmente en la vida jurídica, salvo que opere representación. Y que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos.

Pues bien, sabemos que, dado el carácter personalísimo de la prestación de servicios del trabajador, es imposible que este pueda actuar representado durante la

¹⁸⁶ En doctrina civil, *criterio de clasificación del acto jurídico*. (Vial del Río, Victor. Op. Cit. P. 37).

¹⁸⁷ *Ibid.* P. 44

¹⁸⁸ “Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”.

ejecución del contrato de trabajo, por lo que, su eventual incapacidad absoluta, antes de producir la nulidad de su despido, debe producir –*ex tunc*– la nulidad absoluta del contrato que lo ligaba con su empleador.

Lo mismo debiera ocurrir respecto del empleador incapaz, o de su representante en la misma condición.

1.3 Consagración de la Nulidad del Despido en el Código del Trabajo.

Si bien ya hemos adelantado –en el ámbito enunciativo– los casos legales de nulidad del despido (en relación con las causales comunes de nulidad absoluta), es necesario que sistematicemos brevemente, en el presente apartado, lo hasta aquí expuesto.

En relación con lo estudiado, hemos podido ver que son sólo cuatro las disposiciones de nuestro Código del Trabajo que consagran, de manera expresa, casos de nulidad del despido:

El inciso quinto del artículo 162.

El artículo 174.

El artículo 292.

El artículo 294.

De ellas, podemos ver que, al menos las normas de los artículos 174, 292 y 294 C°T contemplan casos evidentes de nulidad del despido, toda vez que incorporan el efecto material propio de esta sanción en materia de terminación del contrato de trabajo, según hemos estudiado: La *reincorporación* del trabajador despedido a sus funciones (efecto *ex tunc* de la nulidad del despido).

En cambio, respecto de la nulidad contenida en el inciso quinto del artículo 162 C°T, vemos una situación jurídicamente distinta, en que su lectura nos hace dudar de la verdadera naturaleza del instituto contenida en ella

Analicemos por qué.

La Nulidad del Despido por Deuda Previsional.

Incorporada en el artículo 162 C°T por la ley 19.631,¹⁸⁹ veíamos que nos enseñaba un caso de nulidad por incumplimiento de requisitos de validez del acto jurídico del despido.

En efecto, dicha norma dispone lo siguiente:

Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.

¹⁸⁹ O *Ley Bustos*, en homenaje a su autor, el fallecido diputado y dirigente sindical don Manuel Bustos Huerta.

Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago.

Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador.

A su vez, el inciso tercero del artículo 480 C°T dispone que “Asimismo, la acción para reclamar la nulidad del despido, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162, prescribirá también en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios”.

Pues bien, respecto de la verdadera naturaleza del instituto jurídico denominado –aquí– por el legislador “nulidad del despido”, debemos comentar lo siguiente:

Sólo podemos hablar aquí de *nulidad* conforme al tenor literal de la ley, pues en cuanto al fondo de la misma, podemos ver que la eficacia del instituto propuesto es tan sólo parcial. Así, de la lectura del artículo 162, podemos ver que la llamada “nulidad” del despido por deuda previsional, sólo se encarga de retrotraer al *statu quo ante* a la parte empleadora (el inciso séptimo la obliga a continuar con el pago de remuneraciones y demás beneficios hasta que opere la llamada *convalidación* del despido), no operando este efecto *ex tunc* de toda nulidad del despido respecto del trabajador cesado. En consecuencia, ante dicha declaración, el trabajador queda liberado de su obligación de prestar servicios, no operando en caso alguno su readmisión.^{190 191}

Se ha dicho que el despido nulo puede “convalidarse” mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador (artículo 162, inciso sexto). Al respecto, se sostiene que dicha expresión es desafortunada, pues la convalidación supone que, al cumplirse

¹⁹⁰ Esto, no obstante –en aras del principio de “primacía de la realidad”- sería una insensatez mayúscula obligar al trabajador a volver a trabajar para un empleador que se ha embolsado parte de su remuneración (producto de semejante abuso, el vínculo de confianza que sustenta la relación de trabajo quedaría irremisiblemente roto). Con ello, *la readmisión obligatoria resultaría más un castigo que un beneficio para el trabajador*. (Palavecino Cáceres, Claudio. “El despido nulo por deuda previsional: Un esperpento jurídico”. En Revista *Ius et Praxis* V.8 N°2, Talca, 2002. P. 6).

¹⁹¹ Con todo, hay diversas sentencias laborales de primera instancia que ordenan la reincorporación del trabajador. Así, se ha fallado que “*La declaración de nulidad, al restarle todo efecto jurídico al acto que se declara viciado, impone al sentenciador, en la lógica de los efectos naturales de tal instituto, (en consonancia en este caso con lo solicitado por la demandante) la obligación de disponer que las cosas se retrotraigan al estado en que se encontraban al verificarse tal acto, por lo que procede declarar que la relación laboral no se ha interrumpido y que el vínculo subsiste (tal es la única consecuencia lógica de la frase “no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo” del inciso quinto del artículo 162 del Código de la especialidad), ordenándose la reincorporación del trabajador y el pago de las remuneraciones devengadas en el período habido entre la separación ilegal y la reincorporación efectiva*”. (Sentencia en causa “Ortiz Céspedes con Viajes Los Andes Ltda., rol L-3044-2003, Octavo Juzgado Laboral de Santiago, considerando sexto). En este mismo sentido, el profesor Palavecino (*Ibid.*) cita otras sentencias pronunciadas en la misma lógica expuesta: Sentencias del mismo tribunal en causas “Osorio con Comercial Magnet Ltda.”, rol L-1415-2000, considerando noveno; y “Rodríguez con Plásticos Santiago S.A.”, rol L-1117-2000, considerando tercero. Y del Quinto Juzgado Laboral de Santiago en causa “Muñoz Torres con Llanos Muñoz”, rol L-5705-2000, considerando duodécimo.

con los requisitos o formalidades omitidas, el acto produce sus efectos desde que se expresó originalmente la voluntad ¹⁹². Por lo tanto, expresar que el despido queda “convalidado” por el pago de las cotizaciones equivale a señalar que recupera su plena eficacia de manera retroactiva. Con esto, no tendría lugar, entonces, lo preceptuado en el inciso séptimo del artículo 162, el cual –como hemos visto- obliga al empleador al pago de las remuneraciones y demás prestaciones originadas en el contrato de trabajo, durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación requerida para la validación del término de la relación laboral. Por lo tanto, estos pagos darían lugar a un enriquecimiento ilícito del trabajador. ¹⁹³

Por lo tanto -no obstante el tenor literal de los artículos 162 y 480 inciso tercero- podemos sostener que, en cuanto a los efectos del incumplimiento de las obligaciones previsionales por parte del empleador al momento del despido, nos encontramos aquí frente a una figura que se aleja de la verdadera naturaleza jurídica del despido *nulo*. ¹⁹⁴

2. La Discriminación como Causal de Nulidad Absoluta en el Despido: El Despido *Nulo* por Acto Discriminatorio.

Hasta aquí, nos hemos detenido principalmente en los siguientes tópicos: la teoría de la nulidad; su aplicabilidad –en cuanto a sus efectos- en materia de despido; y dicha procedencia en relación con las causales comunes de nulidad absoluta, contempladas en el Código Civil.

Una vez analizado esto, es necesario que veamos -en el presente apartado- como la declaración del artículo 2 del Código del Trabajo -la que, como veíamos, consagra legalmente el principio de *no discriminación* en materia laboral- debe dar origen, en materia de terminación contractual, a la declaración de nulidad del despido vulneratorio de aquel principio:

¹⁹² Esto, en relación con el artículo 705 del Código Civil, el cual establece que “*la validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título*”. (*Ibid.* P. 9)

¹⁹³ Palavecino sostiene que, no obstante el tenor literal de la norma, no hay tal convalidación, pues el despido en este caso recupera su plena eficacia extintiva *ex nunc*, esto es, desde el pago de las imposiciones hacia adelante. (*Ibid.* P. 10)

¹⁹⁴ Si bien es cierto que la Excm. Corte Suprema ha entendido la naturaleza jurídica de la disposición como una *suspensión relativa* de la relación de trabajo (por cuanto se mantiene vigente la obligación de remunerar del empleador), la solución más lógica parece ser la de otorgarle el carácter de **nulidad-sanción**, es decir, el de aquella sanción civil que ha sido definida por el profesor Pablo Rodríguez como aquella “*que consiste en privar, total o parcialmente, de validez provisional a un acto jurídico, o bien en atribuirle otros efectos diversos de los queridos y previstos por las partes, deslegitimando las situaciones jurídicas forjadas a su amparo, en la forma prevista y sin perjuicio de las excepciones legales*”. (Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1995. P. 124. Citado por Palavecino Cáceres. *Ibid.* P. 9).

Recordaremos, en primer lugar, la redacción de los incisos tercero y cuarto del precepto citado:

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

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

Pues bien, ya hemos adelantado que, en materia de terminación de la relación laboral, la simple inobservancia de esta norma da lugar a la anulabilidad del despido. Esto se explica por cuanto –a mi juicio- el despido discriminatorio configura simultáneamente dos causales de nulidad absoluta de este acto jurídico: El objeto ilícito y la causa ilícita. Veamos por qué.

2.1 El Acto Discriminatorio como Objeto Ilícito en el Despido.

En primer lugar, el despido discriminatorio es ineficaz, por cuanto –de conformidad a los artículos 10 y 1466 del Código Civil- aquellos actos (o contratos) prohibidos por la ley adolecen de objeto ilícito, y acarrear, por tanto, la nulidad absoluta de los mismos (artículo 1682 del Código Civil).¹⁹⁵

En materia laboral, hemos visto, la prohibición de discriminación se encuentra contenida en el inciso tercero del artículo 2 C°T, en virtud del cual son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.¹⁹⁶ Por tanto, toda discriminación arbitraria, acaecida con ocasión del despido, deberá dar origen a la nulidad absoluta del acto en razón del objeto ilícito que entraña.

2.2 La Discriminación como Causa Ilícita de Despido.

Comenzaremos este análisis retomando lo recientemente expuesto a propósito del

¹⁹⁵ Ducci Claro, Carlos. Op. Cit. P. 296; En este mismo sentido **Vodanovic H., Antonio**. Op. Cit. P. 261

¹⁹⁶ No obstante que la doctrina, como hemos tenido la oportunidad de analizar, suele referirse a la “prohibición de discriminación” del artículo 2, no es menos cierto que podemos considerar perfectamente al inciso tercero de dicha norma, no como un precepto prohibitivo, sino que más bien como una norma **imperativa**. Esto por cuanto, como explica DUCCI (*Ibid*. P. 59), “*para que una disposición sea prohibitiva el acto no debe poder realizarse bajo ningún aspecto ni bajo ninguna circunstancia. Si la ley autoriza o permite realizar el acto en determinadas condiciones, no es prohibitiva, sino imperativa*”. Pues bien, al distinguir nosotros -en materia laboral- entre discriminación legítima e ilegítima (capítulo 1.6.1.2), no hacemos otra cosa que validar ciertos eventos de discriminación (aquellos relacionados con la capacidad e idoneidad personal del trabajador sobre el cual recae la distinción), haciendo –por tanto- válida dicha interpretación. En este supuesto, la nulidad absoluta del acto (despido) se configuraría de igual manera. Esto, por el hecho de estar en presencia, en este caso, de una ley imperativa *de interés general* (dado el carácter público de la normativa laboral). Cuya sanción, como sabemos, consiste en la nulidad absoluta del acto forjado en torno a su contravención, siempre y cuando éste adolezca –a su vez- de objeto o causa ilícita. (Una interpretación en este sentido debiera armonizarse con aquella que a continuación veremos respecto de la causa ilícita en el despido discriminatorio).

artículo 292 C°T en cuanto causa ilícita de despido:

Decíamos que la acción de nulidad del despido por discriminación antisindical ¹⁹⁷ constituye claramente un caso de ineficacia del despido en que se sanciona la causa ilícita. Explicábamos, asimismo, que la fuente remota (o primaria) de dicha ilicitud se encuentra en los reseñados incisos tercero y cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo.

Pues bien, es menester aclarar en relación con esto, que el despido nulo por discriminación antisindical no es tal sólo por el hecho de consagrar la ley –en el artículo 292- el efecto principal de esta sanción en forma expresa (a saber, la *reincorporación* del trabajador aforado a sus funciones), sino que dicho acto es –en primer lugar- jurídicamente *nulo* en virtud de las consecuencias *in iure* emanadas del precepto contenido en el Título Preliminar del Código del Trabajo.

A mayor abundamiento, sostendré –en relación con la causa ilícita como fuente de nulidad en materia de despido- que existen, en referencia a cada una de las hipótesis de discriminación (sexo, edad, estado civil, etc.), fuentes primarias o remotas de ilicitud; y fuentes secundarias o próximas de ilicitud. Constitutivas, unas y otras, de *causas ilícitas* en la terminación del contrato de trabajo.

2.2.1. Causas Primarias (Remotas) de Ilicitud en el Despido.

Con esta denominación, nos referimos a aquellos antecedentes positivos y genéricos que dan origen a la existencia de ilicitud de causa en la discriminación. Dando –jurídicamente- lugar a la impetrabilidad de una acción de nulidad del despido, pero no otorgando contenido expreso a dicha acción.

Así, constituirán *causas primarias* de ilicitud aquellas contempladas en las siguientes normas pertenecientes a la normativa internacional, constitucional y legal (las cuales, ya hemos tenido la oportunidad de estudiar en la presente investigación):

El Convenio 111 OIT (En su artículo 1.a).

El Convenio 158 OIT (En su artículo 5).

La Constitución Política de la República (En su artículo 19 N°16 inciso tercero).

Y, principalmente, el Código del Trabajo, en los incisos tercero y cuarto del artículo 2.

Por lo tanto, toda vez que –como veíamos- el artículo 1467 del Código señala como causa ilícita aquella “prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres y al orden público ¹⁹⁸”, debemos colegir necesariamente que toda transgresión respecto de las causas contempladas en el conjunto de las normas citadas (raza, color, sexo, edad,

¹⁹⁷ **Artículo 292, incisos 8° y 9° C°T:** *Si la práctica antisindical hubiere implicado el despido de un trabajador respecto de quien se haya acreditado que se encuentra amparado por el fuero establecido en los artículos 221, 224, 229, 238, 243 y 309, el Juez, en su primera resolución dispondrá, de oficio o a petición de parte, la inmediata reincorporación del trabajador a sus labores, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 174, en lo pertinente. Si la sentencia da por establecida la práctica antisindical o desleal, además, dispondrá que se subsanen o enmienden los actos que constituyen dicha práctica; el pago de la multa a que se refiere este artículo, fijando su monto, y que se reincorpore en forma inmediata a los trabajadores sujetos a fuero laboral separados de sus funciones, si esto no se hubiere efectuado antes.*

estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, etc.)¹⁹⁹ al momento de la terminación del contrato de trabajo, debe acarrear necesariamente la declaración judicial de nulidad absoluta del despido. Otorgando al trabajador afectado, por tanto, legitimación activa para impetrar dicha sanción en sede laboral.

Decíamos que la existencia de una causa primaria de ilicitud debe dar derecho a demandar la nulidad del despido, aún sin contar con un contenido expreso respecto de la sanción. Esto último se explica por cuanto sólo podemos acudir al invocarla, en cuanto a pretensión, a las consecuencias jurídicas *puras* de la declaración de dicha ineficacia. Es decir, quien demande -en estos términos- exclusivamente sobre la base de la causa primaria de ilicitud, invocará válidamente el efecto propio -*ex tunc*- de la nulidad del despido (la reincorporación) aún cuando no cuente con una acción expresa para ello, y por el sólo hecho de contar con el amparo de la normativa estudiada.²⁰⁰

2.2.2 Causas Secundarias (Próximas) de Ilícitud en el Despido.

Con ellas nos referimos a aquellos preceptos legales que contemplan, sobre la base de un antecedente remoto (causa primaria), causas ilícitas de despido, por un lado, y acciones correlativas de nulidad, con contenido expreso y delimitado, por otro.²⁰¹

Así, como hemos adelantado, las acciones de nulidad del despido contempladas en los artículos 292 y 294 del Código del Trabajo responden a la existencia de causas próximas de ilicitud (cuya fuente -primaria- se encuentra en la discriminación por motivos de *sindicación*). También podemos incorporar en esta categoría -en cuanto la causa de despido sea discriminatoria- a la acción del artículo 174.²⁰²

Respecto del primer caso (artículo 292), en cuanto contenido sancionatorio, la ley ordena en forma expresa la reincorporación del trabajador aforado objeto de un despido antisindical. Además, ordena la rectificación de la práctica lesiva y el pago de una multa, determinable -en cuanto a su monto- por el juez de la causa.

¹⁹⁸ En este sentido, podemos englobar perfectamente la ilicitud de causa dentro de la transgresión al último de los elementos contemplados por el artículo 1467 C°C, por cuanto **la normativa contenida en cada uno de los instrumentos señalados corresponde al derecho público.**

¹⁹⁹ Podemos ver que el trabajador afectado por cualesquier hipótesis de discriminación (vgr. En razón de su edad), está amparado -genérica y específicamente- por cada una de las normas nacionales e internacionales citadas.

²⁰⁰ El actor, por tanto, validará su pretensión por la vía de aquella intelección deviniente de la aplicación armónica de los preceptos civiles, laborales, constitucionales e internacionales que hemos señalado.

²⁰¹ Tanto causa ilícita primaria como secundaria responden al mismo concepto de causa ilícita. Ambas se nos presentan como caras de la misma moneda respecto de una (misma) hipótesis de discriminación ilegítima (vgr. El origen social), siendo la segunda -si esta existe- expresión concreta y delimitada (en cuanto a sus alcances) de la primera.

²⁰² Esto por cuanto objeto y causa ilícita suelen presentarse, simultáneamente como causales de nulidad absoluta: “*Todo acto prohibido por la ley, además de tener objeto ilícito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1466 del Código Civil, tiene causa ilícita*”. (Alessandri Besa, Arturo. Op. cit. P. 192).

En el segundo (artículo 294), la ley impone un plazo especial para el ejercicio de la acción (60 a 90 días, en razón de la eventual suspensión por reclamo administrativo); la opción entre la reincorporación del trabajador afectado y la indemnización por años de servicios recargada; y, además, una indemnización adicional a fijar por el juez de la causa.

En el tercero (artículo 174), por último, el juez de la causa, junto con la natural reincorporación del trabajador, debe disponer el pago de las remuneraciones y beneficios del trabajador afectado correspondientes al período de suspensión, si se hubiere decretado la separación provisional de éste sin derecho a remuneración.

3. La Acción de Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio.

Hasta aquí, hemos visto que sólo encontramos -en la normativa vigente- acciones concretas para impetrar la nulidad del despido discriminatorio (en cuanto causas próximas de ilicitud) respecto del despido antisindical y, eventualmente, respecto del despido de los trabajadores con fuero (sólo en cuanto entrañe éste una causa remota de discriminación).

¿Qué ocurrirá, entonces, cuando un acto discriminatorio al momento del despido sólo represente una causa primaria de ilicitud, sin que se acompañe ésta de una secundaria?.

Hemos propuesto, al respecto, que la sola concurrencia de una causa remota de ilicitud al momento del despido discriminatorio da lugar a la impugnación del mismo, no obstante la carencia de contenido expreso relativo a su sanción.

Así, todo despido fundado en *motivos* de raza, color, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, discapacidad, orientación sexual, etc., sin importar que recaiga éste sobre trabajadores no amparados por fuero laboral, es factible de ser impugnado en juicio ordinario laboral, mediante una acción de nulidad.

Vimos, en el apartado anterior, que respecto de aquellos despidos discriminatorios en que coexisten causa primaria y secundaria de ilicitud, encontrábamos plena delimitación respecto del contenido sancionatorio de la acción y de la oportunidad procesal para ejercer aquella. Pues bien... ¿qué ocurrirá –específicamente- en los demás casos?.

3.1 Configuración de la Acción.

En respuesta a dicha interrogante, debemos decir que la integración armónica de los preceptos civiles contenidos en los artículos 10, 1466 y 1467 y 1682 del Código Civil; y de los preceptos laborales contenidos en los artículos 2, 5 y 480 del Código del Trabajo, da lugar inequívoco, respecto de todas aquellas causa ilícitas de despido –*en relación con las cuales la ley no ha contemplado una sanción distinta de la nulidad en el evento de su*

contravención^{203 204} - a la existencia de una acción ordinaria de nulidad del despido, impetrable en un plazo determinado, y cuyo contenido contemplará una esfera patrimonial y otra extrapatrimonial.

Plazo de Interposición de la Acción:

En este punto, debemos remitirnos a la norma del inciso segundo del artículo 480 del Código del Trabajo, la cual hace referencia a la prescripción extintiva de la generalidad de las acciones provenientes de los actos y contratos referidos por el Código:

“En todo caso, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código prescribirán en seis meses contados desde la terminación de los servicios”.

Por lo tanto, el trabajador afectado por un despido discriminatorio con ocasión de su despido, podrá intentar la acción de nulidad dentro del plazo de seis meses contados desde la terminación (plazo sujeto a la suspensión por reclamo administrativo a que se refiere el inciso final de la disposición).²⁰⁵

Contenido de la Pretensión:

Hemos adelantado que la esfera de la pretensión contemplará un doble ámbito: El patrimonial y el extrapatrimonial.

b.i Contenido Patrimonial de la Acción.

Estará dado, en primer lugar, por la reincorporación del trabajador afectado a sus funciones (en virtud de lo que se ha explicado reiteradamente); y, en segundo, por el consecuencial pago de las remuneraciones y demás beneficios contractuales al trabajador, durante el período que medie entre la separación y la reincorporación efectiva. En este sentido, dicha procedencia debe entenderse válida por el hecho de importar dicho lapso –a mi juicio- una *suspensión relativa* del contrato de trabajo. (Esto en aplicación de los principios que inspiran el ordenamiento jurídico laboral, toda vez que la

²⁰³ **Artículo 10 del Código Civil** : “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención”.

²⁰⁴ Así ocurre, en materia laboral, respecto del despido discriminatorio por motivos de **invalidéz**. En este caso la ley –no obstante la nulidad del despido que *debería* acarrear dicha discriminación- contempla un efecto distinto al jurídicamente propio de esta sanción en materia de despido (la reincorporación). En efecto, el **artículo 161 bis** del Código del Trabajo dispone que: “La *invalidéz, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiera, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168*”. Por lo tanto, podemos ver aquí que el legislador otorga al trabajador lisiado, afectado por un acto discriminatorio a la terminación de la relación laboral, el sólo derecho a gozar de la indemnización por años de servicios recargada en un 50% en el evento que se declare la ilicitud de su despido, **reconociéndole a dicho acto, no obstante, plena eficacia extintiva ex nunc** .

²⁰⁵ “Con todo, la interposición de un reclamo administrativo debidamente notificado ante la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los plazos indicados en los incisos primero, segundo, tercero y cuarto, suspenderá también la prescripción, cuando la pretensión manifestada en dicho reclamo sea igual a la que se deduzca en la acción judicial correspondiente, emane de los mismos hechos y esté referida a las mismas personas. En estos casos, el plazo de prescripción seguirá corriendo concluido que sea el trámite ante dicha inspección y en ningún caso podrá exceder de un año contado desde el término de los servicios”.

orden de reincorporación –en este caso- debe suponer una voluntad inequívoca de pervivencia del contrato de trabajo, establecida en orden a subsanar una causa injusta de terminación no imputable en modo alguno al trabajador afectado).²⁰⁶

b.ii. Contenido Extrapatrimonial de la Acción.

El despido discriminatorio acarreará para el trabajador vejado, por supuesto, un agravio excepcional y exorbitante respecto del perjuicio común soportado por un trabajador despedido injustificadamente. Por lo tanto, de conformidad a lo que hemos estudiado en el capítulo 3.3.3 de esta Tesis, es procedente en estos casos que el trabajador accione –conjuntamente con la pretensión patrimonial señalada en el párrafo anterior- el resarcimiento del daño moral que su despido le ha producido.

4. La Prueba del Despido Discriminatorio.

Hemos analizado, en los capítulos anteriores, como la OIT y nuestra propia jurisprudencia administrativa se han manifestado a favor de la viabilidad de la tesis que en esta investigación hemos denominado como *objetiva*; hemos revisado, asimismo, los necesarios alcances de la misma en relación con la prueba del acto discriminatorio laboral²⁰⁷. Pues bien... para nosotros –en cuanto intérpretes de nuestro ordenamiento jurídico laboral- es una (lamentable) referencia *de lege data* la inexistencia de dicha tesis en cuanto consagración expresa en el Código del Trabajo.²⁰⁸

Por lo tanto, y con las naturales dificultades probatorias que esto conlleva, al trabajador afectado por un despido discriminatorio, le cabrá demostrar necesariamente en el proceso de nulidad –al incoar la acción que hemos estudiado- la relación de causalidad entre el despido y la hipótesis que invoca como generadora de discriminación. En otras palabras, no podrá éste probar simplemente las dos circunstancias que estudiamos como devinientes de la tesis objetiva (el acaecimiento del hecho dañoso, y la pertenencia de la víctima a un grupo infrarrepresentado de la sociedad civil), sino que, por el contrario, no tendrá otro camino que demostrar la intencionalidad de su empleador en cuanto

²⁰⁶ Es éste, además, el contenido patrimonial de las declaraciones de ineficacia del despido que encontramos constantemente en el **derecho comparado**: Así, en **España**, el Juez –a petición de parte- declarará nulo el despido cuando sea discriminatorio o viole los derechos fundamentales del trabajador. **El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir**, no teniendo esta condena alternativa posible. (ALONSO OLEA, MANUEL y CASAS BAHAMONDE, M. EMILIA. “Derecho del Trabajo”. 18° Edición. Año 2000. Editorial Civitas, Madrid. P. 474. Cita en Henríquez Paredes y Parra Lohse. Op. Cit. P. 251); Por otro lado, en **Estados Unidos** encontramos que, entre las denominadas *causas estrictamente ilegales* de despido se encuentran la discriminación por raza, color, sexo u origen nacional. Dando lugar éstas, a la *readmisión del trabajador en la empresa*. (*Ibid.* P. 268).

²⁰⁷ Estudiamos, a este respecto, el **objeto de la prueba**; y la **inversión del onus probandi**. (Capítulo 1.9).

²⁰⁸ Hemos visto que, en su calidad de elementos de derecho estricto, las presunciones legales sólo se constituirán como tales en cuanto sean consagradas expresamente por el legislador.

configuradora (ésta) de un acto discriminatorio.²⁰⁹

5. Conclusión.

Hemos estudiado en el presente capítulo, en suma, cómo aquel vacío legal que -aún con posterioridad a la vigencia de la Ley 19.759- se nos presenta a propósito del amparo del derecho a la igualdad de trato al momento del despido²¹⁰, es perfectamente integrable con normas pertenecientes al derecho común y al propio Código del Trabajo en lo sustantivo, y con normas exclusivas de este último cuerpo, en lo adjetivo.

Por lo tanto, dando respuesta a la pregunta planteada al finalizar el capítulo anterior (a propósito del caso hipotético expuesto), debemos sostener –a la luz de lo expuesto- que es efectivamente remediable la situación jurídica de la trabajadora A, toda vez que –como hemos visto- puede ella invocar la nulidad del despido discriminatorio en sede laboral (el cual adolece de la causa ilícita *primaria* “orientación sexual”) en la forma analizada, y dentro de las pretensiones patrimoniales y extrapatrimoniales expuestas.

Ahora bien, no obstante la demostrada aptitud jurídica del libelo encargado de impetrar esta ineficacia, no podemos desconocer la realidad que impera en torno a los criterios jurídicos seguidos por nuestra Magistratura Laboral. Al respecto, sabemos que –al menos en primera instancia- es improbable que un Juzgado del Trabajo dé lugar a una pretensión en el sentido desarrollado, por cuanto el escenario normativo actual es sumamente árido en esta materia (como hemos tenido la oportunidad de corroborar). Por ello debemos reconocer que, mientras no opere una efectiva apertura ideológica por parte de nuestros Jueces del ramo, no encontraremos asidero jurisprudencial alguno en torno a los conceptos jurídicos aquí vertidos.

Sin embargo, esta situación ha de variar en el corto plazo, por cuanto se encuentra actualmente promulgada la Ley 20.087, que sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, el cual incorpora en uno de sus párrafos un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la relación laboral.

De las perspectivas que éste propone en general, y de su concordancia con las materias analizadas a propósito del despido discriminatorio, en particular, nos ocuparemos en el último capítulo de esta Tesis.

²⁰⁹ Las complicaciones a las que hacíamos referencia guardan relación con el hecho de que, rara vez la discriminación se verificará directamente en esta etapa, sino que, la mayoría de las veces, se ocultará bajo el manto de una de justa causa de despido (discriminación indirecta).

²¹⁰ No obstante la aislada incorporación precepto del artículo 292 C°T por esta ley.

CAPÍTULO V: “LEY 20.087 (MODIFICATORIA DEL LIBRO V DEL CÓDIGO DEL TRABAJO) Y EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: HACIA UNA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN LABORAL EN MATERIA DE DESPIDO”.

En el marco de la reforma global de nuestra justicia laboral, y dando cumplimiento a lo señalado por el Presidente de la República en su mensaje del 21 de mayo de 2003²¹¹, el Ejecutivo despachó, con fecha 22 de mayo de 2003, tres proyectos de ley: El primero, encargado de sustituir el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo²¹². El segundo, de crear nuevos juzgados laborales y de cobranza, laboral y provisional. Y el tercero, de modificar la Ley 17.322, el Código del Trabajo y el Decreto

Ley 3.500, en orden a establecer un procedimiento ejecutivo de cobranzas provisionales más ágil y eficiente.

Hoy, estos proyectos han dado origen, respectivamente, a las leyes 20.087, 20.022 y 20.023 las cuales no obstante encontrarse promulgadas y publicadas ²¹³, se encuentran en periodo de vacancia legal hasta el 1º de marzo de 2007.

Nos referiremos en el presente capítulo a la primera de las leyes mencionadas ²¹⁴. Y respecto de ella, analizaremos el denominado “Procedimiento de Tutela Laboral”, contenido en el que será el nuevo Párrafo Sexto del Capítulo II, del Título I, del Libro V del Código del Trabajo (artículos 485 y siguientes), encargado de la tutela de los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral. Y, tal como enunciábamos al cerrar el capítulo anterior, centraremos su estudio en la tutela jurisdiccional respecto del despido discriminatorio.

1. El Procedimiento de “Tutela Laboral” ²¹⁵

Este pilar de la Ley apunta –en sus 11 disposiciones- a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, del derecho de ciudadanía al interior de la empresa de los

²¹¹ En aquella ocasión, el Presidente de la República señaló al país expresamente que: *“Reformar la justicia del trabajo forma parte también de la agenda pro crecimiento. Vamos a modernizar los Tribunales laborales para tener más seguridad legal frente a las malas prácticas patronales y antisindicales. Una justicia oral, más rápida, ágil y gratuita. Se multiplicarán por tres los Tribunales Laborales en Chile y crearemos juzgados especiales de cobranza provisional. Hoy día el 80 por ciento de las causas laborales tiene que ver con cobranzas provisionales. Al establecer la cobranza provisional en juzgados especiales, estamos dejando espacio para las verdaderas causas del trabajo y estamos permitiendo entonces un acceso a la justicia real”*. (Cita en VÁSQUEZ N., MARÍA GLORIA. “Proyecto de Ley para la Reforma del Procedimiento Laboral”. Material preparado para la Clínica Especializada de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, del curso de la profesora TITA ARÁNGUIZ ZÚÑIGA. Primer semestre de 2004. P. 1).

²¹² La iniciativa de ley apunta a los objetivos de brindar un mejor acceso a la justicia, **posibilitar la efectividad del derecho sustantivo**, asegurar el efectivo y oportuno cobro de los créditos laborales, la agilización de los juicios del trabajo, la modernización del sistema procesal laboral, la configuración del proceso laboral como un instrumento de pacificación social, la potenciación del carácter diferenciado del procedimiento laboral y el **diseño de un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales**; instaurando un nuevo proceso laboral ordenado bajo los principios formativos de oralidad, inmediatez, concentración, celeridad y gratuidad.

²¹³ Las leyes 20.022 y 20.023 fueron promulgadas y publicadas en mayo de 2005; mientras que la ley 20.087 fue promulgada por S.E el 15 de Diciembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de enero de 2006.

²¹⁴ Cabe mencionar que, respecto de ella, la idea de legislar de la iniciativa fue aprobada por la unanimidad de los integrantes de la comisión de trabajo de la Cámara Alta, senadores Carlos Bombal (presidente), Augusto Parra, José Ruiz de Giorgio, Mario Ríos y Julio Canessa. (Fuente: **INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL**, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. **BOLETÍN Nº 3.367-13**. De 18 de Julio de 2005. Disponible en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>).

trabajadores; posicionando, al fin, sobre la base del reconocimiento de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos, a los derechos fundamentales como ejes vertebradores de las relaciones laborales plenamente democráticas.

Analicemos los aspectos más importantes que nos presenta este Procedimiento:

1.1 Bases del Procedimiento.

El artículo 485, en sus tres primeros incisos, nos indica sus bases al disponer que:

“El procedimiento contenido en este párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de la normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º inciso primero, 4º inciso primero, 5º en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º inciso primero, 12º inciso primero y 16º en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refiere el inciso anterior resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”.

Por lo tanto, podemos ver que estamos en presencia de un procedimiento prácticamente omnicompreensivo de tutela. Es decir, relativo a la protección de todos aquellos derechos inespecíficos contemplados –ejemplarmente- por nuestra normativa. Esto es así, al menos, respecto de las vulneraciones acaecidas en las fases contractual y de terminación del contrato de trabajo; ya que hemos podido ver que la nueva disposición, en su inciso segundo, excluye expresamente del ámbito de aplicación del nuevo procedimiento a las prácticas discriminatorias acaecidas en la fase pre-contractual.

²¹⁷
216

En referencia particular a la protección del derecho fundamental a la igualdad de

215

Cabe consignar que la denominación del Párrafo referido es –a mi juicio- desafortunada, por cuanto es claro que la “tutela laboral” corresponde al deber genérico de la totalidad de las normas del ramo. Es decir, tanto de aquellas referidas a los derechos específicos laborales como de aquellas relacionadas con los derechos inespecíficos; y no sólo de estos últimos, como propone dicha redacción. Al respecto, además, debemos decir que la denominación que en este aspecto hacía el proyecto original (contenida en el Mensaje N° 4-350, de 22 de septiembre de 2003) era mucho más apropiada: Al Párrafo Sexto se le titulaba “Del Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales”.

trato al momento del despido, la nueva normativa hace desembocar el conocimiento de todas las hipótesis de discriminación, asimismo, en este procedimiento. Prueba de ello es que los numerales 7 y 8 del artículo único de la Ley, modifican la redacción de los artículos 292 y 294, de modo de hacer extensivo el amparo jurisdiccional respecto de las prácticas antisindicales, también por esta vía²¹⁸ (recordemos que, en la normativa actual, el despido antisindical es el único sistematizado en forma directa –en cuanto causa *próxima* de ilicitud- a propósito de la declaración de nulidad del despido).

1.2 Impulso Procesal y Plazo.

En virtud de lo que dispone el inciso final del nuevo artículo 486, el impulso procesal del o los afectados por la vulneración de los derechos enunciados, se materializa a través de la denuncia de los hechos ante el Juez del Trabajo²¹⁹, la cual debe interponerse dentro del plazo de sesenta días desde el acaecimiento del acto lesivo (plazo sujeto a suspensión por interposición de reclamo administrativo, en la misma forma que dispone el artículo 168 del Código del Trabajo):

“La denuncia a que se refieren los incisos anteriores deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Este plazo se suspenderá en la forma a que se refiere el artículo 168”

²¹⁶ Hemos de estimar, ante esto, que –a contar del 1º de marzo de 2007- las hipótesis de vulneración excluidas han de continuar resguardándose bajo el amparo procesal de las sedes Constitucional y Civil, según hemos estudiado.

²¹⁷ Al analizar la historia del nuevo cuerpo legal, ha de resultarnos –al menos- llamativa dicha exclusión. Esto por cuanto durante toda la tramitación del proyecto fue del ánimo del legislador ampliar la competencia de los jueces del trabajo también respecto de aquellas materias (las relacionadas con las ofertas de empleo). Al respecto, cabe mencionar que el proyecto original –el cual reformaba completamente al artículo 420 CºT (hoy sólo se propone modificar su letra c)- le otorgaba, en la letra g), esta competencia a los jueces laborales en forma **expresa** (“Los Juzgados de Letras del Trabajo serán competentes para conocer de las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales y de seguridad social, y especialmente: **g) de las derivadas de los actos de discriminación con motivo de una oferta de empleo...**”). En el estado actual de tramitación del Proyecto, inferimos dicha competencia: a propósito del inciso segundo del artículo 502 ya citado. El cual hace extensivo el conocimiento del Procedimiento de Tutela respecto de los **actos discriminatorios señalados en el artículo 2** (el cual –como sabemos- hace referencia expresa a la discriminación en fase pre-contractual). Lo mismo ocurría hasta el Segundo Trámite Constitucional del Proyecto, el cual –en el hasta entonces artículo 502 inciso segundo- no hacía la distinción que analizamos respecto del texto final.

²¹⁸ **Artículo único N°7, inciso tercero Ley 20.087:** “*Reemplázase el artículo 292, por el siguiente: ... El conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se sustanciará conforme las normas establecidas en el Párrafo 6º, del Capítulo II, del Título I, del Libro V, del presente Código*”; **Artículo 1 N°8, inciso segundo Ley 20.087:** “*Reemplázase el artículo 294, por el siguiente: ... Si una o más de las prácticas antisindicales o desleales establecidas en este Libro o en el Título VIII, del Libro IV, han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral, éste no producirá efecto alguno y se aplicará lo dispuesto en el artículo 489, con excepción de sus incisos tercero y cuarto .*”.

²¹⁹ Se le llama así a esta acción especial, para diferenciarla –creemos- de la “demanda” ordinaria laboral contenida en el nuevo artículo 446. Esto resulta sin duda singular, toda vez que –como veremos- esta “denuncia” ha de substanciarse precisamente según las mismas reglas del procedimiento de aplicación general.

1.3 Legitimación Activa.

La legitimación activa en estos procesos corresponderá:

Al trabajador afectado, como parte principal.

A las organizaciones sindicales:

Como parte principal, por ser la entidad colectiva la afectada por el acto vulneratorio; o como tal, en representación del trabajador afiliado, afectado por éste.

Como tercero coadyuvante, en el caso de que el trabajador afectado sea parte de la organización.

c) A la Inspección del Trabajo. (Como eventual tercero coadyuvante en el Proceso, no obstante la facultad de denunciar que le otorga el inciso quinto del artículo 486).

“Artículo 486.- Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá impetrar su tutela por la vía de este procedimiento.

Cuando el trabajador afectado por una lesión de derechos fundamentales haya incoado una acción conforme a las normas de este Párrafo, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, directamente o por medio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante.

Sin perjuicio de lo anterior, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, podrá interponer denuncia, y actuará en tal caso como parte principal.

La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso”.

Lo anterior se establece a propósito de aquellos actos lesivos acaecidos durante la *fase contractual* de la relación de trabajo, ya que si éstos se producen con ocasión del despido, la legitimación activa corresponderá exclusivamente al trabajador afectado.

En efecto, el nuevo artículo 496, inciso primero del Código del Trabajo, indica que en estos casos *“La legitimación activa para recabar su tutela por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”.*

1.4 Substanciación del Procedimiento.

Al respecto, el nuevo artículo 491 nos indica que *“Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3º”.*

Por tanto, no obstante el tratarse éste de un procedimiento referido a materias sustancialmente distintas de las comúnmente amparadas por el derecho procesal del trabajo, vemos que su tramitación, lejos de adquirir un carácter sumario, no alcanza

matices distintos algunos respecto del procedimiento contenido en los nuevos artículos 446 a 462 del Código de Trabajo (artículos que, en términos generales, instauran el desarrollo del Proceso en dos audiencias -preparatoria y de juicio-, junto con una sentencia pronunciable al término de la segunda o en un plazo de 15 días desde su realización).²²⁰

1.5 Preferencia en la Tramitación.

No obstante lo señalado en el apartado anterior, el nuevo artículo 488 nos señala que estas causas gozarán de preferencia respecto de todas las demás que se tramiten ante el mismo tribunal. Lo mismo ocurrirá respecto del conocimiento de los recursos que se interpongan:

Artículo 488.- La tramitación de estos procesos gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal.

Con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan.

1.6 Rol Fiscalizador de la Autoridad Administrativa.

En esta materia, según prescriben los incisos cuarto y quinto del artículo 486, la Inspección del Trabajo podrá actuar, dentro de la esfera de sus atribuciones, con anterioridad a un eventual proceso por vulneración de derechos fundamentales, o con posterioridad a su inicio. En el primer caso, se le faculta para formular denuncia en el evento de que un agente fiscalizador tome conocimiento de un acto lesivo; mientras que en el segundo, se le ordena emitir un informe de fiscalización respecto de los hechos denunciados, siempre y cuando el Tribunal así lo requiera (cabe consignar que esto resulta obligatorio en el caso de la denuncia producida con ocasión del despido, conforme establece el inciso sexto del artículo 489):

“La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso.

Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de

²²⁰ Este carácter *general* de la substanciación encontrado en el texto final de la Ley, no guarda relación alguna con el designado para este procedimiento durante la etapa de tramitación de la reforma. En efecto, a éste se le asignaba en principio un carácter **sumarísimo**: Una vez admitida la denuncia a tramitación, el juez debía citar al denunciante, al denunciado y a los presuntos afectados a una **audiencia única** en plazos breves. Así lo indicaba el que estaba destinado a transformarse, en ese entonces, en el nuevo artículo 508 del Código del Trabajo (el que, dicho sea de paso, se mantuvo intacto -en los términos que expresaremos- hasta el segundo trámite constitucional de la ley). Este precepto tentativo señalaba lo siguiente: “Admitida la denuncia a tramitación, el juez citará al denunciante, al denunciado y a los presuntamente afectados, a una audiencia única a fin de que expongan lo que estimen conveniente acerca de los hechos sobre los cuales versa la denuncia, ordenándoles que acompañen todos los antecedentes que crean necesarios para resolver, fijando para tal efecto, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la resolución, el día y la hora para su celebración, debiendo mediar entre la notificación de la denuncia y citación y la celebración de la audiencia, a lo menos, cinco días”.

derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este Párrafo. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable”.

1.7 Onus Probandi.

En este aspecto, el artículo 493 nos presenta una norma extremadamente novedosa, toda vez que permite, en este tipo de procedimientos, una alteración de la carga de la prueba en favor del denunciante. Esto cuando en sus alegaciones se desprenda que hay “indicios” en orden a que se ha producido vulneración de los derechos fundamentales. En este caso, corresponderá al denunciado el justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad:

“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”.

Cabe mencionar, a este respecto, que lo que se exige aquí al empleador no es la prueba de un hecho negativo (lo que procesalmente es un imposible), sino que la prueba de que su conducta empresarial obedeció a una motivación legítima (en otras palabras, le corresponderá que la vulneración fue legítima, por cuanto se fundó en la capacidad e idoneidad personal del denunciante).

Volveremos sobre este aspecto al referirnos al procedimiento estudiado en cuanto tutela del despido discriminatorio.

1.8 Efectos de la Declaración de Ilegitimidad de la Medida Empresarial.

El artículo 495, a propósito de los elementos que debe contener la parte resolutive de la sentencia, señala –como medida general- que si el juez declarare la existencia de lesión de los derechos fundamentales denunciada, *debe velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada* (siendo, por lo tanto, la nulidad *el efecto típico para este tipo de actos ilícitos*²²¹). Además, se le ordena a éste que debe abstenerse de *autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva*.

Además, dicha disposición señala, en particular, que si dicha declaración afirmativa se produce, el juez de la causa debe:

Ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo apercibimiento de multa de de cien a ciento cincuenta unidades

²²¹ VÁSQUEZ N., MARÍA GLORIA. Op. Cit. P. 22

tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. (Cabe mencionar que esta sanción pecuniaria emana del nuevo artículo 492 del Código), el cual la instituye para el evento de que el juez haya ordenado en su primera resolución, contando con los antecedentes necesarios, la suspensión de los efectos del acto impugnado).²²²

Indicar, en forma concreta, las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo la multa señalada en el párrafo anterior (100 a 150 UTM), *incluidas las indemnizaciones que procedan*.

Aplicar las multas -adicionales, eventualmente- *a que hubiere lugar, de conformidad a las normas del Código del Trabajo*. (La referencia es para la multa administrativa contenida en el ex artículo 477 del Código –actual 506-).

Respecto del punto dos, vemos que la nueva normativa entrega al juez la facultad discrecional de imponer al infractor el pago de “las indemnizaciones que procedan”. Acerca de esto, hay que señalar que dicha discrecionalidad ha de radicar exclusivamente respecto de las vulneraciones acaecidas en la fase contractual de la relación laboral²²³, por cuanto a propósito del despido discriminatorio –como veremos- el Proyecto señala un marco indemnizatorio mucho más estricto.

1.9 Compatibilidad con otras Acciones Judiciales.

A diferencia de lo que ocurría en el proyecto original, el inciso cuarto del artículo 485 señala la preclusión del derecho de impetrar la denuncia de conformidad al Párrafo Sexto, por la interposición de la Acción de Protección, en Sede Constitucional^{224 225}:

“Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

²²² **Artículo 492.-** El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cien a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

²²³ Al respecto, debemos inferir que estas indemnizaciones de carácter eventual, han de estar sujetas a la eventualidad de existencia de un **daño patrimonial** sobre él o los afectados, declarable por el juez de la causa de conformidad a los antecedentes probatorios adjuntados por el denunciante. Quedando abierta además -no obstante su falta de consagración expresa, según veremos- la posibilidad de resarcimiento del daño moral.

²²⁴ En efecto, el artículo 507 inciso final del Proyecto de Ley original señalaba que “La interposición de una denuncia de conformidad a las normas de este párrafo **es sin perjuicio de la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República**”.

Respecto de la compatibilidad de la denuncia con otros medios procesales incoables en la propia Sede Laboral, o incluso en otra Sede (como podría ser la Civil), y la opción de acumulación de unos y otros, en caso de compartir fundamentos o pretensión; el artículo 487, descarta absolutamente esta posibilidad, en razón del carácter sumario²²⁶ y especial del procedimiento:

Artículo 487.- Este procedimiento queda limitado a la tutela de derechos fundamentales a que se refiere el artículo 485.

No cabe, en consecuencia, su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos.

En el caso de la denuncia con ocasión del despido, se nos indica en el artículo 489, en relación con el inciso segundo del artículo 448, que –no obstante su imposibilidad de acumulación- la interposición de la misma deja completamente a salvo las acciones sustanciables conforme a procedimientos distintos (como serían eventuales acciones por despido injustificado, indebido o improcedente; o de nulidad del despido por deuda provisional). No corriendo el plazo para ejercer éstas sino una vez ejecutoriada el fallo de aquella.²²⁷

1.10 Resarcimiento del Daño Moral.

Hay que decir, preliminarmente, que esta materia estaba expresamente contemplada en el proyecto original de reforma al Libro V. En efecto, su artículo 1º N°1, reformaba al artículo 420 del Código del Trabajo -relativo a la competencia de los jueces laborales- en su totalidad. En particular, la letra f) de aquella disposición señalaba lo siguiente:

“Sustitúyese el artículo 420, por el siguiente:

Artículo 420.- Los Juzgados de Letras del Trabajo serán competentes para conocer de las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales y de seguridad social y, especialmente:

f) De los juicios en que se pretenda hacer efectiva cualquier otra responsabilidad del empleador, incluso la reparación del daño moral, que emane de actos previos a la contratación, de aquellos producidos durante la vigencia del contrato, de los que se produzcan con motivo de su extinción o con posterioridad a ésta”.

Sin embargo, dicha competencia se suprimió en el primer trámite constitucional del

²²⁵ La enmienda normativa ha sido –a mi juicio- adecuada. Por cuanto, al establecer la ley un procedimiento especial de tutela, que otorga expresamente al juez laboral la posibilidad de conceder –incluso- medidas indemnizatorias en caso de vulneración de derechos; se hace completamente innecesaria –en aras de los principios de especialidad y economía procesal- la coexistencia de ambas acciones.

²²⁶ En oposición al procedimiento ordinario, contenido en los artículos 444 y siguientes del proyecto.

²²⁷ **Artículo 448, inciso segundo:** “En el caso de aquellas acciones que corresponda tramitar de acuerdo a procedimientos distintos, se deberán deducir de conformidad a las normas respectivas, y si una dependiere de la otra, no correrá el plazo para ejercer aquella hasta ejecutoriada que sea el fallo de ésta”.

proyecto. Explicando el Ejecutivo, por intermedio del Ministro del Trabajo y Previsión Social Sr. Yerko Ljubetic –con ocasión de la presentación general del proyecto desarrollada por éste ante la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado-, que dicha motivación obedecía a la priorización de otros objetivos dentro del procedimiento, en consideración, además, a su estimación respecto de que *se está desarrollando una evolución de la jurisprudencia favorable en la materia, que pudiera concluir con soluciones preferibles a las que se hubiera podido alcanzar en un proyecto de ley.*²²⁸

Por lo tanto, no obstante la falta de consagración expresa de este tema en el actual texto de la ley²²⁹, y amén de lo expresado por el mismo Secretario de Estado en su oportunidad, considero que sí será procedente la demanda del daño moral -en sede laboral- respecto de la vulneración de derechos fundamentales, una vez entrada en vigencia la reforma (respecto de las fases de ejecución y terminación del contrato de trabajo). Por cuanto –más allá de aquella procedencia jurídica que analizamos, respecto de esta pretensión, en el Capítulo III²³⁰ - ya hemos visto que el proyecto faculta al juez para incluir, dentro de las medidas destinadas a la reparación del acto lesivo, *las indemnizaciones que procedan*, sin hacer distinción alguna respecto del contenido de las mismas.

2. El Procedimiento de Tutela Laboral en relación con el Despido Discriminatorio.

Para finalizar este estudio, analizaremos las directrices que la nueva ley propone respecto de la vulneración de derechos fundamentales producida con ocasión de la terminación de la relación laboral (despido discriminatorio, o vulneratorio de otros derechos²³¹). Hipótesis carente de un tratamiento sistemático en el marco de la actual normativa, tal como tuvimos la oportunidad de analizar en el capítulo anterior.

El procedimiento de tutela con ocasión del despido cuenta, aquí, con una regulación especial, contenida en el artículo 489 del Proyecto. El cual dispone que:

²²⁸ (Fuente: **INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL**, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. **BOLETÍN Nº 3.367-13**. De 18 de Julio de 2005. Disponible en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>).

²²⁹ Lo que también fue lamentado por parte de la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara Alta, durante el desarrollo del Segundo Trámite Constitucional. En efecto, en dicha ocasión, el Honorable Senador Augusto Parra “lamentó que se haya suprimido la competencia para conocer las indemnizaciones por daño moral, destacando la importancia del tema, que es de aquellas modificaciones legislativas que, en su opinión, pueden generar cambios culturales. Reiteró que el daño moral, ocasionado por relaciones laborales, es un tema que no puede seguir siendo extraño a la jurisdicción del trabajo” (*Ibid.*).

²³⁰ Recordemos que, según estudiamos, el daño moral es perfectamente impetrable en sede laboral, al menos respecto de la etapa de terminación del contrato de trabajo.

“Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo corresponderá exclusivamente al trabajador afectado.

La denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contado desde la separación, el que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168.

En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido el inciso cuarto del artículo 2 de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior.

En caso de optar por la indemnización a que se refiere el inciso anterior, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa.

El juez de la causa, en estos procesos, deberá requerir el informe de fiscalización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 486.

Con todo, y sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente respecto del plazo para solicitar la calificación del despido como injustificado, indebido o improcedente a que se refiere el artículo 168, se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 448 y sólo comenzará a correr luego de quedar ejecutoriada la sentencia que desestime la denuncia por vulneración de derechos fundamentales”.

Pues bien, de la lectura de la disposición transcrita podemos colegir siete aspectos relativos al procedimiento aplicable en esta etapa (todos ellos, en armonía con los estudiados en los párrafos anteriores a propósito de la visión general del procedimiento):

2.1 Legitimación Activa.

Como tuvimos oportunidad de adelantar, la legitimación activa para impetrar la denuncia con ocasión del despido discriminatorio corresponde, en forma exclusiva, al trabajador afectado.

Se descarta aquí, por tanto, la posibilidad de que terceros puedan accionar en representación del trabajador despedido (el sindicato al que perteneciere éste, o la Inspección del Trabajo).

²³¹ Este procedimiento engloba tanto a aquellos despidos discriminatorios (vulneratorios del derecho fundamental a la igualdad de trato, sobre los cuales hemos enfocado el presente estudio) como aquellos vejatorios de otros derechos fundamentales (vgr. Del derecho a la intimidad, como sería el despido de un trabajador que se niegue a que se le realice un test de drogas que no se ajuste, en su método de aplicación, a lo que dispone el inciso final del artículo 154 C°T).

2.2 Objeto de la Denuncia.

En este punto hacemos referencia a la relación existente entre el nuevo artículo 489 –ya transcrito- y 495 N°4 del Código del Trabajo (mencionado este último en el apartado 1.8 del presente capítulo).²³²

De la lectura conjunta y armónica de ambas disposiciones, hemos de colegir que habiéndose producido un evento de discriminación con ocasión de la terminación de la relación laboral, la denuncia en estos casos, ha de perseguir la delaración de nulidad del despido. Esto en razón de los siguientes argumentos:

Si bien es cierto que, en la sintaxis del artículo 489, se omite señalar que la vulneración acaecida con ocasión del despido “no producirá efecto alguno” (como sí ocurría, según nos indica la historia de la ley, hasta el segundo trámite constitucional de la reforma)²³³, no lo es menos el que -a pesar de ello- la misma disposición faculta al juez para otorgar al trabajador, en caso de acoger la denuncia, un derecho optativo; el cual comprende, como veremos, la reincorporación de éste a sus labores (natural efecto *ex tunc* -ya estudiado- de dicha declaración en materia de despido).

La redacción del artículo 495 N°4. La que refrenda absolutamente lo anterior: En efecto, al señalar el legislador los requisitos de la parte resolutive de la sentencia, nos indica que es labor de la judicatura el velar por el que, en cada una de las hipótesis de vulneración de derechos fundamentales (donde encontramos, por supuesto, al despido discriminatorio), la situación se *retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada*. Por lo tanto, hemos de verificar en todos estos casos el esencial efecto retroactivo de la nulidad (materializado en materia de despido, como hemos señalado, en la reincorporación del trabajador a sus funciones).

Antes de analizar en detalle los efectos de dicha declaración, es necesario mencionar que, de conformidad a los conceptos vertidos en el capítulo anterior de este trabajo, el nuevo artículo 489 del Código del Trabajo se constituye como *causa próxima* de ilicitud respecto de todas las hipótesis de despidos discriminatorios, dando lugar expreso a dicha sanción de ineficacia en todos aquellos casos (recordemos que el inciso segundo del artículo 485 hace extensiva la tutela del procedimiento hacia la totalidad de los actos discriminatorios acaecibles al momento de la terminación. Es decir, sobre todas las causas *remotas* de discriminación ejemplarmente contenidas en el inciso cuarto del artículo 2).

Esta calidad de la disposición *in comento* se explica por cuanto el Código del Trabajo

²³² Artículo 495 N°4 C°T: “... En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de los derechos fundamentales”.

²³³ En efecto, el hasta entonces artículo 506 inciso primero (actual 489) del Código del Trabajo, indicaba lo siguiente en su primera parte: “Si la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, éste no producirá efecto alguno ...”.

otorga aquí –como veremos en el próximo párrafo- contenido expreso y delimitado a esta acción de nulidad.

2.3 Efectos de la Declaración Judicial de Nulidad del Despido.

El inciso tercero del artículo 489 delimita expresamente el contenido patrimonial de la pretensión del denunciante en estos casos.

Como cuestión previa a dicho análisis, debemos señalar que –ante los términos en que quedó finalmente redactado el precepto- la “nulidad del despido” sólo habrá de verificarse cuando la infracción denunciada (la deviniente de la vulneración del inciso cuarto del artículo 2) sea calificada por el juez como GRAVE, mediante resolución fundada.

Esto nos merece los siguientes cuatro comentarios:

Parece inapropiada dicha redacción, en primer lugar, por cuanto hace aparecer a la nulidad del despido (entendida esta como la que produce, luego de su declaración judicial, el efecto *ex tunc* reiteradamente señalado) como una situación excepcional –la emanada solamente de la calificación de “gravedad” del acto discriminatorio-.

En relación con lo anterior, hemos de preguntarnos lo siguiente: ¿Existen acaso discriminaciones ilegítimas “dignas”, no constitutivas de gravedad? Claramente -a nuestro entender- no.

Junto con ello, ¿es necesaria, acaso, una resolución “fundada” en torno a esta evidente gravedad? (pareciera ello inducir erróneamente a la paradójica *demonstración de un axioma*).

En suma, nos parece claro que –toda vez que el trabajador afectado siempre instará su pretensión sobre la declaración de “gravedad” de la medida adoptada al momento de su separación- siempre habrá de solicitarse, en estos procesos, la declaración judicial de nulidad contra la medida (constituyendo dicha calificación la verdadera regla general en materia de despidos discriminatorios).

Así, si se declare la nulidad del despido, operará el natural efecto *ex tunc* (ya estudiado) de dicha declaración en materia de despido: La reincorporación del trabajador vejado a sus labores. Esto, junto con el abono de las prestaciones originadas en el contrato de trabajo, devengadas entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación (esto último no se indica expresamente en la ley –lamentablemente fue excluido en su fase final de tramitación-²³⁴, pero hemos de inferirlo necesariamente, en conformidad a la lógica empleada en el apartado 3 del Capítulo IV de esta Tesis)²³⁵

Junto a ello, la Ley incorpora una sanción alternativa para estos casos, en el evento

²³⁴ En efecto, hasta el segundo trámite constitucional de la ley, la disposición –el hasta entonces artículo 506- indicaba lo siguiente en su inciso tercero: “El trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal, **en cuyo caso el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el período comprendido entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación ...”.**

de que el trabajador decida que lo mejor es hacer efectiva la terminación de su contrato de trabajo, otorgando al trabajador la posibilidad expresa de optar entre ésta y la ya señalada al momento de deducir la acción. Ella consiste en el pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios recargada (en razón de la causal formalmente invocada por su empleador al momento del despido ²³⁶, tal como dispone el artículo 168), más una indemnización adicional, a fijar por el juez de la causa, de un monto no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Esta sanción alternativa parece bastante adecuada, por cuanto, al priorizar los antecedentes fácticos verificados al momento del despido (de absoluta relevancia para el trabajador al momento de dirigir su pretensión ²³⁷), y más allá de escapar de las consecuencias jurídicas puras de la declaración de nulidad del despido, se ajusta ésta claramente a la *primacía de la realidad* que debe inspirar, en cuanto principio, al conjunto del ordenamiento jurídico laboral.

Ahora bien, en caso de que el juez de la causa no califique la vulneración como grave (lo que, como analizamos, sería conceptualmente impropio) sólo le cabría al trabajador acogerse al régimen indemnizatorio instaurado por el artículo 489 inciso tercero, recién estudiado. No pudiéndose hablar aquí, con propiedad, de una verdadera declaración judicial de “nulidad” del despido.

Finalmente, acerca del eventual contenido extramatrimonial de la acción (resarcimiento del daño moral), hemos visto que el proyecto nada dice. No obstante ello, en aplicación de los principios jurídicos esbozados en el capítulo 3.3.3 de este trabajo (tal cual lo hicimos al cerrar el capítulo anterior), podemos sostener perfectamente, asimismo, su viabilidad. La Jurisprudencia Judicial -de todos modos- tendrá la última palabra en este sentido, una vez entrada en vigencia la reforma.

2.4 Plazo de Interposición de la Denuncia.

Podemos ver que el plazo para interponer la denuncia en caso de despido es el mismo que el inciso final del artículo 486 dispone respecto de las demás hipótesis de vulneración. Es decir, sesenta días (aquí contados desde la separación) sujetos a suspensión por reclamo administrativo, en los mismos términos que dispone el inciso final del artículo 168. ²³⁸

²³⁵ Referencia a b.i del apartado 3 del Capítulo IV, referente a la configuración de la acción de nulidad: “Contenido Patrimonial de la Acción”.

²³⁶ Recordemos que vimos que la discriminación en esta etapa –generalmente- se manifiesta de manera *indirecta* (discriminación indirecta).

²³⁷ Resulta lógico que, eventualmente, un trabajador decida no prestar más servicios para un empleador que ha menoscabado su dignidad al discriminarlo en el momento de su despido.

2.5 Rol Fiscalizador de la Inspección del Trabajo.

Como ya hemos adelantado, el inciso sexto del artículo 489 ordena al juez requerir en este proceso, el informe de fiscalización de la Inspección del Trabajo a que se refiere el artículo 486.

Respecto de esta norma, no obstante la enorme importancia de la presunción legal que se configura a partir de la declaración del órgano administrativo, es necesario señalar que no parece útil ni viable respecto del proceso que denuncie un acto de discriminación en esta etapa. Ello por cuanto mal podría el ente fiscalizador constatar oportuna y verazmente una situación de despido discriminatorio, ya que –como es lógico- éstas han de verificarse en forma absolutamente particular, siendo desconocidas, además, en la mayoría de los casos por parte del resto del personal de la empresa.

Por lo tanto, la norma del inciso sexto importa –a mi juicio- una extensión errónea de una facultad pensada correctamente, sólo respecto de las vulneraciones acaecidas en fase pre-contractual y de ejecución. Cabiendo por ello, a mi juicio, su necesaria eliminación en una próxima reforma legal.

2.6 Compatibilidad de la Denuncia con las Acciones Ordinarias de Despido.

En este aspecto, nos remitiremos en su totalidad a lo referido en el la última parte del párrafo 1.9 del presente capítulo.

2.7 La Prueba del Despido Discriminatorio.

Hemos visto que el artículo 493 contempla una innovación respecto de la prueba a rendir por parte del denunciante, permitiéndose alterar el *onus probandi*, cuando de las propias alegaciones se desprenda que hay “indicios” en orden a que se ha producido vulneración de los derechos fundamentales, estando el denunciado obligado a justificar suficientemente, las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

Pues bien -no obstante esta crítica es también aplicable respecto del resto de las vulneraciones, en esta u otras etapas de desarrollo contractual-, específicamente en materia de despidos discriminatorios, encontramos que si bien esta norma representa un importante avance en materia probatoria, su beneficio procesal hacia el afectado es tan sólo parcial.

Esto se explica toda vez que lo que el proyecto propone no es una inversión de la carga de la prueba, sino que una mera “matización” de la misma²³⁹. Por lo tanto, el *onus*

²³⁸ Este plazo se establece en razón del carácter especial del procedimiento. Recordemos que en el capítulo anterior debíamos inferir, como plazo de interposición de la acción de nulidad del despido, aquél contemplado por el inciso segundo del artículo 480: Es decir, seis meses contados desde la terminación. Ello por cuanto, al no existir norma especial relativa a estos casos, debemos acudir –en el actual panorama- a las normas generales respecto del procedimiento ordinario laboral.

probandi no se traslada al empleador a favor del denunciante, sino que simplemente se “facilita” respecto de este último ²⁴⁰.

En otras palabras –y en relación con lo que hemos estudiado en los capítulos anteriores- el proyecto de ley no materializa respecto del despido discriminatorio, aquella tesis que hemos denominado *objetiva* acerca de la configuración del acto discriminatorio. Por cuanto éste, al no establecer legalmente ningún tipo de presunción, le continúa –con todo- imponiendo al denunciante la necesidad de demostrar en juicio la *intencionalidad ilegítima* (elemento subjetivo) de su empleador.

Es de esperar –también aquí- que en una posterior reforma legal, el panorama descrito sea objeto de reforma.

3. Reflexiones Finales.

Se ha considerado al Procedimiento de Tutela Laboral como uno de los pilares más importantes de la reforma global a nuestra justicia laboral. Sin embargo, hemos tenido la oportunidad de verificar ciertas imperfecciones del mismo que, esperamos, no sean soslayadas a futuro –nuevamente- por nuestros legisladores. Por ello es de esperar que, durante futuros debates legislativos, éste logre perfeccionarse convenientemente (y de conformidad –esperamos- a aquellas precisiones que se han hecho notar convenientemente durante el transcurso del presente capítulo).

Es entrañable dentro de todo sentido de justicia, por tanto, la esperanza de que -en relación con el amparo real de sus derechos de ciudadanía en la empresa- el Estado de una vez por todas y de manera cabal, en lo sucesivo, dé lugar a esta demanda histórica de los trabajadores de nuestro país. Ya decía BOBBIO ²⁴¹ que en la actualidad “*El problema de fondo de los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos*”.

²³⁹ Esta fue la expresión utilizada por el mismo Ejecutivo, con motivo del Mensaje Presidencial que presentó el proyecto original de reforma (22 de Septiembre de 2003). En aquella ocasión –a propósito de la presentación del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales- se expresó lo siguiente a la Honorable Cámara de Diputados: “También se introduce una norma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, absolutamente imprescindible a la hora de brindar protección en este tipo de figuras, en relación con el *onus probandi*, que consiste en facilitar o alivianar la prueba del denunciante, cuando de sus alegaciones se desprendan indicios en orden a que se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales. En este caso, suerte la obligación para el denunciado de justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad. **Se produce entonces, una matización de la regla general sobre carga de la prueba**, ya que al trabajador le basta con que de sus alegaciones se desprendan “indicios”, es decir, señales o evidencias que den cuenta de un hecho oculto (violación de un derecho fundamental)...”.

²⁴⁰ *Idem*.

²⁴¹ Bobbio, Norberto. “El Tiempo de los Derechos”. Madrid. Editorial Sistema, 1991. P. 22

CONCLUSIONES

Intentaremos aquí, sin perjuicio de las conclusiones particulares esbozadas en cada capítulo (y de aquellos nuevos aspectos que pudiéramos aquí vislumbrar), formular -en los párrafos siguientes- una suma general respecto de las materias más importantes que se han presentado en esta memoria.

1) El proceso de plasmación positiva del derecho a la no discriminación en materia laboral, encuentra sus raíces en la consagración –hacia mediados del siglo XX- de las doctrinas de la *Drittwirkung Der Grundrechte* y la Ciudadanía al interior de la Empresa. En aquella materialización (cuyo punto de inicio se verifica con el nacimiento del Convenio 111 de la OIT), encontramos cómo el derecho fundamental a la igualdad de trato –manifestado en el principio de *isonomía laboral*- ha de empapar, en su configuración, a cada uno de los ordenamientos jurídicos laborales de los países pertenecientes al mundo moderno.

2) La vulneración del mencionado derecho da origen al que hemos denominado acto discriminatorio laboral, el cual definimos –en cuanto contenido discriminatorio- como *Toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.*

3) No toda discriminación es jurídicamente reprochable. Por ello, distinguimos entre discriminación legítima y discriminación ilegítima (o arbitraria).

4) En relación con lo expuesto por la Organización Internacional del Trabajo, concluimos la existencia de tres motivos genéricos de discriminación “legítima” (dirigidos, en forma propositiva, hacia las legislaciones de los Estados Miembros del Organismo): La *Capacidad e Idoneidad Personal*; las *Medidas especiales de Protección y de Asistencia*; Y las *Medidas de Acción Positiva* en el acceso al empleo. Al respecto, nuestro sistema normativo contempla sólo dos de ellos: La capacidad e idoneidad personal (artículos 19 N°16 inciso tercero CPR, y 2, inciso quinto C°T) y las Medidas especiales de Protección y Asistencia (vgr. Capítulo II del Libro Primero C°T, en cuanto medidas especiales de protección; Y ley 19.284, en cuanto medidas especiales de asistencia).²⁴² Es, por tanto, una tarea aún pendiente para nuestro ordenamiento jurídico laboral la instauración de Medidas de Acción Positiva en el acceso a la ocupación, en relación con los colectivos inferrepresentados de la sociedad civil.

5) Acerca de la configuración del acto discriminatorio laboral, distinguimos dos criterios: Uno según el cual prima, en su determinación, la voluntad subjetiva del agente discriminador (a éste le denominamos tesis configuradora *subjetiva*); y otro según el cual prima, en ello, el resultado discriminatorio (al que denominamos tesis configuradora *objetiva*). Respecto de ambos, hicimos notar como la OIT, la doctrina, e incluso nuestra jurisprudencia administrativa, propendían al establecimiento de esta última como calificadora del carácter ilegítimo de estas conductas. No obstante ello, hicimos notar que aquella tesis, mirada en forma estrictamente teórica, sólo encontraba asidero jurídico en la medida de que la ley consagrara, en su virtud, una presunción (legal) de discriminación en favor de los miembros de la sociedad sujetos a estas distinciones arbitrarias. Vimos también, en torno a lo señalado, que nuestra ley laboral no se manifiesta respecto de aquella presunción, por lo que –en la práctica- sigue operando la tesis subjetiva. (Explicamos, asimismo, como el actual panorama estaría sujeto a cierta mitigación con el advenimiento próximo de la reforma al procedimiento laboral; aunque aún –como señalamos- de manera insuficiente).

6) Estudiamos, además, como la Ley 19.759 contribuyó -más bien de manera simbólica- a la definitiva consagración sustantiva de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa. No acompañando ella a dichas declaraciones –lamentablemente- medios de tutela jurisdiccional adecuados para hacer efectivos dichos derechos en el plano de la realidad. Lo anterior, no obstante el importante impulso a nivel de jurisprudencia administrativa que importó dicha ley desde su dictación. Por ello, en relación con esto último, hemos de colegir que dicha ley significó un gran impulso hacia la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo (y para la recaudación estatal, en definitiva); más no hacia eficacia sustantiva de los derechos propuestos en su virtud).

7) En materia de medios procesales de tutela de los derechos fundamentales, sostuvimos que, no obstante la carencia expresa de estos con el nacimiento de la ley

²⁴² En efecto, el artículo 18 de la ley N° 19.284, sobre **integración de los discapacitados**, establece que si la persona discapacitada tuviera que rendir alguna prueba para postular a un cargo, tienen que facilitarles las adaptaciones necesarias para que pueda postular en igualdad de condiciones que el resto de los postulantes. La misma ley establece que cuando el discapacitado sea contratado como aprendiz la edad se amplía a 24 años (el artículo 79 del Código del Trabajo permite el contrato de aprendizaje a menores de 21 años).

19.759, son igualmente –aún en el marco normativo actual- aplicables (al menos en forma tangencial) ciertas vías adjetivas pertenecientes a las sedes administrativa, constitucional, civil y laboral (las que, a excepción de la propuesta acción de nulidad del despido por acto discriminatorio, son las mismas que comúnmente se podrían haber incoado con anterioridad a la entrada en vigencia de aquella ley).

8) En relación con las vulneraciones de derechos fundamentales acaecibles en la fase de *terminación del contrato de trabajo* –y sobre la base ideal propuesta por la tesis objetiva- definimos al despido discriminatorio como la “*Terminación del contrato individual de trabajo de un operario perteneciente a un grupo segregado de la sociedad civil, como resultado de la voluntad unilateral ilegítima por parte de su empleador. Entendiéndose por tal, aquella basada en motivos ajenas a la capacidad e idoneidad personal del trabajador cesado*”. A su respecto, analizamos cómo éste –en cuanto manifestación de un acto discriminatorio- adolece de un vicio que lo hace nulo absolutamente (el que se traduce –simultáneamente en aquél- en la configuración tanto de objeto como causa ilícita).

9) Acerca de la causa ilícita como causal de ineficacia del despido discriminatorio, analizamos que –en el actual panorama normativo- cada una de las hipótesis de discriminación contenidas en el catálogo del artículo 2 inciso cuarto C^oT, corresponden a las que definimos como causas remotas o primarias de ilicitud. Las que, de acompañarse o no por una delimitación sancionatoria expresa para el evento de su trasgresión (contenida en aquellas normas constitutivas de las que llamamos causas próximas o secundarias de ilicitud), han de dar lugar a la declaración judicial de nulidad del despido. Impetrable, dicha declaración, por medio de una acción ordinaria, deducible en sede laboral.

10) Con todo, no obstante la improbabilidad de que la justicia laboral diera lugar –hoy por hoy- a una pretensión cuyo objeto fuera atacar al despido discriminatorio (no obstante su demostrada procedencia jurídica), señalamos que se abre una nueva esperanza con la ya materializada Ley de Reforma al Libro V del Código del Trabajo, la cual incorpora entre sus párrafos (aunque con ciertas imperfecciones) un Procedimiento especial de Tutela de los Derechos Fundamentales en la Relación Laboral, el cual será completamente aplicable -por cierto- respecto del despido discriminatorio.

No obstante ello, he de subrayar –al cierre de esta exposición- que la necesidad de sostener la procedencia de la estudiada acción de nulidad del despido (Capítulo IV), durante el *íter* previo al advenimiento definitivo de la citada reforma, está lejos de obedecer a una simple cuestión de curiosidad intelectual, sino más bien responde –sin duda- a un verdadero imperativo de supervivencia.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ALESSANDRI BESA, Arturo. "La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno (Título XX del Libro IV del Código Civil). Santiago de Chile. Imprenta Universitaria. 1949
- 2.- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. **Título 35 del libro IV del código civil.**" **Santiago. 1983**
- 3.- ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- 4.- BASCUÑAN VALDÉS, Antonio. "Teoría General del Ordenamiento Jurídico **[apuntes de la cátedra de introducción al derecho]. Universidad de Chile. 1998**
- 5.- BILBAO UBILLOS, Juan María. "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Boletín oficial de Estado. Madrid. 1997.
- 6.- BOBBIO, Norberto. "El Tiempo de los Derechos". Madrid. Editorial Sistema, 1991.
- 7.- CASTAGNINO, Laura Cristina. "Despidos discriminatorios". Grupo de Estudio de Derecho Social. Argentina. Disponible en <http://www.derechosocial.com/doctrina/d-112.htm> .
- 8.- CASTRO, José Francisco. "Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares". Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile. Boletín Oficial. 2001. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/1601/article-65173.html> .
- 9.- CEA EGAÑA, José Luis. "Curso de Derecho Constitucional". Pontificia

Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 1999.

10.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponible en http://www.parlamento.pt/espanhol/const_leg/crp_esp/crp_97_1.html

11.- CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. “Historia de la Ley 19.759: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario”. Santiago. Chile. 2001.

12.- CHILE. INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. BOLETÍN N° 3.367-13. De 18 de Julio de 2005. Disponible en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>

13.- CHILE. Ley Orgánica Constitucional Dirección del Trabajo D.F.L N°2. “Dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo”. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-85607.html>

14.- CHILE. MENSAJE (N°-435) de S.E el Presidente de la República, con el que inicia proyecto de ley que sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Santiago, 22 de septiembre de 2003. Disponible en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>

15.- CHILE. Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol N° 1882-98. Santiago, primero de junio de 1999. En Revista Laboral Chilena, Edición Septiembre-Octubre 2000.

16.- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Boletín Oficial. Cuarta Edición. Febrero 2004.

17.- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. “Los Derechos Fundamentales en el Trabajo”. En “Temas Laborales”. Departamento de Estudios. Año 9, N°22. Noviembre 2004.

18.- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Web Oficial. <http://www.dt.gob.cl>

19.- DUCCI CLARO, Carlos. “Derecho Civil. Parte General”. Cuarta Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Junio 1995.

20.- DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en Serio”. Editorial Ariel. Barcelona, Cuarta Reimpresión. 1999.

21.- ESTUDIO JURÍDICO “Trámites más frecuentes en la Inspección del Trabajo”. Disponible en <http://www.estudio-juridico.cl/faqtrabajo.htm>

22.- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “El daño moral por término del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Excma. Corte Suprema. Revista Laboral Chilena, Noviembre 2001.

23.- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Santiago. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1998

24.- GARCÍA PERRONTE, Ignacio. “Las relaciones laborales hoy, tras veinticinco años de vigencia de la Constitución”. España. 2003. Disponible en <http://www.ideas-empresariales.com/84/notici14.htm>

25.- GARMENDIA ARIGÓN, Mario. “Reflexiones acerca del Principio de Igualdad aplicado a la materia salarial”. Revista de Derecho Laboral. Tomo XLII, N° 194, abril-junio 1999. Montevideo. Uruguay. Disponible en http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/igualsalario.doc

26.- GAZMURI R., Consuelo. En "Los Derechos Fundamentales en la Empresa; Algunas perspectivas de género". Disponible en http://portal.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-71195_recurso_1.pdf

27.- HENRÍQUEZ PAREDES, Alejandra; Y PARRA LOHSE, Eduardo. "Nulidad del Despido". Memoria. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2003

28.- INNIS, Mirna. "Leyes, programas y prácticas de igualdad de oportunidades en el empleo en EEUU". Ponencia efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Octubre de 2004.

29.- KROTOSCHIN, ERNESTO. "Instituciones de Derecho del Trabajo". Buenos Aires. Ediciones DePalma, 1968

30.- LIZAMA PORTAL, Luis. "La dirección del trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena". Memoria (magister en derecho, mención en seguridad social). Universidad de Chile, 1998.

31.- LUZ VEGA, María y MARTÍNEZ, Daniel. "Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su valor, su viabilidad, su incidencia y su importancia como elementos de progreso económico y de justicia social". Estudio realizado en función de la aplicación de la *Declaración de Ginebra (1998) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Julio 2002.

32.- MELIS VALENCIA, Christian. "Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica". Disponible en <http://www.dt.gob.cl/1601/article-65183.html>

33.- MARCHANT, Jaime. "La Discriminación y el Derecho a la Igualdad". Estudio realizado para la Revista Virtual de Derecho Penal, Filosofía del Derecho y Derechos Humanos www.carlosparma.com.ar. Buenos Aires. Argentina. Disponible en <http://www.carlosparma.com.ar/discriminacionigualdad.doc>

34.- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Acta de Constitución. 1919. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/about/iloconst.htm>

35.- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. 1958. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pkits/c111.htm>

36.- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Disponible en <http://www.ccoo.es/legislacion/158OIT.htm>

37.- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Declaración de Filadelfia (EEUU), *relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo*. 1944. Disponible en <http://www.finteramericana.org/leyes/internacional2.htm>

38.- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Dirección General. "La hora de la igualdad en el trabajo". Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo". Oficina Internacional del Trabajo. 2003.

39.- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. "El daño moral por despido". Revista Laboral

Chilena, Septiembre-Octubre 2000.

40.- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “El despido nulo por deuda previsional: Un esperpento jurídico”. En Revista *Ius et Praxis* V.8 N°2, Talca, 2002.

41.- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “Práctica constitucional y Derechos Fundamentales”. Corporación Nacional de reparación y reconciliación. 1996.

42.- PÉREZ DEL RÍO, Teresa. “La protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: Las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE, y D/2002/73/CEE. Modificación de la D/76/207/CEE”. En Revista de Derecho Social N° 19. España. 2002.

43.- PÉREZ PORTILLA, Karla. “Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas”. México. 2002. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1589/6.pdf>

44.- ROBLES, Alberto José. “Discriminación y Derecho del Trabajo: El Despido Discriminatorio y las Relaciones Laborales No Autoritarias”. Revista Pistas, N°5. Instituto del Mundo del Trabajo. Buenos Aires, Argentina. Octubre 2001. Disponible en <http://www.mundodeltrabajo.org.ar/Pistas/p005/roblesoct01.htm>

45.- SALGADO PÉREZ, Gabriela. “La indemnización por daño moral en el despido injustificado”. Santiago, 19 de Agosto de 2003.

46.- UGARTE C., José Luis. “La Reforma Laboral: luces y sombras”. En Revista Laboral Chilena. Noviembre 2001.

47.- VALDÉS DE LA VEGA, Berta. “La Protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia”. En Revista de Derecho Social N° 23. España. 2003.

48.- VÁSQUEZ N, María Gloria. “Proyecto de Ley para la Reforma del Procedimiento Laboral”. Material preparado para la Clínica Especializada de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, del curso de la profesora TITA ARÁNGUIZ ZÚÑIGA. Primer semestre de 2004.

49.- VIAL DEL RÍO, Víctor. “Teoría General del Acto Jurídico”. Quinta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Agosto de 2003.

50.- VODANOVIC H., Antonio. “Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General” / Explicaciones Basadas en las Versiones de Clases de Arturo Alessandri R. Y Manuel Somarriva U. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur, 1990-1991.

51.- WALKER, Francisco y LIENDO, Ricardo. “Breve análisis de las reformas laborales. Un enfoque técnico”. Revista Economía y Administración N° 142. Diciembre 2001 / Enero 2002.