



CURSO DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

MÓDULO I

PRINCIPIOS DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO Y RESGUARDO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA LABORAL.

ESCUELA TÉCNICA DE FORMACIÓN

2014

"PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO"

1. CONCEPTO

Los principios del derecho del Trabajo¹ son definidos como "líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos"².

Desde el punto de vista práctico, los principios del Derecho del Trabajo cumplen al menos cuatro funciones esenciales, a saber:

a) Función orientadora e informadora:

Ilustra al legislador y delimita su actuar conforme a las pautas superiores, resultando ser una función de política legislativa al orientar a quienes deben sancionar la ley;

b) Función normativa o integradora:

Es un instrumento técnico destinado a cubrir una laguna del ordenamiento jurídico, integrando el derecho al actuar como fuente supletoria en caso de ausencia de ley;

c) Función interpretadora:

Fija las reglas de orientación al juez o al intérprete de la norma en las controversias; también está dirigida al abogado, al jurista y al doctrinario;

d) Función unificante o de armonización de política legislativa y judicial:

Vela por la seguridad jurídica al preservar la unidad sistemática del derecho, evitando que el legislador, como el juez se aparte del sistema.

¹ En gran parte de las explicaciones sobre esta materia nos guiaremos por la obra "Introducción al Derecho del Trabajo", del profesor Gamonal Contreras, Editorial Conosur, Santiago 1998.

² PLÁ. Américo " Los principios del Derecho del Trabajo" Editorial Depalma. Buenos Aires 1998.

2. PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Los principios del Derecho del Trabajo que estudiaremos son los siguientes:

a) El principio protector:

Consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y desequilibrio jurídico y económico existentes entre ellos. Este principio se manifiesta en tres reglas³:

❖ La regla in dubio pro operario:

Es una directiva dirigida al intérprete para el caso de existir duda razonable en la interpretación de una norma. Consiste en que si una norma resulta ambigua y, por ende, puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juez debe, obligatoriamente, inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador;

❖ La regla de la norma más favorable:

Aquí la duda se presenta entre dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica. En este caso el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior;

❖ La regla de la condición más beneficiosa:

Esta dispone que, cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador, se la debe respetar, vale decir, la modificación, debe ser para ampliar y no para disminuir beneficios. De acuerdo al profesor uruguayo AMÉRICO PLA, se trata de un criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse el trabajador.⁴

b) El principio de la irrenunciabilidad:

³ Sin perjuicio de ello, deben también entenderse como manifestaciones del mismo, la existencia de un procedimiento judicial especial, así como la obligación del empleador de proteger al trabajador, entre otros.

⁴ PLA, Américo. "Los principios del Derecho del Trabajo", Editorial Depalma. Argentina, 1998.

La renuncia ha sido definida por GRISOLÍA, como el abandono voluntario de un derecho mediante un acto jurídico unilateral. El fundamento del principio estaría, según el citado autor, en que el derecho del trabajo considera que cuando el trabajador renuncia a un derecho lo hace por falta de capacidad de negociación o por ignorancia, forzado por la desigualdad jurídico-económica existente con el empleador. Para los profesores THAYER y NOVOA, la irrenunciabilidad de los derechos laborales tiene una doble fundamentación: una de carácter jurídico-público basada en que la mayor parte de las leyes laborales tienden a otorgar al trabajador condiciones mínimas satisfactorias para proteger su vida y su salud, así como de sus familiares; la otra, de carácter tutelar, desde el momento que resulta aconsejable estatuir positivamente la irrenunciabilidad, ya que, en caso contrario, la autonomía de la voluntad de las partes podría hacer tabla rasa de todo el derecho del trabajo.⁵

Nuestro Código del Trabajo, en su artículo 5º inciso 2º recepciona este principio, al establecer que: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.”

c) El principio de continuidad de la relación laboral:

El principio de continuidad, como lo señala GRISOLÍA, apunta al mantenimiento de la fuente de trabajo: el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia. En nuestra legislación laboral tiene varias manifestaciones, siendo alguna de ellas las siguientes:

❖ Artículo 4º inciso 2º del Código del Trabajo:

Esta norma dispone que “Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.”;

❖ Artículo 159 Nº 4 del Código del trabajo:

Esta disposición, relativa a la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo convenido, manifiesta claramente que la intención del legislador ha sido fomentar las contrataciones laborales indefinidas, limitando el plazo para los contratos de duración fija y señalando tres situaciones de hecho que, verificándose, transforman un contrato de plazo fijo en uno indefinido.

d) Principio de primacía de la realidad:

⁵ THAYER A. WILLIAM y NOVOA F. PATRICIO, “Manual de Derecho del Trabajo”, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p.21-22.

Este principio, otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido. Por lo tanto, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos, debe darse preferencia a los hechos. Prima, entonces, la verdad de los hechos, sobre la apariencia, la forma o la denominación que asignaron éstas al contrato.

Tanto el artículo 9º como 11º del Código del Trabajo, en relación a la escrituración del contrato de trabajo y a la actualización del mismo, permiten sostener que los documentos, sea el contrato de trabajo o sus actualizaciones son tributarios de los hechos: la relación laboral pactado y sus modificaciones en cuanto a validez no dependen del documento escrito, cuyo valor es de índole probatoria.

La Corte Suprema de Chile ha dicho sobre este principio que “entre los principios imperantes en materia del derecho del Trabajo, y que sirven de inspiración al derecho positivo en esta rama, se encuentra el de la primacía de la realidad que significa que en caso de discordancia entre los que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (Rol 21.950, 16.03.1987).

e) Principio de la Buena Fe:

Se trata de un principio general del derecho, consagrado expresamente en nuestro orden legal en las disposiciones del Código Civil (artículo 1546).

Corresponde a un modelo o patrón de conducta que la ley impone a las personas en su vida social y jurídica, especialmente en materia de cumplimientos de contratos.

En el ámbito laboral, especialmente importante es la buena fe entendida como un estándar mínimo de conducta exigible entre las partes en la ejecución del contrato de trabajo. La propia Dirección del Trabajo ha señalado que “la buena fe es una exigencia común en el derecho, incluido el derecho laboral”, y que corresponde “al modelo de conducta a que deben ajustarse las partes en el cumplimiento del contrato de trabajo para no causar daño a la contraparte” (dictamen N° 3712/191 de 14.6.1995)

Un caso típico de aplicación en el derecho laboral de este principio corresponde al razonamiento judicial denominado “perdón de la causal”, ya dicha regla judicial exige que el empleador ponga término al contrato de trabajo dentro de un plazo prudente y razonable una vez verificada una causal de despido, de lo contrario pierde dicho derecho en razón de la buena fe contractual.

"RESGUARDO A GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE NO DISCRIMINACIÓN"

1. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL.

a) Concepto.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico y, siguiendo los textos de derecho del trabajo es posible definir la de discriminación laboral 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 injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación".

De este concepto tentativo de la discriminación laboral es importante destacar algunos aspectos:

En primer lugar, la discriminación laboral puede producirse tanto dentro de la relación laboral propiamente tal (con motivo) como fuera de ella (con ocasión), ya sea porque todavía no se ha configurado (discriminación pre-ocupacional) como porque ésta ya se ha extinguido (discriminación post ocupacional).

Esta situación es reconocida por el propio legislador chileno, que en el Código del Trabajo (artículo 2), junto con establecer el principio de no discriminación, prohíbe que el empleador condicione la contratación de trabajadores por 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.

En segundo lugar, la discriminación puede dentro de la relación laboral traducirse en múltiples conductas, no sólo referidas al acceso al empleo, sino que a todos los aspectos vinculados a la prestación de servicios laborales, teniendo un amplio campo de aplicación. Así, lo pone de manifiesto el Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo y la Recomendación complementaria N° 111 de la OIT, ambos textos suscritos y ratificado por el Estado chileno.

El Convenio N° 111 de la OIT dispone en el artículo 1° número 3° lo siguiente:

"A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medio de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo".

A su turno, la Recomendación citada se encarga de detallar lo anterior señalado en el apartado b) del párrafo 2° que "todas las personas, sin discriminación, deberían gozar de igualdad de oportunidades y de trato en relación con las cuestiones siguientes:

- ❖ Acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación.
- ❖ Acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo.
- ❖ Ascenso de acuerdo a la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona.
- ❖ Seguridad en el empleo.
- ❖ Remuneración por un trabajo de igual valor, y
- ❖ Condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con empleo".

b) Etapas de la discriminación laboral.

La conducta de discriminación laboral se desarrolla en un espacio y en un tiempo determinado, pero siempre en referencia a una relación laboral, ya sea a punto de constituirse, ya sea concretada o, incluso, extinguida.

De este modo, una manera de revisar la discriminación laboral consiste en atender a la etapa del desarrollo temporal de la relación laboral (situación pre-ocupacional), durante la relación laboral (situación ocupacional) y, por último, una vez extinguida dicha relación (situación post-ocupacional). Cada una de estas etapas o situaciones contractuales corresponde a un estadio temporal propio del ámbito del trabajo, en donde se pueden configurar conductas discriminatorias y respecto de las cuales es necesario revisar su regulación jurídica.

La distinción de estas etapas, efectuadas por la propia OIT a propósito del Convenio N° 111 ya revisado, con miras a analizar la discriminación laboral no es arbitraria ni casual, sino que responde a que en cada una de ellas se plantean problemas diversos acerca de los bienes y derechos en juego en el tema de la discriminación.

De esta manera, la situación pre-ocupacional, posterior a la oferta de empleo y previa a la celebración del contrato de trabajo plantea el problema de los requisitos y acceso al empleo, fuente de diversos problemas en orden a la discriminación. En esta última etapa, precisamente, se puede producir una de las formas más

debatidas e intensas de discriminación a través de los llamados test pre-ocupacionales.

A su turno, en la situación ocupacional, que va desde la celebración del contrato de trabajo hasta su extinción por cualquier causa jurídica, las interrogantes giran en torno a las facultades que el empleador tiene a su disposición para enfrentar ciertas situaciones problemáticas (drogadicción, sida, y embarazo), y en especial, determinar como el ejercicio de los poderes del empleador puede en determinadas circunstancias derivar en conductas discriminatorias.

Por último, en la situación post-ocupacional, constituida por el momento de la extinción de la relación laboral, la discriminación genera diversas interrogantes al momento de determinar en qué condiciones el despido puede ser considerado injustificado por discriminatorio.

c) Discriminación y sistema jurídico.

Antes de revisar la específica regulación que nuestro sistema legal establece para el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, es necesario señalar algunos puntos relevantes que explican cuales son los hilos conductores que esta materia adopta nuestro ordenamiento jurídico.

Se consagra tanto en el derecho interno como internacional de modo explícito el principio de igualdad ante la ley, entendido tanto como igualdad en la aplicación del derecho como en el contenido, fijándose un modelo antidiscriminatorio general. Se establece en el ámbito del derecho laboral interno como internacional el principio de igualdad y no discriminación, pero se hace extensible a los particulares en razón del artículo 19, número 16, inciso 3º, de la Constitución Política, fijándose un modelo o estatuto antidiscriminatorio propio del ámbito laboral.

En ese sentido, puede sostenerse lo siguiente:

- ❖ Primero, existe un derecho subjetivo que corresponde a una garantía constitucional dentro de nuestro sistema jurídico que podríamos llamar derecho a "ser tratado o a obtener un trato igual", mirado desde el punto de vista de la inclusión de un tratamiento legal determinado, o "derecho a no ser discriminado", mirado desde el punto de vista de la exclusión de un tratamiento, cuyo titular son las personas.

- ❖ Segundo, las conductas que sean susceptibles de calificarse como actos de discriminación son contrarias al orden jurídico nacional correspondiendo ser calificados de hechos ilícitos en cuanto importan una negación o contravención al derecho a no ser discriminado.

Hecha estas consideraciones iniciales en cuanto a la existencia de un derecho fundamental a no ser discriminado y a calificar la discriminación como un hecho ilícito o antijurídico, haremos una revisión de los distintos continentes normativos que componen el sistema jurídico nacional.

Si bien la discriminación laboral en los términos antes señalados, ha sido usualmente remitida al carácter de ilícito puramente laboral, dicha figura no es más que una de las variadas manifestaciones que puede adoptar la discriminación, de la que nadie duda, corresponde a un ilícito constitucional.

La importancia de lo anterior es enorme: la discriminación laboral no sólo debe considerarse ilícita en los casos que señala el artículo 2º del Código del Trabajo, sino también en todos aquellos casos en que la conducta del empleador resulte discriminatoria en los términos constitucionales, es decir, *“cualquier diferenciación no basadas en las calificaciones o competencias de la persona del trabajador resultan también discriminatorias, en tanto éstas constituyen la única de diferenciación lícitas. Lo anterior, por cuanto dicho criterio no habrá dicho relación con la idoneidad ni la capacidad personal.”*

La calificación, entonces, de la discriminación laboral como conducta ilícita surge del análisis de las normas de variados ámbitos del sistema jurídico internacional vinculante para Chile, y, al orden jurídico interno o nacional, tanto en su dimensión constitucional como legal, todos los cuales serán revisados por separado.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

El texto constitucional chileno señala en el artículo 19 de las garantías constitucionales, número 2º, lo siguiente:

"La Constitución asegura a todas las personas:

2º La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y Mujeres son iguales ante la ley

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

La redacción del principio de igualdad ante la ley presenta una significativa innovación en la Constitución de 1980, que se traduce en la agregación de la expresión "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias":

Según señalamos al inicio, el principio de igualdad jurídica o igualdad ante la ley tiene dos sentidos distintos: la igualdad en la aplicación del derecho y en el contenido del derecho.

La historia constitucional chilena del principio de la igualdad ante la ley expresa claramente ambos sentidos del principio: mientras bajo la Constitución de 1925 la

igualdad jurídica se circunscribió a la generalidad en las leyes (igualdad ante la ley), en la Constitución de 1980 el principio se extendió a la prohibición de las distinciones arbitrarias (igualdad en el contenido de la ley).

Así, lo pone de manifiesto la doctrina constitucional que señala que "bajo el texto de la Constitución de 1925 la disposición constitucional que consagraba la igualdad ante la ley se interpreta, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en el sentido que ésta se manifiesta concretamente, o más bien dicho, se expresa por el principio de la generalidad"⁶.

Precisamente, el fundamento de la innovación constitucional es extender el sentido de la igualdad ante la ley como mera generalidad (aplicación del derecho) al contenido del derecho, mediante la incorporación de la expresión referida a la prohibición de las distinciones arbitrarias.

Con esta prohibición incorporada al principio de igualdad ante la ley, según señala José Luis Cea, "se configura una de las innovaciones más importantes de la Constitución vigente en parangón con la Constitución de 1925. Pues y efectivamente, hoy la igualdad en examen no se satisface con enunciados generales de la ley".

De este modo, el principio de igualdad ante la ley Constitución de 1980 corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, es decir, en palabras de J.L. Cea, "la que admite diferencias, pero sólo cuando se hallan fundadas en consideraciones razonables, plausibles, juiciosas, sensatas u otras ideas sustentadas en valores análogos"⁷.

a) Principio de libertad de trabajo y de la prohibición de la discriminación laboral.

El artículo 19, número 16, de la Constitución señala que:

"La Constitución asegura a todas las personas:
16º. La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Sé 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".

⁶ BULNES A., Luz. La Igualdad ante la Ley. Revista Gaceta Jurídica (49:2-15).Chile Editorial Cono Sur.1984.

⁷ CEA, José Luis. El Principio de Igualdad ante la Ley. Informe sin editar en Chile.

En este precepto constitucional es posible distinguir dos disposiciones distintas aunque relacionadas: primera, referida a la libertad de trabajo, consagrando la libertad de elección y su protección, y, la segunda referida a la no discriminación, consagrando el principio de la igualdad en materia laboral.

La importancia práctica de fijar como disposiciones distintas del artículo 19 número 16 la libertad de trabajo, contenida en el inciso primero y segundo, y la prohibición de discriminación laboral del inciso tercero, consiste en afirmar que, contrario a lo que han sostenido algunos autores, la acción de protección es plenamente aplicable en contra de la discriminación laboral, pero no por ser parte de la libertad de trabajo, cuya protección está restringida por el artículo 20 de la Constitución a "lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación", sino por ser una manifestación en el ámbito particular del trabajo del principio general de igualdad contenido en el número 2 del artículo 19 de la Constitución.

b) Libertad de Trabajo (art.19 Nº 16 inciso1º).

En línea con importante Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Universal (art.23) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.6), nuestro constituyente ha establecido una protección especial a la libertad de trabajo.

¿Cuál es el alcance de la protección a la libertad de trabajo?.

En lo fundamental se protegen dos aspectos: por una parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a laborar, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley.

El bien jurídico protegido por la libertad de trabajo así entendida, especialmente en el segundo aspecto señalado, puede ser afectado intensamente por la discriminación en el ámbito laboral.

Así, si bien la discriminación en el trabajo de alguna manera va forzando al afectado a ejecutar sólo algunos tipos de trabajos (de poca demanda, mal remunerado, etc.), infringiendo de alguna manera el primer aspecto de la libertad de trabajo, el efecto de la discriminación es especialmente intenso respecto de la libertad de contratación y de la elección del empleo, en cuanto la persona afectada por la discriminación ve limitado de hecho su derecho constitucional al menos en cuanto al empleo que no pudo acceder o que perdió por la discriminación.

Tan claro es lo anterior, que la doctrina nacional ha incluido dentro de la propia idea de libertad de contratación y elección de empleo, la exigencia de no

discriminación, entendiéndola que ella, la discriminación, es una flagrante infracción a la libertad de trabajo.

Así Enrique Evans señala que la libertad de trabajo significa que "a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución"⁸.

Asimismo, la propia jurisprudencia, en fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 19.12.86, ha señalado como nulas las exigencias discriminatorias para un empleo, por afectar gravemente el derecho a la libre contratación y elección del empleo:

"La libertad de trabajo y su protección habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación, ya que no son admisibles, serían discriminatorias y por ende nulas, las exigencias o requisitos que no se base en la idoneidad de los trabajadores, salvo que la ley exija cierta edad mínima o la nacionalidad".

c) Principio de la No Discriminación Laboral (art.19 N°16 inciso 2°).

La Constitución señala en el artículo 19, número 16, que:

"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".

Esta disposición constitucional es la pieza clave del orden jurídico laboral en materia antidiscriminatoria, tanto por su rango jerárquico dentro del sistema jurídico, constituyendo a la disposición de mayor fuerza jerárquica sobre el tema en Chile, por su contenido, absolutamente innovador respecto del derecho internacional ya analizado.

Los aspectos relevantes de esta norma constitucional son los siguientes:

Pese a su ubicación en la geografía constitucional, dentro del numerando 16 del artículo 19(debería estar en la igualdad), no cabe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio jurídico de igualdad (núm. 2 art. 19), cuya incorporación en el citado número de la libertad de trabajo se explica más bien por la materia que, en rigor, por su contenido.

Sin perjuicio de su ubicación el inciso tercero del número 16° el artículo 19°, fija una regla fundamental: el principio de la no discriminación en materia laboral posee rango constitucional, y en consecuencia, todas las normas restantes del sistema jurídico deben ajustarse a dicha disposición, considerando a la discriminación laboral un ilícito a nivel constitucional.

⁸ EVANS, Enrique. Op, cit. N°8.

En este sentido, la doctrina de la Dirección del Trabajo, contenida en dictamen N°2210/035 de 5 de junio de 2009, ha sostenido al respecto que *“ya no se trata de un mandato general de igualdad dirigido sólo a los poderes públicos, sino que también a los particulares, y concretamente en el ámbito de la empresa. Justamente es en éste donde ha logrado mayor desarrollo la noción de discriminación”*

La norma constitucional señalada, al igual que su disposición madre del número 2º del artículo 19, consagra el principio de la no discriminación en materia laboral, si bien no define discriminación, precisa los elementos básicos de su contenido:

- ❖ En materia laboral, en especial de libertad de trabajo y su protección, rige el principio de igualdad ante la ley al igual que en todos los derechos constitucionales, pero del estudio de las Actas Constitucionales se seguiría la intención de los comisionados de fijar una norma constitucional que reforzara la prohibición de discriminación en materia laboral.
- ❖ La prohibición de discriminación laboral del inciso tercero del número 16, del artículo 19, de la Constitución tiene alcance amplio en cuanto al sujeto imperado por la prohibición: no sólo alcanza a la ley y las autoridades públicas, sino que extiende la obligación de no discriminar a los particulares.

d) La no discriminación laboral y el Código del Trabajo.

De la revisión de las normas legales de índole laboral, principalmente contenidas en el Código del Trabajo, se sigue que sólo existe una disposición expresa referida a la igualdad jurídica en el ámbito del trabajo, y más específicamente, a la prohibición de discriminación laboral.

Dicha norma se encuentra comprendida en el artículo 2º del Código del Trabajo que señala:

"Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quién los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones, o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, 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 la ocupación.

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

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

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

Lo dispuesto en los incisos 3º y 4º de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios".

El Código del Trabajo en el artículo señalado, no hace más que reconocer a nivel legal los mismos principios que la Constitución consagra en el artículo 19, número 16, a saber: la libertad de contratación y la prohibición de la discriminación laboral.

No cabe duda que la norma que fija el modelo antidiscriminatorio en el ámbito laboral en Chile es naturalmente, por su condición jerárquica, el artículo 19, número 16, de la Constitución, debiendo entenderse el artículo 2º del Código del Trabajo simplemente como una especificación hecha por el legislador del principio constitucional.

De este modo, el Código del Trabajo, a nuestro juicio, no ha venido a señalar un modelo distinto al establecido por la Constitución, situación que por una cuestión de jerarquía tampoco podría haberse producido, sino que se ha reforzado en el ámbito legal la prohibición de discriminación respecto de aquellos criterios potencialmente más frecuentes de distinciones de trato en el ámbito laboral.

Así, en el ámbito del trabajo no cabe duda que cualquier distinción de trato que se base en un criterio que no corresponda a la capacidad o idoneidad personal debe ser considerada discriminatoria, aún cuando no sea alguno de los señalados en el artículo 2º del Código del Trabajo.

En fin, lo mismo podemos señalar respecto de la expresión del artículo 2º del Código del Trabajo, que señala que "ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias".

Si bien el Código del Trabajo parece restringir la prohibición de discriminar sólo respecto del momento inicial de la relación laboral ("condicionar la contratación"), ello 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.