

**N° 208**  
**AÑO LXVIII**  
**JULIO - DICIEMBRE 2000**  
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCION

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

## *\*COMENTARIOS EN TORNO A LA REFORMA LABORAL: LEY N° 19.759*

RODOLFO WALTER DIAZ  
Profesor de Derecho Laboral  
Universidad de Concepción

Con fecha 5 de octubre de 2001 fue publicada en el *Diario Oficial* N° 37.078 la Ley N° 19.759 que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a los Derechos Fundamentales del Trabajador, nuevas modalidades de contratación, al Derecho de Sindicación, en materia de negociación colectiva y a otras materias a que la ley se refiere.

### *ASPECTOS PREVIOS*

A partir de la década de los setenta se ha asumido la tendencia a revisar el ordenamiento jurídico que se aplica a las relaciones de trabajo, de manera de establecer las necesarias tutelas, por una parte y, por la otra, adecuar la legislación a las formas productivas. Así, este Código que nace a la vida del derecho el año 1931 sufre modificaciones en lo que dice a su orientación normativa en 1978 y en 1981 por medio del Decreto Ley N° 2.200 y luego la Ley N° 18.018. El proceso inmediato de la Ley N° 19.759 lo encontramos el año 2000, época en que se efectúa un diagnóstico que concluye con la necesidad de modificar tanto aspectos de la relación individual como de la relación colectiva, atendida la convicción de que el contrato de trabajo consagrado en el Código del ramo ha sido superado por la innovación tecnológica y por las nuevas formas productivas. Un aspecto que también debe considerarse es que el gobierno que asume en marzo del 2000 tiene la convicción que la modificación del Código debe hacerse con la participación de los actores sociales, para lo cual convoca al diálogo social, creándose mesas de trabajo que tienen por objeto aportar al proceso de reforma, vale decir el que la nueva legislación encuentre su sustento en el pacto social.

La legislación en análisis viene en reemplazar fundamentalmente las leyes 19.010, 19.025 y 19.089 dictadas entre 1990 y 1991. En los inicios de 1995 se

intentan reformas laborales, que ingresan a la Cámara de Diputados pasando luego al Senado, reformas que se incorporan a tramitación conjuntamente con la nueva Ley del Sence, optándose por tramitar esta última y postergándose para 1996 la discusión a fondo de la Reforma Laboral. Se efectuó una ardua discusión del proyecto en 1997, siendo rechazado en el Senado el 16 de diciembre de 1997. Como se recordará, el 14 del mismo mes y año se llevó a efecto la elección parlamentaria, la que con la renovación prevista tuvo como efecto la pérdida de fuerza del proyecto, el que reglamentariamente debió pasar a la comisión mixta de la Cámara de Diputados.

Con los antecedentes jurídico-políticos expuestos se inicia este proceso de reforma el año 2000 el que, además de lo descrito, busca reconocer la existencia del fenómeno de la globalización, la innovación tecnológica, las nuevas tendencias en las relaciones económicas internacionales, tema relevante este último por la actual discusión de tratados o acuerdos de libre comercio y la necesidad de ajustar la legislación chilena a los tratados internacionales vigentes y a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Cabe aquí recordar que Chile ha ratificado importantes convenios durante los años 1999 y 2000, entre los que se encuentran los convenios 87, 98, 135 y 151 sobre libertad sindical, constituyendo esta necesaria adecuación un primer aspecto que preside la reforma. Un segundo aspecto es readecuar la estructura misma del contrato tipo de trabajo persiguiendo superar la rigidez estructural, adecuándose a las modernas formas productivas, conjugando ello con la necesaria tutela laboral a los trabajadores. Un tercer aspecto de la reforma es el robustecimiento de las facultades de fiscalización de los organismos administrativos<sup>1</sup>.

### *CONTENIDO GENERAL DE LA REFORMA*

Nos referiremos aquí a los grandes temas que la reforma aborda, los que agrupamos del siguiente modo:

#### *1. Ciudadanía laboral*

Estamos en presencia de un conjunto de deberes y derechos que acompañan a cada persona, sea éste empleador o trabajador en la empresa que deben ser considerados por la legislación laboral.

La idea anterior se ha plasmado en que se sustituyen en el artículo 2° los

<sup>1</sup> Algunas de estas reflexiones fueron tomadas de la exposición de los profesores William Thayer A. y Francisco Tapia G., en Seminario de Reformas Laborales – Secade – octubre 2001. Universidad de Santiago.

incisos 2, 3, 4, 5 y 6, pasando el actual inciso 4 a ser el 7, relativos éstos a la no discriminación en el empleo y en el acceso a él. Esta idea ya aparecía en la Ley N° 19.739 publicada en el *Diario Oficial* de 6 de julio de 2001 que había modificado el artículo 2°. Por otra parte, se efectúan modificaciones al artículo 154 relativo al Reglamento Interno y se agrega un artículo 154 bis. En el primero se establece que los controles y revisiones a que pueden ser sometidos los trabajadores para evitar fugas de materiales u otros hechos que perjudiquen el patrimonio de las empresas deben ser de carácter general, aleatorio e impersonal, la medida anterior debe establecerse expresamente en el Reglamento de la empresa. El artículo 154 bis, a su turno, establece la reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso el empleador con ocasión de la relación laboral.

Este conjunto de disposiciones encuentran sentido en la Constitución Política de la República.

## *2. Normas sobre terminación de contrato de trabajo*

Este tema no se contempla en el articulado que originalmente remitió el Gobierno al Parlamento, por lo que fue sumado en la Cámara de Diputados y apunta a que las conductas sancionables se circunscriben al ámbito de la empresa, no extendiéndose a la efectuada fuera del ámbito laboral, para lo cual se reemplaza el artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo. De manera, entonces, que ninguna actividad del trabajador fuera de la empresa dará lugar al despido justificado.

Por otra parte, se modifica el artículo 161, acotándose las causales por las cuales el empleador puede invocar las necesidades de la empresa como justificación del despido, en el sentido que en la citada disposición se suprime la expresión "y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador". Una explicación de lo anterior, se encuentra en el compromiso social con los procesos de capacitación laboral. Adicionalmente, la ley provoca una innovación en materia de cuantía del incremento, de indemnización por años de servicio al graduar y elevar los montos, para lo cual reemplaza el artículo 168. Lo anterior, en los casos de que la causal sea declarada por el Tribunal improcedente, injustificada, no se hubiere invocado causal alguna, indebida, o el despido sea además declarado carente de motivo plausible.

También puede considerarse aquí el tema del despido antisindical. Se mantiene el reintegro al empleo del dirigente sindical que sea despedido. En el caso del despido de un trabajador no sujeto a fuero, si el juez declara que es producto de prácticas antisindicales, el afectado podrá optar entre reintegrarse al empleo o recibir una indemnización adicional fijada por el Tribunal que oscilará entre 3 y 11 meses de su última remuneración mensual (artículo 294).

### *3. Adecuación en las relaciones colectivas de trabajo, protección del derecho de sindicalización y libertad sindical*

En materia sindical se establecen normas que hacen concordar la legislación chilena con lo dispuesto en los Convenios Internacionales 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, que se encuentran ratificados. Estos fortalecen la autonomía de los sindicatos, ya sea en su constitución como en sus fines.

Los objetivos de este conjunto de normas que aquí agrupamos, estimamos que son:

- 3.1. Pleno ejercicio al derecho de sindicalización.
- 3.2. Consagración de la autonomía sindical.
- 3.3. Protección de la actividad sindical.

3.1. En relación a la primera, se dictan normas de acceso y de promoción a la actividad sindical. Entre estas disposiciones relativas al acceso están el artículo 216, que en su versión anterior establecía una numeración taxativa de organizaciones sindicales, incorporándose una ejemplar, de manera de reconocer este derecho a organizarse del modo que parezca adecuado a sus intereses, ya sea en el tipo de sindicato como en su estructura y fines, con las limitaciones que en todo caso se establecen.

En suma, mayor autonomía para las organizaciones sindicales en sintonía con los convenios indicados; también constituiría norma de acceso el artículo 233 bis relativo a fusiones sindicales entre otras. En lo que dice a la promoción del establecimiento de nuevas organizaciones sindicales, la nueva normativa en su artículo 227 permite que en empresas de menos de 50 trabajadores se constituya sindicatos con un número de 8 trabajadores que manifiesten compromiso de completar dentro de un año los quórum habilitantes que requiere la ley, siempre que no exista un sindicato vigente.

3.2. La autonomía sindical significa transitar de una ley reguladora a un régimen autonómico. Es decir, mayor autonomía del Estado, lo que puede observarse en aspectos tales como la asamblea y estatutos. Esto es, la regulación de la organización, funcionamiento y administración de los sindicatos se encuentra en sus propios estatutos. En este sentido, por ejemplo, el artículo 231 que consigna el que el sindicato determinaría las disposiciones referidas a los socios, su afiliación, desafiliación, los derechos y obligaciones de sus miembros, los requisitos para ser elegidos dirigentes sindicales, modificación de estatutos entre otros aspectos. Se agregó además que los estatutos deben contener disposiciones para permitir que los socios ejerzan su libertad de opinión y su derecho a votar.

Se considera el sindicato como un organismo democrático y por ello se incorporan los derechos políticos de libertad de opinión y de información. En relación al régimen electoral se privilegia la autonomía y el que el trabajador pueda ejercer sus derechos dentro del sindicato y el resguardo de las minorías.

La autonomía también se manifiesta en la representación sindical, de conformidad al artículo 235 inciso 2º, dado que el directorio estará compuesto por el número de directores que el estatuto señale. Se mantiene sí, el número de directores con derecho a fuero. Se establece así la posibilidad de favorecer la existencia de directores sindicales que atiendan actividades en la empresa tales como las deportivas, educacionales o culturales. Estos, como se dijo, no gozan de fuero pero pueden, con cargo al permiso sindical, ocupar el tiempo de dirigente aforado. Se señala aquí que uno de los objetivos es la especialización sindical en determinadas áreas de actividad.

3.3. En materia de protección a la actividad sindical se introducen modificaciones en materia de fueros. Así, en el artículo 221 se otorga un fuero a todos los trabajadores que crean un nuevo sindicato de 10 días antes y 30 días después de su constitución. En el mismo sentido, se aumentan a un máximo de 150 UTM las multas por prácticas antisindicales. Se agrega que la Dirección del Trabajo registraría los fallos por prácticas antisindicales o desleales y publicaría semestralmente la nómina de infractores.

#### *4. Negociación colectiva*

Alguno de los aspectos a considerar son las normas referidas a la mayor regulación de los convenios colectivos que se celebran con grupos de trabajadores que se unan con ese propósito, a fin de evitar prácticas antisindicales relacionadas con aparentes negociaciones que en los hechos serían contratos plurindividuales (artículo 314 bis).

A continuación, se modifica el artículo 347 en cuanto al límite de duración a 4 años de los contratos colectivos y fallos arbitrales. Con esto estimamos se recoge la experiencia de situaciones en que se había abusado de la norma anterior.

Se consignan también normas que buscan que la negociación sea más tecnificada e informada por la vía de que los trabajadores accedan a la información que se requiera para la presentación del proyecto de contrato colectivo.

Así, se agregan al artículo 315 los incisos 5 y 6, que prescribe:

Todo sindicato o grupo negociador de empresa podrá solicitar del empleador, dentro de los tres meses anteriores a la fecha de vencimiento del contrato colectivo



vigente, los antecedentes indispensables para preparar el proyecto de contrato colectivo. Para el empleador será obligatorio entregar, a lo menos, los balances de los dos años inmediatamente anteriores, salvo que la empresa tuviere una existencia menor, en cuyo caso la obligación se reduciría al tiempo de existencia de ella; la información financiera necesaria para la confección del proyecto referida a los meses del año en ejercicio y los costos globales de mano de obra del mismo período. Asimismo, el empleador entregará la información pertinente que incida en la política futura de inversiones de la empresa, siempre que no sea considerada por aquél como confidencial.

Si en la empresa no existiere contrato colectivo vigente, tales antecedentes pueden ser solicitados en cualquier momento.

En este tema de negociación, la negociación interempresa mantiene su condición de voluntaria, en términos de requerir el consentimiento del empleador. El tema de la huelga, que fue uno de los más debatidos, incorpora algunas nuevas disposiciones, entre otras, el artículo 374 bis, que se refiere a que dentro de las 48 horas siguientes de acordada la huelga, sin que se haya recurrido a mediación o arbitraje voluntario, cualquiera de las partes podrá solicitar al inspector del trabajo competente la interposición de sus buenos oficios para facilitar el acuerdo entre ellas.

En el desempeño de su cometido, el inspector del trabajo podrá citar a las partes, en forma conjunta o separada, cuantas veces estime necesario, con el objeto de acercar posiciones y facilitar el establecimiento de bases de acuerdo para la suscripción del contrato colectivo.

Transcurridos cinco días hábiles desde que fuere solicitada su intervención, sin que las partes hubieren llegado a un acuerdo, el inspector del trabajo dará por terminada su labor, debiendo hacerse efectiva la huelga al inicio del día siguiente hábil. Sin perjuicio de lo anterior, las partes podrán acordar que el inspector del trabajo continúe desarrollando su gestión por un lapso de hasta cinco días, prorrogándose por ese hecho la fecha en que la huelga deba hacerse efectiva.

De las audiencias que se realicen ante el inspector del trabajo deberá levantarse acta firmada por los comparecientes y el funcionario referido. La aplicación práctica de esta norma dará cuenta si fue útil o no su incorporación.

También en este aspecto se estableció como regla general la prohibición de contratar reemplazantes durante la huelga. Para el caso de efectuarse el reemplazo se señala una norma adicional que encarece la opción de contratar reemplazantes, mediante el bono de reemplazo. De este modo, se encarece el reemplazo de trabajadores

en huelga mediante el pago de un bono de 4 UF por cada trabajador contratado como reemplazante, cuya suma total sería repartida al término del conflicto entre los trabajadores que participaron en la huelga.

Se aumentó de 3 a 7 días el plazo existente entre la votación y el inicio de la huelga, a fin de hacer uso del derecho de solicitar los buenos oficios descritos previamente.

### *5. Jornada de trabajo*

Los aspectos más relevantes en este tema, contemplados en los artículos 22 y siguientes, son la reducción de la jornada laboral; la nueva regulación de la jornada excepcional; la distribución de la jornada mayor en 5 días; el aumento de los días de descanso en domingo, de a lo menos dos domingos en el mes calendario y la limitación para el pacto de horas extraordinarias.

Desde luego, la principal innovación es la reducción de la jornada semanal de trabajo de 48 a 45 horas a partir del 1 de enero del año 2005. La aprobación de esta norma es coincidente con la tendencia del derecho comparado y guarda relación con el mejorar la calidad de vida de la sociedad y eventualmente para reducir el problema estructural del desempleo.

### *6. Nuevas formas de empleo*

Como se dijo, con la reforma se busca recoger las nuevas formas contractuales. Así pueden mencionarse bajo este epígrafe el teletrabajo, que consiste en la realización de labores preferentemente fuera del lugar en que se encuentra la empresa mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones. Constituye ello un avance, a pesar que debió haber sido tratado en un párrafo aparte en la ley.

En esta área, también corresponde mencionar los contratos a jornada parcial. Este contrato señala como jornada de la especie aquella que no supera los 2/3 de la jornada ordinaria. Mencionaremos también el nuevo contrato de trabajo –formación o contrato de empleo–, formación por el cual se persigue la contratación de trabajadores de hasta 24 años y favorecerlos con capacitación. La capacitación debe ser autorizada por SENCE. Finalmente, puede aquí agregarse la reglamentación de la intermediación o suministro de trabajadores.

### *7. Normas vinculadas a la actividad agrícola de temporada*

Los aspectos que se consideran son: i) la negociación colectiva en la cual no existen huelgas ni fueros, la que tendrá lugar fuera de temporada, ii) registro de



enganchadores que tiene por finalidad permitir el cumplimiento de las normas laborales, iii) normas sobre alimentación, alojamiento, traslado y salas cunas.

#### *8. Fortalecimiento de la Dirección del Trabajo*

Lo anterior se efectúa por la vía del aumento de la capacidad fiscalizadora facultándose al Presidente de la República para que mediante D.F.L. aumente en 300 fiscalizadores y 143 funcionarios la dotación de la Dirección del Trabajo en el plazo de 3 años.

Se produce también un aumento de las multas administrativas y un mayor rol en temas tales como prácticas antisindicales, autorización de jornadas especiales, registro de contratistas, registro de sentencias condenatorias por prácticas antisindicales o desleales (artículo 294 bis).

La enunciación presentada admite diversas modalidades para su agrupación, intentándose aquí encontrar un orden para exponerlas.

De los aspectos antes descritos nos detendremos en analizar lo que hemos dado en llamar ciudadanía laboral, en particular las normas relativas a la no discriminación.

#### *El Código del Trabajo establece:*

“Art. 2. 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.

Son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias.

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”.

Posteriormente, la Ley N° 19.739 modifica el Código del Trabajo a fin de evitar la discriminación por edad y estado civil en la postulación a empleos, publicándose la ley en el *Diario Oficial* de fecha 6 de julio de 2001.

## LEY N° 19.739

**“Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 2° del Código del Trabajo:**

- a) Intercálase, en el inciso segundo, entre la coma (,) que sigue a la palabra “sexo” y el término “sindicación”, la expresión “edad, estado civil”.
- b) Incorpórase el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando el actual inciso tercero a ser inciso cuarto:

“Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son contrarias a dichos principios y constituyen una infracción a aquél, 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 mencionadas en el inciso precedente, a menos que se trate del requerimiento propio de la idoneidad de las personas para desempeñar una función”...

De manera entonces, que la norma introducida por la Ley N°19.759 encuentra su antecedente en la disposición transcrita, cuestión por lo cual nos referiremos a ella. La moción que da origen al proyecto de la Ley N°19.739 busca evitar la discriminación por edad y estado civil, tanto en la postulación como en el acceso y permanencia a los empleos.

La iniciativa legal fue presentada por los senadores Sres. Viera-Gallo y Gazmuri y a ésta antecedió igual iniciativa propuesta por el primero ante la Cámara de Diputados, sin lograr su total tramitación. Se trataba entonces de una modificación cuyos antecedentes jurídicos se encontraban además del Código del ramo, en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por Chile y publicada en el *Diario Oficial* de 19 de diciembre de 1989.

Se buscaba sintonizar nuestra legislación con el derecho comparado, en donde la edad o el estado civil no constituyen prerequisite para la contratación laboral, situación contraria a la de Chile a la época de la discusión legislativa, donde las prácticas dejaban de lado a personas por su edad. A su vez, también figuraba la discriminación en razón de sexo, criterios diferenciadores que afectan la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.

En materia de disposiciones contrarias a la discriminación, el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República configura una norma suficiente para

dirigir el ordenamiento jurídico, dado que es una garantía contenida en la Constitución, de carácter imperativo que debiera llevar a la nulidad del acto. En la práctica, ello no ha ocurrido dado que se ha producido discusión al entender o no, cubierta dicha garantía, por el recurso de protección. El 99% de los recursos se declaran inadmisibles esgrimiéndose que por medio de otros procedimientos existentes en el orden jurídico se puede producir la tutela.

La Dirección del Trabajo estimó pertinente diferenciar entre la garantía de acceso al empleo y la de mantención de éste. En materia de acceso el rol de la entidad es limitado, salvo los casos en que la ley le entrega el mandato para llevar a cabo la actividad como es el caso de la Ley N° 19.591 que modifica el Código del Trabajo, prohibiendo los exámenes de embarazo para el ingreso al empleo, situación que cae en el ámbito jurisdiccional en que la prueba de la discriminación es de quien se estime discriminado, asunto de suyo dificultoso.

A su turno la Ley N° 19.759 estableció:

2. Sustitúyense los incisos segundo y tercero del artículo 2°, por los siguientes incisos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto, pasando el actual inciso cuarto a ser séptimo:

“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.

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 tercero.

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”.

Esta nueva disposición perfecciona la norma del artículo 2, agregándose que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, adicionándose a los factores ya existentes la "ascendencia nacional".

Se modifica también la redacción relativa a las excepciones, así antes se hablaba de "requerimientos propios de la idoneidad de las personas para desempeñar una función"... quedando hoy las expresiones "con todo, las distinciones, exclusivas o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación"... En este punto, creemos que se restringe la excepción, produciéndose así una mayor tutela al trabajador.

Sabido es que la discriminación puede en la vida del trabajador producirse en tres oportunidades: antes del ingreso al trabajo, durante éste y con ocasión de su término.

Se puede discriminar en momentos previos a que trabaje, vale decir cuando se dan determinadas exigencias que son discriminatorias para la obtención de un empleo. La discriminación puede tener lugar durante el trabajo con ocasión de la carrera funcionaria o de los ascensos o promociones y finalmente también se puede producir al despedir arbitrariamente a un trabajador.

La norma aquí se refiere a alterar o anular la igualdad de oportunidades o de trato.

Finalmente, agreguemos que la técnica legislativa no fue perfecta al repetir quizás automáticamente la expresión "Por lo anterior" que venía de la Ley N° 19.739, dado que el párrafo se refiere a casos de práctica discriminatoria y el inciso que lo antecede, a la aceptación de exclusiones basadas en motivos de calificación para un empleo determinado, las que no son consideradas discriminatorias.

Debe destacarse que las normas contrarias a la discriminación se entienden incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren, por lo que además de los efectos en materia de facilitar la fiscalización correspondiente se modifica el artículo 10 del Código del ramo de manera tácita.

Estas normas laborales deben analizarse a la luz de las normas de rango constitucional, por lo que haremos una referencia a ellas y su impacto en el derecho laboral.

La Constitución establece en el Art. 19 N° 2 que se asegura a todas las personas "la igualdad ante la ley". De este modo, el mismo precepto establece que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Por otro lado el Art. 19 N° 22 C.P.R. establece como derecho garantizado “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

A su vez, el Art. 19 N° 16 C.P.R. señala que “se prohíbe cualquier 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 determinados”.

Por su parte el Art. 98 C.P.R. establece que “el Banco Central no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza”.

De estas disposiciones se puede concluir que en nuestro ordenamiento están estrictamente prohibidas, de modo genérico, los actos que impliquen una diferencia o discriminación arbitraria, lo que no implica la interdicción de cualquier diferencia, sino sólo aquella que tenga la característica de “arbitrariedad que establece el precepto constitucional”. Lo anterior es con las solas excepciones en materia laboral y de actuaciones del Banco Central donde, a tenor del texto literal de la disposición constitucional, pareciera que la prohibición es más amplia, incluyendo cualquier tipo de diferencia o discriminación.

De este modo, la regla general es la prohibición de las diferencias o discriminaciones arbitrarias, pero en materia laboral es más estricto, ya que se prohíbe “cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”, lo que es coherente con el valor de la igualdad que proclama nuestra Carta Fundamental en su primera frase (Art. 1° inciso 1° C.P.R.).

Este es el marco que debe tener como referencia cualquier norma infraconstitucional, incluido la de rango legal, ya que al legislador también le empecen las disposiciones constitucionales, en la medida que a ésta deben conformarse todos “los órganos del Estado” y sus “preceptos obligan tanto a titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (Art. 6 C.P.R., que establece los principios de supremacía constitucional y de bilateralidad de sus normas).

Estos principios generales tienen una aplicación más rigurosa si se puede en el ámbito de los derechos constitucionales, ya que como señala el Art. 5° C.P.R. “el ejercicio de la soberanía (en su potestad legislativa, en este caso) reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. En este contexto, la Constitución “asegura a todas las personas” una serie de derechos fundamentales (Art. 19), entre los que se encuentran precisamente la prohibición ab-



solución de diferencias o discriminaciones arbitrarias (Art. 19 N°s 2 y 22 C.P.R.) y, en particular en materia laboral, "cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal", contenido esencial prohibitivo que no puede ser mediatizado o condicionado por el legislador, en virtud de la garantía residual que establece el Art. 19 N° 26 C.P.R.

¿En este contexto, cómo juegan las prohibiciones a la discriminación que establece la nueva legislación del trabajo? A mi juicio, como reglas especiales a vía ejemplar de prohibiciones discriminatorias, pero que no restringen ni limitan la prohibición más amplia del texto constitucional. Esto en virtud de las siguientes razones:

1. Obviamente el legislador no puede restringir las disposiciones constitucionales, ya que la libertad de configuración normativa que ostenta el legislador no puede llevar a desnaturalizar o contradecir los mandatos del constituyente.

2. Además los actos de discriminación previstos en el Código del Trabajo deben considerarse de mayor amplitud y operatividad que el texto constitucional, pero que no debilitan, de modo alguno, la prohibición general establecida por el constituyente. De este modo, los "actos de discriminación" (nuevo inciso 3° del Art. 2° C.T.) incorporan nuevas conductas discriminatorias a las ya establecidas de modo genérico en nuestra Constitución. Eso es sin perjuicio que el propio artículo señala en su inciso 4° la posibilidad de establecer diferencias o requisitos específicos para acceder a un puesto de trabajo, pero ellas no pueden llegar a tener un carácter discriminatorio, coincidiendo en el fondo con la Constitución, en la medida que acepta la diferencia, pero la excluye cuando no está fundada en "la capacidad o idoneidad personal" (salvo la nacionalidad o límite de edad, como el mismo precepto constitucional lo señala).

3. Lo anterior no impide, como ya señalamos, que le sea aplicable a las relaciones laborales, y a los empleadores, en estricto rigor, la prohibición de discriminación arbitraria del Art. 19 N°s 2 y 22 C.P.R., ya que garantizan o aseguran derechos fundamentales de todas las personas, mención que obviamente incluye a los trabajadores. Esto queda más en evidencia si se atiende al nuevo texto del inciso 1° del Art. 5° C.T., en que sujeta al empleador a los límites propios de los derechos constitucionales que poseen los trabajadores y que se extienden más allá de la intimidad y el respeto a la vida privada, derechos mencionados a título ejemplar en dicha disposición.

4. De este modo, los actos discriminatorios mencionados en el nuevo Art. 2° C.T. son particularizaciones o definiciones específicas de discriminaciones laborales, las que no excluyen las discriminaciones prohibidas por el constituyente, lo que final-



mente será materia de prueba en el eventual recurso de protección que entable un trabajador para proteger sus derechos, pero no ya al amparo del Art.19 N°16 (derecho no protegido por el citado recurso, de acuerdo a lo establecido en el Art.20 C.P.R.), sino del Art.19 N°2 C.P.R.

5. En todo caso debe tenerse en cuenta cuándo una diferencia o discriminación tendrá el carácter de arbitraria. Ahora bien, se entiende por “arbitrario” – siguiendo la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales – aquello que carece de razón o sentido, que no tiene fundamento plausible o que se opone a la mínima justicia, obedeciendo más a un capricho del actor que a otro tipo de consideraciones. En este sentido, las diferencias o discriminaciones arbitrarias serían aquellas que no tienen un fundamento lógico o no son coherentes con el sistema humanista que inspira la Constitución.

6. Por otro lado, la particularización que hace el Art. 2° C.T. de la discriminación para acceder a un puesto de trabajo es concordante con lo dispuesto en el Art.19 N° 17 C.P.R. para la admisión a todas las funciones y empleos públicos.

Finalmente, agreguemos que el tema no está agotado y será la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia quien en buena medida demarcará el rumbo de estas nuevas disposiciones, por lo que su total aprobación constituye una asignatura pendiente.