SERGIO GAMONAL CONTRERAS

EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO

SEGUNDA EDICIÓN, ACTUALIZADA Y REVISADA

Daño moral y derecho del trabajo son dos materias que se relacionan de forma especial, dada la excepcional configuración de las relaciones laborales en el derecho contemporáneo. En el contexto de este contrato, trabajador y empleador se vinculan en una relación de poder de carácter complejo, que otorga y legitima respecto del segundo una serie de derechos que se concretan en la potestad de mando del empleador y en el deber de subordinación del trabajador. Paralelamente, y como contrapartida, el contrato de trabajo constituye un vínculo personal que va más allá de lo meramente patrimonial y, en consecuencia, los intereses extrapatrimoniales de las partes se encuentran comprometidos, en especial en el caso de los trabajadores.

Estos elementos forman los presupuestos sobre los cuales se elabora este libro. El contrato de trabajo es una figura especialísima y en cada una de sus etapas podrán afectarse intereses morales del trabajador. Por ello se hace imprescindible revisar las principales situaciones que pueden implicar la necesidad de resarcir el daño moral laboral.

Esta obra analiza la responsabilidad precontractual, en el caso de las ofertas de trabajo y de los exámenes pre ocupacionales, estudia las principales hipótesis de vulneración de la dignidad del trabajador, así como la discriminación laboral, el acoso sexual, el acoso moral (mobbing) y las transgresiones de la libertad sindical.

Por otra parte, se realiza un completo análisis del daño moral por despido abusivo, al término del contrato de trabajo, comentando las sentencias más recientes en la materia, así como la posibilidad del daño moral poscontractual. Más allá de las carencias procesales de la tutela laboral, este ensayo propone una nueva visión del contrato de trabajo en base a su especialidad y a las normas constitucionales, internacionales y legales vigentes en nuestro país.

Esta segunda edición revisada y actualizada incluye el análisis de la ley Nº 20.087, en lo relativo al daño moral laboral tanto en el transcurso de la relación de trabajo como en el término del contrato.

EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO
SEGUNDA EDICIÓN, ACTUALIZADA Y REVISADA
SERGIO GAMONAL CONTRERAS
Formato 15,8 x 21 cm
186 págs.
LexisNexis

LexisNexis®

EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO SERGIO GAMONAL CONTRERAS

EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO

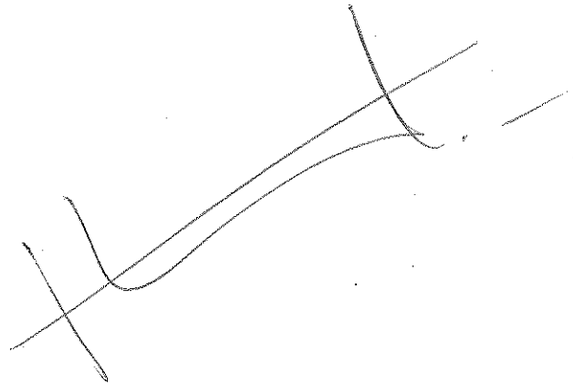
SERGIO GAMONAL CONTRERAS

SEGUNDA EDICIÓN, ACTUALIZADA Y REVISADA

LexisNexis®

SERGIO GAMONAL CONTRERAS

Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ha publicado más de 60 artículos especializados en revistas y obras colectivas nacionales y extranjeras, además de los libros Introducción al Derecho del Trabajo; Daño Moral por Término de Contrato de Trabajo; Derecho Colectivo del Trabajo; Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos; Lineamientos de Derecho del Trabajo; El Mobbing o Acoso Moral Laboral (en coautoría con Pamela Prado), y El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales.



SERGIO GAMONAL CONTRERAS

EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO

SEGUNDA EDICIÓN, ACTUALIZADA Y REVISADA

LexisNexis®

EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO
© SERGIO GAMONAL CONTRERAS
2007 LexisNexis • Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile • Teléfono: 600 700 8000 • www.lexisnexis.cl
Registro de Propiedad Intelectual Nº 166.265 • I.S.B.N. 978 - 956 - 238 - 722 - 4
1ª edición septiembre 2005 LexisNexis
2ª edición octubre 2007 LexisNexis
Tiraje: 500 ejemplares
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ADVERTENCIA

La Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

"Artículo 18

Cualquiera puede contratar sus servicios y su tiempo, pero no puede venderse ni ser vendido; su persona no es una propiedad alienable. La ley no admite la esclavitud; no puede existir más que un compromiso de servicios y retribución entre el hombre que trabaja y el que le da empleo.".

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 24 de junio de 1793. (Constitución Jacobina)

Nota a la segunda edición

La necesidad de realizar una segunda edición de esta obra se debe a los importantes cambios en el derecho positivo chileno introducidos por la ley Nº 20.087, sobre nuevo procedimiento laboral, en especial por el procedimiento de tutela de derechos, que regirá desde el 1º de marzo de 2008. Es así como hemos revisado y actualizado todo el texto original, agregando, además, dos acápites breves, por considerar que dichas enmiendas refuerzan la tesis de este ensayo. Por otra parte, hemos estimado conveniente incluir un índice de materias.

El autor

Índice General

Página

Nota a la segunda edición

Palabras preliminares 1

Capítulo I
Daño Moral y Derecho del Trabajo

1. Daño moral y derecho laboral 3
2. Su fundamento ético jurídico 8
3. El contrato de trabajo como relación jurídica de tutelas constitucionales múltiples 16
4. Daño moral e íter contractual 21
5. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? 23
6. El nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales 28

Capítulo II
El Daño Moral Precontractual

7. Las ofertas de trabajo y la discriminación laboral 33
8. Los exámenes y test de selección de personal 42

Página

CAPÍTULO III
EL DAÑO MORAL EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

9. LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR Y ALGUNAS DE SUS EXPRESIONES CONCRETAS 51
10. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN 64
11. EL ACOSO SEXUAL 66
12. EL ACOSO MORAL 84
13. LA LIBERTAD SINDICAL 88

CAPÍTULO IV
DAÑO MORAL Y TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO

14. EL TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO 91
14.1. El despido justificado 94
14.2. El despido injustificado 96
14.3. El despido abusivo 98
14.3.1. Concepto 98
14.3.2. El despido injustificado que deriva en un despido abusivo (antes de la vigencia de la ley Nº 20.087) 101
14.3.3. El despido abusivo expresamente reconocido en el Código del Trabajo (antes de la vigencia de la ley Nº 20.087) 103
14.4. El despido indirecto 105
15. INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO ... 107
15.1. Definiciones 107
15.2. Naturaleza jurídica 111
16. TEORÍAS ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR TÉRMINO DEL CONTRATO 128

Página

17. PROCEDENCIA Y FUNDAMENTO (ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY Nº 20.087) 132
18. JURISPRUDENCIA 141
19. EL DESPIDO ABUSIVO EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS DE LA LEY Nº 20.087 (DESDE LA VIGENCIA DE LA LEY Nº 20.087) 149

CAPÍTULO V
DAÑO MORAL POSTCONTRACTUAL

20. LAS OBLIGACIONES UNA VEZ FINALIZADO EL CONTRATO 155
21. JURISPRUDENCIA 156

CONCLUSIONES: ACERCA DE LA TESIS DE ESTE LIBRO 157
ÍNDICE DE MATERIAS 159
BIBLIOGRAFÍA 165

Palabras preliminares

1. En los capítulos de esta obra nos abocaremos al estudio del daño moral en el contrato de trabajo, desde una perspectiva de la dogmática laboral.

En consecuencia, este no es un ensayo de derecho civil o de derecho constitucional, sino uno de derecho del trabajo.

2. Aunque es cierto que el derecho de daños y, especialmente, lo referido al "daño moral" ha sido una materia propia del derecho civil, en el contrato de trabajo encontramos una serie de elementos extrapatrimoniales que involucran, en cierta forma, a la personalidad del trabajador, lo cual conlleva la necesidad de estudiar las proyecciones de esta situación en esta rama especial del derecho.

Por ello, analizaremos el daño moral en el contrato de trabajo sin entrar al examen de su evolución en la doctrina civil, tema, por lo demás, abordado ampliamente por dicha disciplina.

3. Por otra parte, y más allá de la autonomía del derecho del trabajo, nada obsta a que algunas normas del derecho común de los contratos sean aplicables a la relación de trabajo, siempre que dicha aplicación sea subsidiaria y no contravenga los principios del derecho laboral.

4. El estudio del daño moral en el íter contractual laboral implica, asimismo, cierta referencia a los derechos fundamentales del trabajador y su proyección en el contrato de trabajo.

Con todo, dichas referencias serán tangenciales ya que, por lo expresado anteriormente, esta es una obra especializada.

5. Por lo tanto, deseamos aclarar al lector que trataremos la materia desde una perspectiva laboral, sin perjuicio de reconocer las profundas vinculaciones del daño moral con el derecho civil y con el derecho constitucional.

6. Cabe hacer presente que hace algunos años fue publicado nuestro libro *El Daño Moral por Término del Contrato de Trabajo*.

Este libro no es una nueva edición de dicha obra, si bien se basa en sus análisis y en las tesis allí expresadas.

7. Para efectos de nuestro estudio, entendemos el daño moral según lo ha definido Carmen Domínguez como "todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente".[1]

8. No trataremos el daño moral derivado de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, por ser materia propia del derecho de la seguridad social.

9. Deseo agradecer la ayuda permanente en la elaboración de este trabajo de muchos buenos amigos y colegas, como es el caso de los profesores Francisco Tapia y Rodolfo Caballero, así como la especial colaboración de Francisco Walker y Pamela Prado, quienes realizaron numerosas observaciones al borrador de este libro, sin perjuicio de que la responsabilidad final del contenido de la obra es exclusiva del autor.

[1] Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral*, tomo 1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 83 y 84.

CAPÍTULO I
DAÑO MORAL Y DERECHO DEL TRABAJO

1. DAÑO MORAL Y DERECHO LABORAL

El daño moral y el derecho del trabajo se encuentran íntimamente entrelazados.

Los caracteres del contrato de trabajo, el binomio dirección/subordinación, la potestad disciplinaria del empleador así como la constatación de la *relación de poder* que subyace en este contrato dan cuenta de los elementos personales vinculados en el mismo, que trascienden lo meramente patrimonial.

En efecto, para la doctrina laboral el objeto de este contrato implica la persona toda del trabajador[2], y el nacimiento del derecho del trabajo obedece al fin preciso de proteger al proletariado del siglo XIX contra la explotación generada por un "capitalismo salvaje"[3]. Hace más de cien años, en 1890, Anton Menger destacaba la relación de dominación que subyacía en la relación obrero patronal[4].

[2] Vid. SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Nozioni di diritto del lavoro*, Nápoles, Jovene, 1963, p. 11.

[3] Cfr. RIVERO, Jean y SAVATIER, Jean, *Droit du travail*, París, PUF, 1993, p. 34.

[4] MENGER, Antón, *El Derecho Civil y los Pobres*, Granada, Editorial Comares, 1998, p. 279. Este autor señalaba: "Quien sin pasión juzgue las cosas, no podrá negar que el señorío ó dominio ejercido por el patrono sobre el obrero asalariado es, en su contenido y extensión, mucho más riguroso que el que en nuestros tiempos corresponde al cabeza de familia, sobre su mujer y sus hijos, al tutor sobre el pupilo". Agregando: "En rigor, un contrato de derecho privado que entraña una relación tal de dominación, bien ofrece un motivo de intervención para el Estado". MENGER, op.cit., p. 279.

Por otra parte, laboralistas como Otto Kahn-Freund, hacen presente que el contrato de trabajo más que una relación entre iguales encubre una suerte de *sujeción del trabajador*[5], o la *sumisión de la voluntad* frente al empleador.[6]

La subordinación del trabajador en el contrato de trabajo implica la existencia de un *poder privado de una persona sobre otra*, lo que hace necesaria una protección de los derechos de la persona y la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en las relaciones de trabajo.[7]

Es así como en el contrato de trabajo encontramos un ámbito donde la personalidad del trabajador y su interés moral y extrapatrimonial se encuentran especialmente comprometidos y, por cierto, susceptibles de ser vulnerados por las potestades del empleador.[8]

En consecuencia, la reparación del daño moral en el derecho laboral se sustenta en la "necesidad" de proteger de modo preferente la personalidad del trabajador, atendida la existencia de una serie de obligaciones que resguardan bienes extrapatrimoniales del mismo, como el honor, la dignidad y su integridad psíquica, conformando además el denominado contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.[9]

Por otro lado, cabe destacar que el derecho del trabajo no sólo busca la tutela del trabajador sino, en cierta forma, también resguarda una serie de derechos del empleador, lo que en palabras de Gérard Lyon-Caen podríamos denominar una *protección flexible* del operario.[10]

[5] Vid. KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 48 y 49.

[6] Cfr. SUPIOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 133 y 134.

[7] Vid. VERDIER, Jean-Maurice, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1990, p. 8.

[8] Sin perjuicio de que el trabajador también pueda producir un perjuicio moral en el empleador, situación que será excepcional. Cfr. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *La responsabilidad en el derecho del trabajo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, p. 755.

[9] Cfr. MANGARELLI, Cristina, *Daño moral en el derecho laboral*, Montevideo, Acali Editorial, 1984, pp. 62 y 63.

[10] El profesor francés Gérard Lyon-Caen constata que el derecho del trabajo está constituido por reglas e instituciones *reversibles*, que pueden coincidir con los intereses

Esta protección flexible está muy presente en el Código del Trabajo chileno (en adelante el Código), en el cual encontramos diversas normas que directamente benefician al empleador y que no podrían fundamentarse desde una óptica contractual.

Por ejemplo, toda la gama de potestades del empleador que se concretan en facultades como el ius variandi, la potestad reglamentaria, la potestad disciplinaria, el reconocimiento explícito de su facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa, su facultad de extender las cláusulas normativas de los instrumentos colectivos, etc., dan cuenta del delicado equilibrio que nuestro legislador ha tenido en esta materia y que tan pocas veces se reconoce en la antigua polémica sobre la flexibilidad laboral, más ideológica que técnica en nuestro país.[11]

Esta protección flexible fundamenta otro de los objetivos del derecho laboral (aparte del de protección), el *fin gemelo de pacificación social* tantas veces olvidado por los operadores del derecho del trabajo.[12] En este contexto podemos hablar de una verdadera *ambivalencia funcional* del ordenamiento laboral.[13]

Esta ambivalencia se ve complementada si se considera, como señala Óscar Ermida Uriarte, que el derecho internacional del trabajo surge con una doble finalidad, a saber, regular la competencia nacional e internacional y salvaguardar la dignidad humana, evitando la explotación económica del trabajador.[14]

Continuación nota [10]
de los empresarios o de los trabajadores según la perspectiva desde la cual se las examine. Cfr. Lyon-Caen, Gérard, *Le Droit du Travail, Une technique réversible*, París, Dalloz, 1995, p. 6. Este autor dice que el "Derecho del Trabajo es una Penélope transformada en jurista", vid. op.cit. p. 7.

[11] Cfr. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, "La Flexibilidad Laboral: apuntes críticos", Revista Laboral Chilena, enero 2003, pp. 60 y ss.

[12] Vid. DÄUBLER, Wolfgang, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 93.

[13] Cfr. GOLDIN, Adrián, *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003, p. 27.

[14] Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar, "Derechos Laborales y Comercio Internacional", V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2001, p. 285.

Por tanto, desde ya debemos aclarar que postular la plena procedencia del daño moral en el contrato de trabajo y el derecho a su reparación no es "una panacea más", ni "un nuevo resquicio para demandar a los empleadores" reforzando lo que algunos consideran la "excesiva tutela del trabajador". Por el contrario, el daño moral en el contrato de trabajo implica un reconocimiento a la relación de poder que lo subyace y hace presente la necesidad de una reordenación del equilibrio existente en este contrato, dadas las extensas facultades empresariales expresamente reconocidas por el Código.

En consecuencia, las indemnizaciones por daño moral en materia laboral deberán ser especialmente ponderadas por los jueces y ser aplicadas sólo ante situaciones de vulneraciones importantes de los intereses extrapatrimoniales de los trabajadores.

Cabe recordar, por otra parte, que distintas leyes vigentes tutelan al ciudadano y otorgan la posibilidad de obtener una reparación por daño moral en diversas situaciones.

En efecto, el art. 40 de la ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, contempla la reparación del daño moral.

El art. 23 de la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, estatuye que el responsable de los bancos de datos deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los mismos.

Asimismo, el art. 9° de la ley N° 19.779, que establece las normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas, establece responsabilidad por los daños causados cuando se transgrede la prohibición de discriminación en los ámbitos laboral, educativo y de salud. Se trata de una responsabilidad amplia y como el legislador no distingue comprende el daño moral.

En todos estos casos, salvo el último que expresamente extiende la tutela al ámbito laboral, la reparación del daño moral no podrá quedar inhibida por el solo hecho de que el ciudadano contrate laboralmente.

Por último, cabe agregar que la nueva ley N° 20.087 contempla un *Procedimiento de Tutela Laboral* en base al establecido en el derecho

español[15], que incide directamente en la temática del daño moral laboral. En efecto, esta normativa se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales, cuando los derechos humanos que expresamente se mencionan resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

La sentencia definitiva establecerá la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada y, en caso afirmativo, dispondrá las siguientes medidas de tutela:

(i) Ordenará, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato bajo apercibimiento de multa, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada.

(ii) Indicará 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 el mismo apercibimiento anterior, incluidas las indemnizaciones que procedan.

(iii) Aplicará las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas del Código del Trabajo.

(iv) 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 derechos fundamentales.

El punto (ii) claramente alude a la posibilidad de indemnizar el daño moral laboral. Analizaremos brevemente este procedimiento en el párrafo 6.

Un caso especialmente contemplado por la nueva ley N° 20.087 es cuando con ocasión del despido se produce una vulneración de derechos fundamentales. En estas situaciones, de acogerse la denuncia, el juez ordenará el pago de las indemnizaciones legales (del pre aviso y por años de servicio), con el correspondiente recargo de conformidad a las reglas generales y, adicionalmente, ordenará el pago de una indemnización que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses

[15] Capítulo XI arts. 175 y ss. del Real Decreto Legislativo N° 2/95, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

de la última remuneración mensual. Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio 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.

No cabe duda alguna de que la indemnización variable entre 6 y 11 meses es por daño moral.

2. SU FUNDAMENTO ÉTICO-JURÍDICO

Aunque puede haber daño moral por incumplimiento de obligaciones contractuales no directamente vinculadas con los derechos fundamentales de los afectados, como por ejemplo el no pago de las imposiciones del trabajador, opinamos que los casos más claros de reparación del daño moral laboral se dan en el contexto del denominado contenido ético-jurídico y de los derechos fundamentales de los contratantes.

Al respecto, cabe recordar que una parte importante de la doctrina nacional ha distinguido tres contenidos en el contrato de trabajo: a) de naturaleza jurídico institucional: comprensivo de la facultad de mando del empleador y del deber de obediencia del trabajador; b) patrimonial: consistente en la obligación de prestar los servicios convenidos así como su respectiva remuneración, y c) ético jurídico: basado en que el contrato de trabajo tiene un profundo contenido ético con manifestaciones jurídicas.[16]

En efecto, el contrato de trabajo es producto de una combinación o síntesis de la tradición romanista y germanista de la relación de trabajo, o sea de *una combinación de las nociones de cambio y de vínculo personal*[17], entre una *situación contractual o estatutaria*[18], lo que en cierta forma configura el denominado contenido ético-jurídico.

[16] Cfr. THAYER, William y NOVOA, Patricio, *Manual de derecho del trabajo*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pp. 167 y 168.

[17] SUPIOT, op. cit., p. 38.

[18] Respecto de la tesis del vínculo personal, vid. GIERKE, Otto von, *Las raíces del contrato de servicios*, Madrid, Civitas, 1989, p. 35.

Este autor señalaba a comienzos del siglo pasado que el contrato de servicios del derecho alemán se basa en el derecho de las personas, específicamente en el "contrato de

Este contenido ético jurídico responde a la tradición germánica recogida por el derecho del trabajo. Si bien en Chile y en el mundo ha predominado la tesis contractual, de intercambio de prestaciones patrimoniales, el contenido mínimo impuesto por ley al contrato recoge muchos de los elementos de las relaciones de vasallaje como vínculo personal de fidelidad recíproca que se emparenta con los vínculos familiares.

Este contenido ético-jurídico ha fundamentado para algunos autores la "concepción comunitaria del contrato de trabajo" como una suerte de comunidad de intereses entre trabajadores y empleadores. Esta concepción se opone a la tesis del conflicto industrial que ve en el contrato de trabajo un conflicto inevitable de intereses entre empleadores y trabajadores, donde el legislador entra a mediar y la autonomía colectiva logra armonizar transitoriamente dichos intereses. La concepción comunitaria ha sido muy criticada, en especial por su carácter corporativista y reductor de las relaciones de trabajo.

No obstante las críticas a la concepción comunitaria de la relación de trabajo y, específicamente, al contenido ético-jurídico como manifestación especial de la buena fe contractual[19], es difícil negar que en el

Continuación nota [18]

servicios fiel", configurado desde la época de los francos y consistente en la propia entrega a la prestación de un servicio sin sacrificio de la personalidad (p.15). Para GIERKE "la analogía romana del arrendamiento de cosas condujo a la equiparación del trabajo con la entrega de un bien para el uso ajeno y obligó a la conformación del arrendamiento de servicios en el sentido de un puro negocio jurídico patrimonial de intercambio. El modelo de la relación de servicio fiel hizo reparar en que el trabajo constituye algo que fluye inseparablemente de la personalidad, inclusive para el trabajo en grupo, dando al contrato de servicios un contenido jurídico-personal..." (p. 55).

Las críticas a la concepción de GIERKE, se encuentran expuestas en el análisis de BARREIRO GONZÁLEZ, Germán que acompaña la edición de su obra anteriormente citada. Básicamente la doctrina destacó que la tesis de GIERKE era más bien romántica al no tener sustento histórico y desconocer que en no todos los contratos de servicios se originan vínculos jurídicos personales entre las partes. Por otro lado, la obra de GIERKE ha sido evaluada como un aporte de interés que ha permitido destacar los contenidos no obligacionales del contrato de trabajo. Cfr. pp. 73 y ss.

[19] Vid. MARTÍN AGUADO, Ángel, "Actuaciones Irregulares que Afectan a la Libertad, Dignidad o Vida Privada del Trabajador. Límites Constitucionales al Poder de Dirección

contrato de trabajo subsiste por un lado el conflicto entre los intereses del empleador y del trabajador, expresado entre otras manifestaciones por el derecho de negociación colectiva y de huelga, así como una vinculación personal que en cierta medida responde a dicha concepción comunitaria.[20] En este sentido pensamos que el contrato de trabajo tiene un *contenido dual (comunitario/conflictivo) no necesariamente contradictorio*, ya que la sola conflictividad difícilmente podría permitir el desarrollo y la ejecución del contrato. Rechazamos las visiones maniqueístas en esta materia, que han ocupado extensas reflexiones de la doctrina laboral.

Un punto distinto son los límites que se imponen a estos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, producto de la dignidad del trabajador y de la vigencia de sus derechos fundamentales inespecíficos.[21]

La doctrina chilena ha fundamentado la procedencia del contenido ético-jurídico en la buena fe objetiva consagrada art. 1546 del Código Civil, en los siguientes términos "los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".[22] Además, la buena fe tiene una especial proyección en el ámbito laboral y de relaciones industriales.

Continuación nota [19]
Empresarial", y VALDÉS DAL RÉ, Fernando, "Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador", ambos en *Autoridad y Democracia en la Empresa* (al cuidado de Joaquín APARICIO y Antonio BAYLOS), Madrid, Trotta, 1992, pp. 56 y 28, respectivamente, y ROJAS RIVERO, Gloria, *La Libertad de Expresión del Trabajador*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 59 y ss.

[20] Este vínculo personal está presente en los ordenamientos jurídicos de países muy disímiles al nuestro, como por ejemplo, en el derecho laboral de Finlandia encontramos deberes ético-jurídicos al igual que en el caso chileno. Cfr. KAUPPINEN, Timo y KAIRINEN, Martti, "New forms of Work and the future of subordination in the evolution of the Finnish labour law", *Le Transformazioni del Lavoro*, La crisi della subordinazione e l'avvento de nuove forme di lavoro, Milán, Franco Angeli, 1999, pp. 76 y 77.

[21] Vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Ciudadanía en la Empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, p. 73.

[22] Vid. MERA MANZANO, Rubén, "El contenido ético del contrato de trabajo", en *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* en Homenaje al profesor don Francisco Walker Linares, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 199.

Se trata de obligaciones que se integran a la ejecución de buena fe del contrato por expresa disposición de la ley, en diversos preceptos del Código, especialmente en todo lo relativo al deber de seguridad del empleador, estatuido en el Libro II de dicho texto legal (arts. 184 y siguientes).[23]

Además, concurren en la fundamentación del contenido ético-jurídico las siguientes razones complementarias a la ya expuesta:

a) La obligación del trabajador prestada en condiciones de subordinación compromete su propia persona, ya que destina parte de sus energías físicas y mentales para realizar su labor bajo la potestad de mando, reglamentaria y disciplinaria del empleador, lo que difiere de las demás prestaciones y lo involucra en forma singular y personalísima;

b) Los principios del derecho laboral y el alcance de muchos de los preceptos del Código, especialmente los de terminación del contrato de trabajo por causales de caducidad, como la de falta de probidad, dan cuenta de la recepción de estos deberes, y

c) Como el contrato de trabajo es de tracto sucesivo el trabajador se inserta en la estructura de la empresa, lo cual obviamente origina vínculos personales y permanentes, constituyéndose una gran diferencia en relación a la contratación civil y comercial.

En cuanto a los deberes específicos que conforman el contenido ético jurídico, por ir más allá de lo meramente patrimonial, podemos mencionar los siguientes:

I) Por parte del empleador, el deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador[24]; el deber general de protección del empleador[25]; el deber de higiene y seguridad[26]; el deber de previsión[27] ; el deber de

[23] En idéntico sentido la jurisprudencia nacional ha hecho presente en los accidentes del trabajo que constituye un deber contractual del empleador el velar por la salud y seguridad de sus trabajadores.

[24] Se deduce este deber de las causales de caducidad establecidas en el artículo 160 Nº 1 del Código del Trabajo.

[25] Nuestro Código titula su Libro II como "De la protección de los trabajadores".

[26] Artículo 184 del Código del Trabajo.

[27] Entre otras manifestaciones, podemos citar el artículo 184 inciso segundo del Código.

ocupación efectiva y adecuada[28] y el deber de capacitación y educación.[29]

II) Por parte del trabajador, el deber de diligencia y de colaboración; el deber de fidelidad, y el deber de lealtad.[30]

Por tanto, en la dinámica de las relaciones laborales pueden producirse diversos tipos de daños, materiales y morales, estos últimos en cuanto violación del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

Un temprano reconocimiento legislativo de esta realidad fue realizado por la ley N° 16.744, de 1968, cuyo art. 69 letra b) establece la posibilidad de que el empleador tenga que indemnizar el daño moral por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales cuando dichas situaciones se deban a su culpa o dolo. Se trata de una responsabilidad por daño moral contractual respecto del trabajador afectado por la enfermedad o el accidente, según el caso.

En el ámbito de los textos normativos, encontramos, tanto en el derecho internacional del trabajo como en nuestro derecho nacional, diversos preceptos que aluden en cierta forma al contenido ético-jurídico de las relaciones de trabajo.

En el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1919, se señala que "existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales". Posteriormente, en la Declaración de Filadelfia (1944), relativa a los fines y objetivos de esta Organización, e incorporada como anexo a la Constitución de la OIT, se expresa que: "I La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: a) el trabajo no es una mercancía.". Más adelante, en el párrafo II se

[28] La Corte Suprema ha estimado que constituye incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, por parte del empleador, cuando éste no otorga a los trabajadores los medios necesarios para realizar el trabajo convenido. Cfr. MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, *Derecho del Trabajo*, tomo 1, Santiago, ConoSur, 2000, p. 298.

[29] Los arts. 179 y ss. del Código del Trabajo se ocupan de la capacitación ocupacional.

[30] Cfr. THAYER y NOVOA, op. cit., pp. 322 y ss.

afirma que: "a) 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, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.".[31]

Además, la OIT aprobó en 1998 la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, destacando en ella que todos sus Miembros tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo, es decir:

a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y

d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Así, por ejemplo, el art. 5° inciso primero dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

En el contrato de trabajadores de artes y espectáculos el Código del Trabajo dispone en su art. 145-A inciso final que el contrato de trabajo no podrá afectar en ningún caso la libertad de creación del artista contratado. Se trata de la tutela de un derecho de rango constitucional (art. 19 N° 25° de la Constitución Política) que puede verse afectado por la potestad de mando del empleador.

Asimismo, la ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, estatuye como incumplimiento grave de las obligaciones del contrato que el empleador introduzca alteraciones sustanciales en el material informativo del periodista, sin el consentimiento de éste, indentificándolo como de su autoría con su nombre, cara o voz.

[31] Debemos recordar que por el solo hecho de que un Estado sea miembro de la OIT implica que se encuentra obligado por sus normas.

En materia de término de contrato, el art. 160 N° 1 del Código del Trabajo establece como causal de caducidad (y también de despido indirecto cuando es el empleador quien incurre en estos incumplimientos, según el art. 171) alguna de las siguientes conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;

b) Conductas de acoso sexual;

c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y

e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

Por otra parte, el art. 2° del Código dispone, en su nuevo inciso segundo, agregado por la ley N° 20.005 (que tipifica y sanciona el acoso sexual), que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona.

Además, sus incisos tercero y cuarto disponen que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, definidos como 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.

Por su parte, el art. 154 inciso final establece que las medidas 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.

El art. 154 bis precisa que el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.

Por otro lado, en materia de prácticas desleales o antisindicales, el Código contempla en tres preceptos esta posibilidad:

a) En el art. 291 letra a) dispone que incurren en un atentado a la libertad sindical los que "ejerzan fuerza física o moral en los trabajadores…".

b) El art. 387 inciso segundo letra d) estatuye que será una práctica desleal del empleador en la negociación colectiva "el que ejerza fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas…".

c) El art. 388 inciso segundo letra b) reitera que cometerán una práctica desleal los que ejerzan fuerza "física o moral en las personas…" y su letra c) establece que será considerada práctica desleal "los que acuerden con el empleador la ejecución por parte de éste de prácticas atentatorias contra la negociación colectiva y sus procedimientos, en conformidad a las disposiciones precedentes, y los que presionen física o moralmente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos…".

No cabe duda de que en todas las normas citadas la "fuerza moral" puede producir un "daño moral" que deberá ser reparado.

Cabe destacar el contenido del art. 184 del Código, que establece el deber de seguridad, en el sentido de que el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores.

Sin duda, este precepto recoge expresamente el mandato constitucional de tutela de la integridad física y psíquica de las personas, en este caso del trabajador, permitiendo que la transgresión de esta norma durante el contrato de trabajo origine la correspondiente responsabilidad por indemnización del daño moral.[32]

Finalmente, debemos citar nuevamente el art. 1546 del Código Civil chileno, sobre la ejecución de buena fe de los contratos, que obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Por tanto, la procedencia del daño moral en el contrato de trabajo no sólo se limita a las normas que expresamente lo contemplen, sino también por el incumplimiento de obligaciones que procedan por la naturaleza del contrato de trabajo, en el cual se

[32] En el mismo sentido, existe en el derecho italiano la obligación contemplada en el artículo 2087 del Código Civil relativa a la obligación del empleador de adoptar todas las medidas necesarias para tutelar la salud física y psíquica del trabajador. Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit. tomo 1, p. 320.

involucran permanentemente aspectos vinculados a la personalidad de las partes.[33]

3. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO RELACIÓN JURÍDICA DE TUTELAS CONSTITUCIONALES MÚLTIPLES

El contrato de trabajo constituye un vínculo personal, conformando por medio de la subordinación una suerte de *mini Estado*, donde el empleador opera como poder público y el trabajador como ciudadano.

Esto conlleva que el contrato de trabajo es excéntrico respecto del derecho de los contratos, toda vez que su ejecución subordinada a través del tiempo implica que el trabajador se encuentra sujeto a un poder privado durante gran parte de su vida.

Por ello, el contrato de trabajo no es asimilable a las figuras contractuales tradicionales, como por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, la hipoteca, el mutuo, el mandato, etc. En estas figuras una parte puede obtener ventajas de la otra, puede verse favorecida por las condiciones de mercado, haciendo "un buen negocio", no obstante se trata de una situación muy diferente a un contrato de trabajo. Por ejemplo, el mercado inmobiliario es demostrativo de esta situación, en épocas de crisis se puede vender o comprar a buenos precios, según la urgencia del vendedor o comprador. Con todo, ¿podríamos postular en estas situaciones que se ha vulnerado un derecho fundamental del contratante débil? Difícilmente, sólo se ha efectuado un mal (o buen) negocio.

Un segundo estadio, con un matiz distinto está dado en la contratación masiva, en los contratos por adhesión. Por ello, el derecho del consumidor adopta una serie de resguardos de orden público respecto del contratante débil, debilitándose el principio de la autonomía privada. En estos casos podemos encontrar situaciones en que puede verse vulnerado gravemente un derecho fundamental, por ejemplo en los contratos de salud con las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES).

[33] En la misma línea, en el derecho español, vid. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit. tomo 1, p. 419. Por otra parte, también en el derecho francés, con la aplicación de la teoría de las "obligaciones de seguridad", de principios del siglo XX, consistente en la obligación del deudor de conservar la integridad física y psíquica del acreedor en determinados contratos. Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit., p. 431.

Un tercer estadio está dado por el contrato de trabajo, donde un sujeto privado se somete a la voluntad de otro con fines de realizar una labor dependiente.

Esta sumisión enmarcada jurídicamente por el poder de *dirección/subordinación* tiene alcances muchos más extensivos y extremos respecto del contratante débil que las ya descritas.

En efecto, en este contrato el trabajador debe generalmente cumplir un horario, permanecer en la sede de la empresa, obedecer las instrucciones del empleador, ocupar el uniforme institucional, cambiar de puesto en caso de jus variandi, solicitar permiso si tiene inconvenientes graves de carácter personal, por ejemplo, enfermedad de los padres, accidente del cónyuge o de un hijo[34], etc., solicitar autorización para cosas tan elementales como ir al banco, etc.

Desde una perspectiva jurídica, las manifestaciones de esta subordinación son múltiples y variadas:

- Obligación de asistencia
- Cumplimiento de horario
- Subordinación a las instrucciones, órdenes y dirección del empleador
- Prestar servicios en forma continua y permanente
- Cumplir la jornada de trabajo
- Estar sometido a control, supervigilancia, fiscalización y supervisión de sus actividades
- Dar cuenta de las labores realizadas
- Requerir autorización para salir del trabajo
- Estar a disposición del empleador
- Tener exclusividad en los servicios

Además, la legislación laboral consagra y reconoce esta potestad de dirección en la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa

[34] Es cierto que si el trabajador falta por una causa de esta naturaleza, su inasistencia será justificada. Sin embargo, dado el poder del empleador es probable que sea más conveniente al trabajador obtener una autorización del mismo en este sentido. Respecto de las enfermedades graves de los hijos, la regulación del artículo 199 bis es absolutamente insuficiente.

(art. 306 inciso segundo), en la potestad del jus variandi (art. 12), en la extensión del contrato colectivo (art. 346) y en la facultad disciplinaria (art. 154), entre otras potestades.

Asimismo, las nuevas técnicas de manejo de los "recursos humanos" pueden afectar el ejercicio de algunos derechos del trabajador, cuando las políticas de personal implican la coordinación de los fines institucionales con los objetivos de vida del empleado. En estos casos, es fácil que pueda haber abusos y se intente influir en las opciones más personales del laborador, como su libertad religiosa o de expresión.

Por último, las nuevas tecnologías amplían aún más los poderes del empleador, ya que mecanismos como las cámaras de video pueden favorecer la vigilancia directa y en tiempo real del trabajador (cibervigilancia o telesubordinación).

Por tanto, el contrato de trabajo no es una figura contractual más que pueda implicar sólo un buen o un mal negocio, sino que constituye toda una *situación de vida* que comprende gran cantidad de horas al día donde el trabajador se encuentra bajo la potestad particular del empleador.

Toda esta *situación de vida* del contrato de trabajo compromete fuertemente los derechos constitucionales del trabajador. Es por ello que postulamos que el contrato de trabajo se constituye como una *relación jurídica de tutelas constitucionales múltiples*.

En efecto, en este contrato encontramos implicados los derechos fundamentales de cuatro formas distintas, a saber:

1. Las garantías constitucionales de carácter laboral propiamente tal.

Nos referimos a los derechos fundamentales de la libertad de trabajo y su protección, la justa retribución y la libertad sindical.

Estos derechos se encuentran desarrollados en el Código en sus diversas disposiciones, relativas a remuneraciones, topes de jornada, descansos, feriados, etc.

En consecuencia, la transgresión de estas disposiciones vulnera directamente dichas garantías constitucionales.

2. Los derechos laborales inespecíficos

Estas garantías comprenden los derechos fundamentales que detenta el trabajador en su calidad de persona, y que, por ende, comparte con el resto de los seres humanos.

Son derechos fundamentales de más amplia cobertura que la libertad sindical o la justa retribución, ya que se trata de derechos tales como la integridad psíquica, la vida privada, la libertad de conciencia y religiosa, la libertad de expresión, etc., en los que no es necesario tener la calidad de trabajador para ser titular de los mismos.

Es cierto que las garantías laborales propiamente tales tienen un efecto expansivo, como ha ocurrido con la libertad sindical. No obstante, los derechos fundamentales inespecíficos son de cobertura más amplia.

La reinvindicación de estos derechos fundamentales inespecíficos al interior de la empresa, bajo el rótulo de la "ciudadanía en la empresa", constituye uno de los avances de la doctrina laboral de los últimos treinta años.

No cabe duda alguna de que la *situación de vida* del trabajador en el contrato de trabajo lo deja expuesto a abusos de poder que pueden afectar gravemente sus derechos inespecíficos.

Podemos decir que esta nueva forma de tutela ha llegado *desde lo alto del sistema normativo*, o sea desde la Constitución ha descendido al contrato de trabajo.

3. Existe un efecto que no ha sido estudiado con detención, pero que es de gran trascendencia y consiste en el hecho de que muchas disposiciones del Código también tutelan derechos fundamentales inespecíficos.

Sin embargo, a diferencia del punto anterior, esta forma tradicional de tutela se da *desde lo bajo del sistema normativo*, o sea desde el contrato de trabajo hacia la Constitución.

El ejemplo más claro de lo anterior está dado por el deber de seguridad del empleador (arts. 184 y ss. del Código) y las normas de protección de la maternidad (arts. 194 y ss.). Se trata de preceptos legales que no se vinculan directamente con los derechos constitucionales laborales específicos y que tampoco derivan del desarrollo de la ciudadanía en la empresa, sino del desarrollo dogmático y legal tradicional del derecho del trabajo y que incide directamente en derechos constitucionales inespecíficos, como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas.

4. Derechos como la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad también se encuentran comprendidos en el contrato de trabajo, tanto respecto del empleador como del trabajador.

En el caso del empleador el derecho de propiedad adquiere una configuración especial a la luz de la función social de propiedad garantizada en nuestro texto constitucional.

En consecuencia, si en el derecho de los contratos en general están implicados derechos constitucionales como la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad, en el contrato de trabajo encontramos una pluralidad de derechos constitucionales comprometidos, a saber, los derechos fundamentales propiamente laborales y los derechos fundamentales inespecíficos propios de las personas, desde el derecho a la vida hasta el de propiedad, según hemos expuesto anteriormente.

Esta *relación jurídica de tutelas constitucionales múltiples* que es el contrato de trabajo[35], conlleva dos consecuencias importantes.

Primero, la transgresión de las normas laborales abre muchos espacios al daño moral y su indemnización. Los perjuicios de las infracciones laborales no sólo son patrimoniales sino también morales, dada la naturaleza y entidad de los derechos en juego.

Segundo, el contenido ético-jurídico se ve en cierta forma reforzado por la presencia de esta pluralidad de derechos fundamentales en la relación de trabajo, ya que derechos como el deber de seguridad tienen fundamento directo en la Constitución. Por otro lado, este contenido resulta restringido, ya que los deberes del trabajador como el de lealtad o el de fidelidad se encuentran limitados por estos derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad de expresión.

[35] En la doctrina italiana Avio distingue tres tipos de derechos constitucionales en materia laboral: (1) derechos propiamente laborales, como el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, y (2) derechos laborales derivados de derechos de las personas que en el contrato de trabajo asumen un perfil especial ya que pueden peligrar cuando el ciudadano trabaja en forma subordinada, por ejemplo, el descanso semanal y el derecho de feriado (estatuidos por la Constitución italiana) constituyen un desarrollo más específico del derecho a la salud, y la libertad sindical es una expresión del derecho general de asociación. Con todo, (3) los derechos de las personas (como el derecho a la salud o a la tutela de la personalidad) no son alternativos a los derechos del trabajador, por tanto se suman como tercera categoría a la enunciación dual efectuada. Desde esta perspectiva los derechos de las personas constituirían un "mínimo común denominador", que puede verse reforzado en el caso de que la persona pase a tener el rol de trabajador subordinado. Cfr. Avio, Alberto, *I Diritti Inviolabili nel Rapporto di Lavoro*, Milán, Dott. A. Giuffré Editore, 2001, pp. 186 a 190.

4. DAÑO MORAL E ÍTER CONTRACTUAL

El daño moral en materia laboral puede darse en diversos supuestos, tanto en una etapa precontractual, de ejecución del contrato, al término del mismo y poscontractual, generándose, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual.[36]

En la etapa precontractual, puede producirse un daño moral en el proceso de selección del trabajador, violentando su derecho a la intimidad si se le solicitan datos personales más allá de lo razonable o necesario para determinar su experiencia y capacidad. Asimismo, puede transgredirse su derecho a la vida privada indagando en su situación familiar, sus formas de recreación, las actividades que realiza con su familia en el período de vacaciones, sus convicciones políticas, religiosas o sindicales. Lo mismo ocurre con las listas negras, que afectan y dañan el derecho a la imagen del trabajador.[37]

En la etapa de ejecución del contrato puede ser necesario resarcir el daño moral cuando se incumplen obligaciones que no impliquen su término.[38]

Es un principio firme que el empleador no puede intervenir en la vida familiar, religiosa o política del trabajador, y que las libertades públicas tienen proyección dentro de la empresa.

Existen muchas situaciones durante el desarrollo del contrato que pueden producir un daño moral, como ocurre con el uso abusivo del jus variandi o cuando se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, por las medidas de revisión y control que establezca la empresa.[39]

[36] Sobre las alternativas de reparación del daño moral laboral, vid. PRADO LÓPEZ, Pamela, "La reparación del daño moral ocasionado al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo", en *Revista Laboral Chilena*, mayo de 2005, N° 136, pp. 78 y ss.

[37] Un desarrollo más completo de los ejemplos citados en Süsseskind, Arnaldo; Délio, Maranhão; Segadas, Vianna, y Lima, Texeira, *Instituçiões de Direito do Trabalho*, Vol. 1, San Pablo, LTR, 1997, pp. 631, 634, 635 y 639.

[38] PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, pp. 606 y 607. Consultar MANGARELLI, op. cit. "*Daño moral en el ...*", pp. 66 y ss. y p. 94, y MANGARELLI, Cristina, *Despido abusivo e incumplimiento contractual*, Criterios para la estimación del daño, Montevideo, B de F, 1992, p. 17.

[39] Respecto de la vulneración del derecho a la intimidad, consultar Süsseskind y otros, op. cit. Vol. I, p. 632.

Del mismo modo, puede afectarse la honra del trabajador cuando se le sanciona disciplinariamente en forma infundada, por ejemplo, por falta de honradez, en virtud del poder de mando del empleador.[40]

Producido un daño moral durante el contrato[41] procede pedir la reparación del mismo y es factible también solicitar el cese de las acciones que continúan provocando sus efectos en el tiempo. El nuevo procedimiento de tutela de derechos (ley Nº 20.087) regula, entre otros casos, esta situación cuando se vulnera un derecho fundamental.

Además, durante la ejecución del contrato, puede producirse un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, donde expresamente se contempla la reparación del daño moral, al tenor de lo dispuesto en el art. 69 letra b) de la ley Nº 16.744. Esta responsabilidad es de naturaleza contractual respecto del trabajador, en caso de que el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo del empleador, claramente deducida del deber de seguridad que establece el art. 184 del Código.

Cabe recordar que, en nuestro derecho, la obligación accesoria de seguridad en el contrato de transportes da origen a reparación del daño moral contractual.[42] Del mismo modo, el deber de seguridad en derecho laboral implica responsabilidad contractual. Como estudiaremos más adelante este deber de protección no sólo abarca las enfermedades profesionales y los accidentes del trabajo, sino también otros asuntos como el acoso sexual y el mobbing.

[40] En esta materia, ver lo señalado por Süsseskind y otros, op. cit. Vol. 1, p. 637.

[41] Diversos ejemplos de daño moral en materia laboral se encuentran en Florindo, Valdir, *Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 3a. edición, San Pablo, LTr, 1999, p. 69 y notas 21, 22 y 23.

En cuanto al daño moral en el derecho brasileño, revisar Siqueira Neto, José Francisco, "Dano Moral e as Relaçôes de Trabalho", *Direito do Trabalho & Democracia*, Apontamentos e Pareceres, San Pablo, LTr, 1996, pp. 97-121.

[42] Cfr. JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, "Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001", en *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado I, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, p. 177.

En cuanto a la indemnización del daño moral producido al término del contrato y en la etapa poscontractual, hemos postulado su indemnización cuando se trata de un despido abusivo.[43]

En el curso de este ensayo nos abocaremos a los principales supuestos de indemnización del daño moral en el contrato de trabajo.

5. ¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL?

Antes de entrar al análisis de los casos más importantes de indemnización del daño moral laboral, debemos referirnos a la naturaleza de la responsabilidad que conlleva.

El daño moral producido en la etapa precontractual y en la poscontractual deberá regirse por las normas de la responsabilidad extracontractual. En efecto, si por ejemplo un postulante a un puesto de trabajo es discriminado en su entrevista personal, o en los requisitos exigidos, la responsabilidad será extracontractual. Asimismo, si una vez terminado el contrato el empleador atenta, por ejemplo, durante el transcurso del juicio por despido injustificado en contra del honor o integridad psíquica de su ex empleado, la responsabilidad será aquiliana.

En cuanto al daño moral producido durante la ejecución del contrato, no cabe duda alguna de que originará responsabilidad contractual, como ha sido reconocido expresamente en los casos de los accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, cuando la demanda se produce entre las partes vinculadas por el contrato de trabajo.[44]

Como enunciamos en el acápite anterior, existen numerosas situaciones que pueden generar una indemnización del daño moral laboral por las reglas de la responsabilidad contractual, por ejemplo, una discriminación arbitraria, la vulneración de derechos laborales inespecíficos, o la violación de la libertad sindical.

[43] Cfr. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El daño moral por término del contrato de trabajo*, Santiago. Editrem, 2000. Este libro está disponible en la página web: www.unicz.it/lavoro/AL_NEWS.htm

[44] En las demás situaciones, se tratará de responsabilidad extracontractual, por ejemplo, cuando demande un tercero cónyuge o hija o hijo de la víctima del accidente.

En todos estos casos nos encontramos ante obligaciones laborales que emanan directamente de la normativa que el Código del Trabajo ha establecido, ya sea por la obligación de seguridad en el art. 184 de dicho texto legal, o por otras obligaciones que emanan de las normas que hemos enumerado en esta obra (por ejemplo, arts. 2°, 5° y 160), o por obligaciones que emanan de la naturaleza de la obligación laboral (art. 1546 del Código Civil) y que se relacionan directamente al vínculo personal que se genera en el contrato de trabajo.

Incluso en estos casos el empleador no podrá eximirse de su responsabilidad alegando la "imprevisibilidad" de este daño. Como señala Carmen Domínguez "en ciertos contratos la vinculación a la persona y, en especial, a su integridad física y psíquica, es tan directa que las partes han debido prever que su incumplimiento, en determinadas condiciones, puede producir secuelas graves en algunos de esos bienes. El deudor no puede invocar su imprevisibilidad, porque se entiende que es inherente al contrato, al deber de prestación en él contenido, el velar por la seguridad del acreedor".[45]

De la Fuente explica que en materia de derecho laboral el daño moral se regirá por las normas de la responsabilidad contractual, ya que el incumplimiento del empleador constituye una infracción al contrato de trabajo, sin perjuicio de que se pueda incurrir en responsabilidad extracontractual si el daño moral es ocasionado por un acto extraño al contrato, o luego de su extinción.[46]

En Chile el legislador contempla expresamente la indemnización del daño moral durante la ejecución del contrato cuando se discrimina a un trabajador con sida. En efecto, la ley N° 19.779 que establece normas

[45] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit. tomo 2, p. 551. Esta autora agrega: "De esta forma, el vacío del contrato, el silencio de las partes, no es un dato suficiente para reputar al daño moral, y en general a todos los perjuicios como extracontractuales. Por el contrario, esa conclusión sólo es posible una vez que aplicados los criterios integradores antes referidos, resulte que no existía ningún deber contractual de respeto a los bienes o intereses afectados por el daño. En otros términos, primero habrá que estudiar si, de acuerdo con la buena fe y los demás parámetros aludidos, el daño deriva del incumplimiento de una obligación accesoria a la prestación principal" (p. 631).

[46] Citado por MANGARELLI, op. cit., "Daño moral...", p. 59.

relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación especial para enfermedades catastróficas, establece en su art. 7° que no podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, *ni la permanencia ni renovación de sus empleos, ni su promoción*, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen (el destacado es nuestro).

Por su parte, el art. 9° de esta ley establece responsabilidad por los daños causados cuando se transgrede la prohibición de discriminación en el ámbito laboral, específicamente lo dispuesto en el mencionado art. 7°. Se trata de una responsabilidad amplia y como el legislador no distingue comprende el daño moral laboral.

Asimismo, el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales (ley N° 20.087), que expondremos brevemente más adelante, alude claramente a la indemnización del daño moral contractual laboral durante la ejecución del contrato.

Una situación controvertida ha sido la del daño moral producido por el término del contrato de trabajo.

En nuestra opinión, el daño moral producido en estos casos es de carácter contractual, por transgredir el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo. Por el contrario, parte de la doctrina civil y de la jurisprudencia han estimado que debe resarcirse según las reglas de la responsabilidad extracontractual.[47]

Para dilucidar este problema, debe considerarse el alcance de los contratos de trabajo a la luz del art. 1546 del Código Civil, que dispone que los "contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

En consecuencia, la ejecución de buena fe de los contratos no se limita a su tenor literal, sino a todas aquellas obligaciones derivadas de

[47] Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Reparación del daño moral por despido injustificado", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 2, pp. 431-445.

su naturaleza, de la ley o la costumbre. Lo anterior es de gran importancia si se considera, como ya hemos explicado, la naturaleza del contrato de trabajo, el poder de dirección/subordinación que éste implica y el carácter personal de los servicios, lo que determina que el empleado se encuentre bajo el poder privado del empleador.

La tesis contraria sostiene que el daño moral por término de contrato de trabajo debe regirse por las reglas de la responsabilidad extracontractual, ya que el perjuicio moral se produce al término de la relación laboral, una vez cesado el contrato.

Discrepamos de esta opinión, ya que el daño moral por término del contrato de trabajo es producto de un hecho (el despido aparentemente injustificado o abusivo o las acciones que motivan el despido indirecto) que transgrede las obligaciones contractuales que configuran el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, reconocido en nuestro Código, siendo indiferente que los efectos del daño puedan percibirse cuando el contrato ya no está vigente.

Además, en el caso del despido indirecto la responsabilidad por el daño moral laboral es contractual, ya que los hechos en que se funda radican en el incumplimiento de una obligación jurídica preexistente entre las partes de la relación laboral.

Desde el año 2001, la ley N° 19.759 ha reforzado la tesis de la procedencia del daño moral contractual en materia laboral, al enmendar el art. 2° del Código y establecer que la prohibición de los actos de discriminación y las obligaciones que de ella emanen se entenderán "incorporadas en los contratos de trabajo" que se celebren (inciso penúltimo). Por tanto, cualquier despido por motivos discriminatorios generará responsabilidad contractual, por expresa disposición legal.

La ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, confirma la tendencia de aceptar indemnizaciones por daño moral contractual en materia laboral, al disponer, en el nuevo inciso segundo del art. 171, que el trabajador podrá reclamar, en forma simultánea, en el caso de las causales del art. 160 letras a) y b), las indemnizaciones del despido indirecto así como "las otras indemnizaciones a que tenga derecho". De esta forma, el legislador estatuye en forma expresa la responsabilidad contractual respecto de estas otras indemnizaciones.

Estas otras indemnizaciones podrán comprender el daño moral y dicho reclamo simultáneo será en la sede laboral. Lo anterior se ve ratificado con el nuevo procedimiento de tutela de derechos, de la ley N° 20.087, donde el juez del trabajo conocerá del despido atentatorio de derechos fundamentales y del despido discriminatorio grave, indemnizando el daño moral según el caso.

Por su parte, en materia civil la doctrina buscando un parámetro lo más objetivo posible con el fin de delimitar la responsabilidad extracontractual de la contractual, ha comparado entre la situación del contratante perjudicado y de terceros igualmente afectados por dicho incumplimiento.

Para estos efectos, se indica que habrá responsabilidad extracontractual cuando el perjuicio causado a la víctima se produce con ocasión de la convención, pero en condiciones de hecho en que podría encontrarse en forma idéntica un tercero. Por el contrario, será responsabilidad contractual cuando el perjuicio producido a la víctima no hubiera podido ocurrir de no haberse encontrado vinculada al responsable por un contrato.[48]

De esta forma, el daño moral producido con ocasión de un contrato pero no como un incumplimiento del mismo, es de naturaleza extracontractual. Por ejemplo, las lesiones causadas por un alumno a su instructor de esquí no son contractuales, ya que la infracción no emana del contrato de enseñanza que los vincula. Del mismo modo, la caída del enfermo al resbalar en el domicilio de la enfermera contratada para cuidarlo, o el comprador de un hotel que le hace publicidad aireando la escandalosa vida privada del antiguo dueño.[49]

Por el contrario, el daño moral será contractual cuando se origine en el incumplimiento de obligaciones expresas del contrato y cuando se vulneren obligaciones inherentes a la naturaleza del contrato, estén o no pactadas, según la pauta de la buena fe.[50]

---

[48] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit. tomo 2, pp. 623 y 624.

[49] Estos ejemplos se encuentran en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit. tomo 2, p. 625.

[50] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit. tomo 2, pp. 626 y 628.

Claramente, en materia de término de contrato de trabajo, según examinaremos más adelante, cuando se produce un despido injustificado, abusivo o indirecto que produce un daño moral indemnizable, así como también en el despido atentatorio de derechos fundamentales y también en el despido discriminatorio grave, su reparación debe regirse por las normas de la responsabilidad contractual, ya que resulta imposible calificar dicha situación como daño moral producido con ocasión del contrato, al transgredirse obligaciones expresamente contempladas por la ley laboral y por la naturaleza del contrato. Además, la ley N° 20.087 radica en la jurisdicción laboral el conocimiento del despido atentatorio de derechos fundamentales y del despido discriminatorio grave y sus respectivas indemnizaciones, como por ejemplo el daño moral.

6. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Dada la trascendencia de este nuevo procedimiento, nos detendremos brevemente en sus alcances generales.

En enero del año 2006 se publicó la ley N° 20.087, sobre nuevo procedimiento laboral, instaurando un sistema procesal oral, público y concentrado, basado en los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad. Esta ley entrará en vigencia el 1° de marzo de 2008.

En esta reforma se introduce un *Procedimiento de Tutela Laboral*, referido a los derechos fundamentales del trabajador, y cuyas principales características son.

Ámbito de aplicación: Este procedimiento se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales, cuando los derechos humanos que expresamente se mencionan resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. Se trata de las siguientes garantías constitucionales: derecho a la vida, integridad física y psíquica siempre que la vulneración de estas garantías sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, vida privada y honra, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, libertad de conciencia y culto, libertad de opinión y libertad de trabajo.

Se añade el conocimiento de los actos discriminatorios durante la ejecución y término del contrato de trabajo, excluyendo expresamente las ofertas de trabajo. Por otra parte, los nuevos arts. 292, 294 y 389 incluyen las vulneraciones a la libertad sindical (prácticas desleales y antisindicales) en este nuevo procedimiento de tutela.

La ley especifica que se entenderá que estos derechos y garantías resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limite el pleno ejercicio de aquéllos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales. Este último caso consagra el derecho de indemnidad laboral (derivado del derecho de tutela judicial efectiva), o sea, el derecho del trabajador de no ser objeto de represalias por el ejercicio de sus derechos.[51]

La acción de tutela podrá ser interpuesta en contra del empleador o en contra de la empresa de servicios transitorios o de la empresa usuaria definidas en las letras a y b del art. 183-F de la ley N° 20.123, que regula la subcontratación y el suministro de trabajadores. Tanto la empresa de servicios transitorios como la empresa usuaria tienen la calidad de coempleadores, ya que la primera es quien contrata al trabajador (art. 183-R) y asume diversas obligaciones (por ejemplo arts. 183-V y 183-AD) y la usuaria quien ejerce las potestades clásicas del empleador (arts. 183-W, 183-X y 183-AB). Incluso el art. 183-Y reproduce el art. 5° inciso primero del CT en el sentido de que las potestades de la empresa usuaria tienen como límite el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Legitimación activa: Pertenece a cualquier trabajador u organización sindical que invoque un derecho o interés legítimo. Habrá interés

[51] UGARTE CATALDO, José Luis, *"La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento"*, Derecho Laboral, Tomo XLIX N° 221, enero-marzo 2006, Montevideo, pp. 107 a 109.

legítimo cuando se invoque un interés directo vinculado al ejercicio de las funciones que la ley les reconoce a las organizaciones sindicales, especialmente a la protección y promoción de los derechos laborales.[52]

En estos casos, la Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso. Por otro lado, cuando la Inspección del Trabajo, dentro de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, toma conocimiento de una vulneración de 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. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable. No obstante, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

Plazo: Estas denuncias deberán interponerse dentro del término de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Este plazo se suspenderá en la forma estatuida en el artículo 168. Esta acción será incompatible con el recurso de protección.

Procedimiento: El procedimiento será oral y similar al que contempla la nueva ley, gozando eso sí de preferencia respecto de todas las demás causas del tribunal. Los recursos que se interpongan también gozarán de preferencia.

Medidas cautelares: 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 la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

[52] UGARTE, op. cit., p. 104.

Prueba: Se consagra la prueba indiciaria, a saber, 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 de su proporcionalidad.

Sentencia: Con el mérito del informe de fiscalización, cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de quinto día.

La sentencia definitiva establecerá existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada y, en caso afirmativo, dispondrá las siguientes medidas de tutela:

i) Ordenará, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato bajo apercibimiento de multa, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada.

ii) Indicará 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 el mismo apercibimiento anterior, incluidas las indemnizaciones que procedan.

iii) Aplicará las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas del Código del Trabajo.

iv) 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 derechos fundamentales.

En síntesis la protección es completa y consta de:

1. Tutela inhibitoria: cese inmediato de la o las conductas bajo apercibimiento de multa, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada.

2. Tutela restitutoria: el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada. O sea el acto violatorio es nulo.

3. Tutela resarcitoria: el juez indicará en forma concreta las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la repa-

ración de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el mismo apercibimiento anterior, incluidas las indemnizaciones que procedan. Estas indemnizaciones comprenden el daño moral laboral.

Caso especial de despido abusivo: Se consagra una situación especial cuando la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido. En este caso la legitimación activa para recabar la tutela, por la vía de este procedimiento, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado.

La denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contado desde la separación. En caso de acogerse, el juez ordenará el pago de las indemnizaciones legales (del preaviso y por años de servicio), con el correspondiente recargo de conformidad a las reglas generales y, adicionalmente, ordenará el pago de una indemnización que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

No obstante, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya mencionadas. El juez de la causa, en estos procesos, podrá requerir informe de fiscalización a la Inspección del Trabajo.

Consideramos que la indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual es por daño moral laboral. Analizaremos este tema más adelante.

CAPÍTULO II
EL DAÑO MORAL PRECONTRACTUAL

Las situaciones de daño moral laboral con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo son más bien excepcionales.

No obstante, podemos señalar dos casos críticos, a saber, las ofertas de trabajo y los exámenes preocupacionales. A estas materias nos abocaremos en las líneas siguientes, sin perjuicio de que puedan existir otras situaciones que causen un agravio moral al candidato a un puesto de trabajo.

7. LAS OFERTAS DE TRABAJO Y LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

Una de las evoluciones jurídicas novedosas del siglo XX es el denominado derecho antidiscriminatorio, originado especialmente en Estados Unidos de Norteamérica en lo relativo a la población de color y desarrollado a nivel supranacional por la Unión Europea.

La discriminación de los grupos en desventaja, como las mujeres y los indígenas, por ejemplo, tiene una proyección especial en materia educacional, de salud y laboral. En efecto, basta con marginar a un colectivo de personas de la educación, la salud y de los mejores puestos de trabajo para consolidar un círculo vicioso de marginalidad y exclusión social.

Por sus características, la discriminación laboral opera no sólo durante la relación de trabajo sino también en el acceso al trabajo.

En las líneas siguientes expondremos a) el marco normativo sobre no discriminación existente en nuestro país, b) para después abocarnos a su análisis doctrinario y c) finalizar con algunos comentarios acerca de las ofertas de trabajo.

a) Nuestra Constitución, en el art. 19 Nº 16º inciso tercero, establece en forma amplia la no discriminación en materia laboral.[53] Por otra parte, diversos tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile establecen este principio[54], y el Código del Trabajo en su art. 2º consagra expresamente la no discriminación en materia laboral.

Describiendo esta preceptiva debemos mencionar que la Constitución 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 para determinados casos. A lo anterior se unen los diversos instrumentos internacionales vigentes en nuestro país y que consagran este principio.

Por su parte, el Código[55] establece expresamente el principio de no discriminación en su art. 2º, incisos tercero a octavo, con el siguiente tenor:

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

[53] Además, la Constitución en su artículo 1º establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y estatuye como deber del Estado el asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y en su artículo 19 Nº 2º consagra la igualdad ante la ley, disponiendo que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados y que los hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

[54] La normativa internacional vigente en nuestro país consagra ampliamente el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, a saber, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica" y los Convenios Nºs. 100 y 111 de la OIT, de 1958, sobre discriminación (empleo y ocupación).

Por último, debemos agregar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 y el Convenio Nº 156 de la OIT, de 1981, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares.

[55] Sobre el modelo antidiscriminatorio chileno, vid. LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Santiago, ConoSur, 1998, pp. 227 y ss.

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.[56]

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.

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.

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

[56] Cabe destacar que, en los estudios comparativos de derecho del trabajo en las naciones industrializadas, encontramos prohibiciones de discriminación (basadas en las Convenciones internacionales vigentes) por razones de raza, sexo (vinculado al estado civil, responsabilidades familiares, embarazo, acoso sexual y orientación sexual), libertad ideológica y de conciencia, responsabilidades familiares, discapacidad, salud, vida privada, edad, etc. Cfr. BEN-ISRAEL, R., "Equality and the Prohibition of Discrimination in Employment", en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, 6ª edición revisada, Deventer, Kluwer Law International, 1998, pp. 253 y ss.

Además, el art. 5°, inciso primero, dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

El inciso final del art. 194 del Código, establecido por la ley N° 19.591, dispone que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

El art. 215 preceptúa que no se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical, prohibiéndose impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

La ley N° 19.779, que establece las normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas, establece en su art. 7° que no podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia ni renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen.

Por otra parte, cabe tener presente que el principio de no discriminación se encuentra consagrado en diferentes leyes no laborales que tutelan derechos fundamentales y que, en algunos casos, pueden tener incidencia al interior de la relación de trabajo.

Por ejemplo, el art. 1° de la ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, contempla el derecho a no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones o de buscar y recibir informaciones y difundirlas por cualquier medio.

El art. 48 de la ley N° 19.284, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad, estatuye un procedimiento de amparo en caso de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que impliquen discriminación o amenaza en el ejercicio de los derechos que se consagran a los discapacitados.

El art. 2° de la ley N° 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, precisa que ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y en la ley.

El art. 8° de la ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, considera una falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y cultura.

En las leyes enumeradas (salvo la N° 19.284[57]) encontramos tutela antidiscriminatoria respecto de algunos de los factores mencionados expresamente como criterios sospechosos de discriminación, en el art. 2° del Código del Trabajo. En consecuencia, su ocurrencia en el ámbito laboral debe estar especialmente tutelada ya que no sería lógico que se proteja al ciudadano y que el trabajador cuente, respecto de la misma situación, con una protección menor en el contrato de trabajo.

b) Analizando el marco normativo anteriormente descrito, desde una perspectiva doctrinal, debemos destacar que nuestra Constitución establece en forma expresa la no discriminación laboral, consagrando, asimismo, como excepción, la capacidad e idoneidad personal que permite discriminar lícitamente en materia laboral sobre la base de dichas categorías. Sin embargo, cabe preguntarse ¿qué deberemos entender por idoneidad y capacidad personal?

Para la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) el concepto de idoneidad era más amplio y comprensivo que el de capacidad. Éste se refería a la preparación técnica o profesional del trabajador, a diferencia de la idoneidad que comprendía la capacidad y las necesarias condiciones morales para el cargo de que se trate. La Comisión dejó constancia de que la inclusión de la palabra capacidad (comprendida en la de idoneidad) obedecería a un fin didáctico.[58]

[57] Con todo, un factor de discriminación como la *discapacidad* se encuentra comprendido dentro de la amplitud de la norma constitucional del art. 19 N° 16°.

[58] Sesión N° 200, de 8 de abril de 1976, pp. 11 y 12.

No obstante, una interpretación amplia del término idoneidad personal conlleva diversos peligros, dada la vaguedad de la noción de idoneidad moral, lo que podría permitir numerosas discriminaciones arbitrarias, como por ejemplo por credo religioso, situación familiar, estado civil, etc.

La interpretación de la capacidad e idoneidad personal debe entenderse como la preparación técnica o profesional que requiere el trabajador para el cargo respectivo. De esta forma, se guarda armonía con la dignidad de la persona reconocida por nuestra Constitución, así como con otros derechos fundamentales expresamente consagrados, como la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia, y el respeto y protección de la vida privada de la persona. En caso contrario, de ampliarse la noción de capacidad e idoneidad personal a la "idoneidad moral", el principio de no discriminación podría ser vulnerado fácilmente.

Por otra parte, la interpretación dada por el legislador concuerda con lo que hemos expresado. En efecto, la ley N° 19.759 ha dispuesto en el art. 2°, inciso quinto, del Código, que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

De esta forma, el legislador ha asimilado los términos capacidad e idoneidad a las "calificaciones exigidas para un empleo determinado", con un sentido técnico que da certeza a los ciudadanos en cuanto al criterio de discriminación lícita y permite el desarrollo de la libre iniciativa económica facultando al empresario para contratar al personal más competente.

Además, la Constitución permite que el legislador pueda exigir límites de edad o nacionalidad chilena para ciertos casos. El Código se refiere a estas materias en los arts. 13 y ss., y 19 y 20, respectivamente.

El Código dispone que 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 siguientes condiciones: 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.

¿Implica lo anterior que jamás podrá haber una oferta de trabajo que exija algunos de estos factores? En principio sí, salvo situaciones especialmente justificadas, como ha ocurrido en derecho comparado, por ejemplo, en cárceles de alta seguridad de presos varones donde podría ser razonable exigir sexo masculino para los gendarmes, o cuando el sexo puede constituir una genuina calificación por razones de autenticidad en el desempeño de actividades artísticas (actor, modelo artístico, maniquíes), o cuando la esfera privada, el derecho a la intimidad, la decencia o el pudor del trabajador o los clientes pueda verse afectado (supervisión de duchas o vestuario), o cuando el trabajador presta servicios personales o sus funciones se realizan en un país cuyas leyes o costumbres excluyen del trabajo a las mujeres, o cuando el trabajo ha de ser realizado por un matrimonio.

Lo anterior se explica por el hecho de que la prohibición de discriminación no implica la interdicción de realizar diferencias, sino de efectuar distinciones "arbitrarias". Por tanto, deben evitarse las interpretaciones literales de las prohibiciones de discriminación, se trate del texto constitucional (incluyendo los instrumentos internacionales) o del texto legal.

Por ejemplo, considerando el tenor literal de nuestro texto constitucional, cualquier requisito que no se base en las calificaciones exigidas para un empleo determinado estaría prohibido. No obstante, su sentido implica que cualquier discriminación basada en factores diferentes que la capacidad e idoneidad personal deberá estar especialmente justificada, de forma tal de excluir que se trate de una discriminación arbitraria.

Otra interpretación lleva al error de entender la noción de discriminación como un concepto descriptivo o fáctico y no como un concepto normativo o evaluativo[59]. Por ejemplo, es distinto decir que mi hija discriminó cuando la fui a buscar a su colegio ya que dentro de todos los apoderados presentes ella se dirigió hacia mí; que decir que fui discriminado cuando no me dejaron entrar a un restaurante con mi hija ya que no aceptan niños. Sólo en este segundo caso puedo decir "me siento

[59] ATRIA, Fernando, *Los Peligros de la Constitución*, La idea de igualdad en la jurisdicción nacional, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídicos 36 serie seminarios, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997, p. 20.

discriminado". En consecuencia, es importante considerar esta diferencia ya que una acepción literal y meramente descriptiva de la prohibición de discriminación nos podría conducir a conclusiones absurdas, por ejemplo, que las normas de tutela de la maternidad son inconstitucionales, así como las diferencias de jornada de trabajo, de duración del descanso diario, los diversos contratos especiales, el feriado progresivo, la indemnización por años de servicio de las trabajadoras de casa particular, etc., ya que en todos los casos anteriores el legislador discrimina entre tipos de trabajadores sin atender a su capacidad e idoneidad personal. La duda en cuanto a la constitucionalidad de estas discriminaciones o diferencias deberá evaluarse según su razonabilidad.

Entonces, ¿cuál es el sentido de la enumeración de factores del art. 2° del Código, tales como la raza, el color, el sexo, la edad, el estado civil, la sindicación, la religión, la opinión política o la nacionalidad?

En estos factores "sospechosos" habrá presunción de discriminación arbitraria salvo una justificación excepcional. Desde esta perspectiva, tanto el modelo constitucional como el legal coinciden y se complementan, ya que todas las distinciones que no se basen en la capacidad e idoneidad personal deberán estar justificadas, se trate de los factores del art. 2° o de otros que puedan vulnerar la prohibición de discriminación.

c) En materia de ofertas de trabajo, los futuros empleadores deberán abstenerse de efectuarlas, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, comprendiendo requisitos tales como: la raza, el color, el sexo, la edad, el estado civil, la sindicación, la religión, la opinión política, la nacionalidad, la ascendencia nacional o el origen social.

Por otra parte, según dispone el art. 2° inciso séptimo del Código, incorporado por la ley N° 19.812, 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.

Se exceptúan de esta prohibición aquellos empleadores que busquen contratar a trabajadores que tengan poder para representarlos, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración. También se exime en el caso de los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

Antes de esta ley, la Dirección del Trabajo había dictaminado que la obligación de prestar servicios bajo subordinación y dependencia no supone esencial ni naturalmente la de informar sobre un aspecto propio de la vida privada como es el del estado de endeudamiento[60]. Con todo, este dictamen admitía que empleador y trabajador pactasen en el contrato esta obligación.

Como vemos, con la actual normativa, por regla general, no podrá indagarse en el estado de endeudamiento del trabajador, salvo en los casos excepcionales que establece el Código.

La jurisprudencia administrativa se ha pronunciado en el sentido de que las ofertas de trabajo por un aviso de diario exigiendo una edad determinada transgreden las normas laborales, configurando un ilícito laboral de carácter objetivo (no requiere un móvil o intención determinada) que se constituye con la presencia de los siguientes elementos:[61]

1) Una oferta de trabajo efectuada por el empleador, directamente o por la vía de terceros;

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

3) Que dicha oferta señale como requisito para acceder al puesto de trabajo ofrecido algunas de las condiciones o calidades señaladas en el inciso tercero del art. 2° del Código del Trabajo, entre ellas, la edad.

Se precisó que tampoco es necesario que haya un sujeto afectado. La sanción consistirá en la multa administrativa del art. 477 (506 en la numeración de la ley N° 20.087) del Código del Trabajo.

Además, se ha establecido como discriminatoria y atentatoria a la libertad de trabajo, por no vincularse con la idoneidad y capacidad personal, la norma de un reglamento interno de orden, higiene y seguridad

[60] Dictamen N° 4.589/260 de 04.08.1997.

[61] Dirección del Trabajo, dictamen N° 698/16 de 11/02/2003.

que dispone la prohibición de contratar parientes en primer grado (hijos, padres, hermanos o hermanas o cónyuges). Este precepto reglamentario estatuía que en caso de casamientos entre trabajadores, una de las partes deberá presentar su renuncia voluntaria ante la empresa.[62]

Estimamos que en ciertos casos podría configurarse un daño moral indemnizable producto de las ofertas de trabajo con requisitos arbitrarios o irrazonables.[63]

Dada la inexistencia de relación laboral, nos inclinamos por estimar que la vía sería por medio de la responsabilidad extracontractual. En estas situaciones deberán probarse todos los elementos de este tipo de responsabilidad.[64]

En estos casos la multa administrativa como única sanción aparece absolutamente insuficiente. Por ello, complementariamente y en casos calificados procederá la reparación del daño moral del afectado que postuló y fue objetado por no reunir los requisitos de la oferta discriminatoria.

8. LOS EXÁMENES Y TEST DE SELECCIÓN DE PERSONAL

En materia de test y exámenes de selección de personal, encontramos una serie de situaciones que pueden vulnerar intereses extrapatrimoniales de los postulantes a un puesto de trabajo.

En forma previa, debemos precisar que los exámenes o test a realizar sólo se justifican por la necesidad de establecer la capacidad e idoneidad personal del postulante al puesto de trabajo, esto es, su preparación técnica o profesional, o para dar cumplimiento al deber de protección del empleador.

Por tanto, otro tipo de evaluaciones transgreden la privacidad del candidato.

[62] Dirección del Trabajo, dictamen N° 7069/236 de 29/10/1991.

[63] Como ya señalamos, entendiendo el principio de no discriminación en un sentido valorativo y no descriptivo, podría justificarse una oferta de trabajo que exigiera, por ejemplo, sólo mujeres para ser gendarmes de una cárcel de alta seguridad de mujeres.

[64] En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en el recurso de casación rol N° 1.278-2003, de 22 de octubre de 2004.

Es necesario aclarar que, desde una perspectiva semántica, examen y test son sinónimos. En efecto, los exámenes dicen relación con la indagación y estudio sobre determinadas cualidades o hechos, como la salud o capacidad del trabajador. El test implica una prueba para evaluar conocimientos o aptitudes específicos relacionados a la capacidad laboral.

Dividiremos nuestro estudio de la siguiente forma: exámenes generales; de alcohol y drogas; de SIDA; genéticos, y psicológicos.

En cuanto a los exámenes generales, de salud o capacidad, el empleador podrá realizarlos tanto al contratar como durante la ejecución de la relación laboral, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) No deben vulnerar los derechos fundamentales del trabajador, en especial su intimidad, vida privada y honra (art. 5° Código del Trabajo);

b) Deben vincularse directamente con el trabajo a efectuar;

c) Deben ser autorizados por el trabajador o postulante;

d) El afectado debe conocer la naturaleza del test y sus consecuencias respecto de los resultados;

e) Deben ser necesarios para determinar la capacidad del postulante o para dar pleno cumplimiento al deber de protección que los arts. 184 y siguientes del Código imponen al empleador (por ejemplo, un examen de salud del trabajador menor de 18 años para cumplir con el resguardo estatuido en el art. 14 inciso primero del Código del Trabajo), y

f) Debe guardarse reserva en cuanto a los resultados del test (art. 154 bis del Código).

Esto último se encuentra reforzado por el art. 10 de la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, al disponer que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando exista autorización legal o del titular, o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud. A su vez, el art. 2° letra g) estatuye que los datos sensibles son los referidos a las características físicas y morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias y convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

El tratamiento indebido de datos puede conllevar a indemnizar el daño patrimonial y moral, según el art. 23 de la referida ley.

Respecto de los exámenes de alcohol y drogas, la Dirección del Trabajo ha indicado lo siguiente, en lo relativo a la posibilidad de aplicar un test antidroga a los trabajadores ya contratados[65]:

"*a) Que el examen antidroga se encuentre establecido como una medida de control en el Reglamento Interno de Orden y Seguridad de la empresa.*

b) Que se fije en dicho Reglamento a través de qué mecanismo de selección se aplicará el test antidroga, si se aplicará a todos y cada uno de los trabajadores o, en su defecto, como ya se señaló, a trabajadores elegidos a través de un sorteo.

c) Que se señale el objeto y alcance de dicho test, de modo de que se determine en el Reglamento Interno el modo de evaluar sus resultados y las consecuencias que de ellos se seguirán para el trabajador seleccionado".

Respecto de las consecuencias legales en caso de que el examen de drogas resulte positivo, la Dirección señaló que "*sólo podría importar, en principio, algunas de las sanciones que contempla la ley en el marco de la facultad disciplinaria del empleador*", es decir, amonestación verbal o escrita, o multa, sin perjuicio de que el empleador estime que se ha configurado una causal de despido, situación que, en definitiva, será evaluada por los Tribunales de Justicia.[66]

Si bien estos dictámenes no se refieren a estos test cuando una persona postula a un cargo, estimamos que por regla general no serán exigibles para contratar, atendida la doctrina de la Dirección en el sentido de que un examen de droga positivo no puede implicar, en principio, el despido de un trabajador.

No obstante, en casos muy excepcionales podrá exigirse un examen de esta naturaleza por razones de seguridad, en labores donde el trabajador no pueda abusar del alcohol u ocupar drogas, por ejemplo, un piloto de avión o los trabajadores de una central nuclear. Por otro lado, en estas situaciones deberán cumplirse todos los requisitos indicados para los exámenes en general.

[65] Dictamen Nº 287 de 11/01/1996.

[66] Dictamen Nº 6.658 de 29/11/1996.

En cuanto a los test de SIDA (VIH), la OIT ha hecho presente las siguientes directrices:[67]

a) No discriminación: no debería exigirse test de SIDA para acceder a un empleo o mantenerse en el mismo.

b) Continuidad: la detección de SIDA no es justa causa de término de contrato.

c) Voluntariedad: podría ocurrir que el propio trabajador solicite un test de SIDA. En este caso la solicitud deberá ser por escrito y con asesoramiento de un representante de los trabajadores. El test debe realizarse fuera del lugar de trabajo y por personal competente y con requisitos estrictos de confidencialidad.

d) Vigilancia epidemiológica: pueden realizarse pruebas y sondeos epidemiológicos de SIDA de forma anónima e independiente en el lugar de trabajo, salvaguardando los derechos individuales y la confidencialidad. En estos casos empleadores y trabajadores deberían ser consultados e informados. La información recabada no puede usarse en forma discriminatoria y el anonimato implica la imposibilidad de deducir a partir de las pruebas el estado de salud del interesado.

e) Prevención: si el trabajador en el lugar de trabajo ha estado expuesto a una probable infección de SIDA debe ser asesorado e informado oportunamente, enterándose de las consecuencias médicas del incidente, de la oportunidad de someterse a un examen de VIH así como de las oportunidades de profilaxis posteriores, además de ser enviado al servicio médico competente. También deberá ser asesorado en sus derechos legales.

f) Formación: deberá realizarse una labor informativa y didáctica a través de programas y campañas educativas, así como de formación en los departamentos de recursos humanos, a los representantes de los empleadores, a los inspectores del trabajo y a los trabajadores que manipulen sangre humana o fluidos corporales.

En algunos países se ha aceptado que, cumpliendo los requisitos de los exámenes generales, pueda realizarse en situaciones muy excepcio-

[67] OIT, *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2001, especialmente pp. 6, 7, 13, 18, 24, 30 y 31.

nales y específicas un test de VIH, cuando la naturaleza de la actividad a realizar pueda poner en peligro la seguridad del trabajador o de la empresa. Por ejemplo, puestos que exponen al trabajador afectado con el VIH a disturbios inmunológicos o hematológicos, con el benceno, o actividades clínicas con rayos ionizantes. Lo mismo con actividades en laboratorios bacteriológicos, que aumentan la posibilidad de infecciones.[68]

Con todo, la excepción anterior no es aplicable en Chile, donde la ley N° 19.779, que establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación especial para enfermedades catastróficas, establece en su art. 7° que no podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia ni renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen.

Como ya expresamos en un capítulo anterior, el art. 9° de esta ley establece responsabilidad por los daños causados cuando se transgrede la prohibición de discriminación en el ámbito laboral, específicamente lo dispuesto en el mencionado art. 7°. Se trata de una responsabilidad amplia y como el legislador no distingue comprende el daño moral laboral.

Además, dispone en su art. 5° que el examen para detectar el virus debe ser siempre confidencial y voluntario, debiendo constar por escrito el consentimiento del interesado o de su representante legal. Sus resultados se entregarán en forma personal y reservada y le serán aplicables las disposiciones de la ley N° 19.628, sobre protección de datos personales.

En materia de test genéticos, es dable señalar que estos exámenes, para el derecho laboral, representan una gran ambigüedad. Por un lado, pueden beneficiar el interés del trabajador, que no desea laborar en condiciones de trabajo desfavorables respecto de sus características

[68] Vid. *Incidence de l'Infection par le virus de l'inmmuno-déficience humaine sur la détermination de l'aptitude médicale à certains postes de travail*, Conseil Súperier de la Prévention des Risques Professionnels, Ministére de Travail, en *Le droit social à l'épreuve du sida*, Editions de la Maison des Sciences de L'Homme d'Aquitaine, 1992, pp. 149 y ss.

genéticas. Por otro, pueden beneficiar el interés del empleador que desea contratar a alguien apto para el puesto de trabajo.[69]

Las justificaciones de su procedencia han sido de diversa índole, a saber, la protección de la salud del trabajador, de la salud y seguridad de terceros, la tutela del interés del empleador, así como consideraciones de interés general como la protección sanitaria de la población.[70] Por otra parte, la exactitud de la información suministrada por este tipo de test representa un peligro serio de utilización desviada y discriminatoria en perjuicio del trabajador.[71]

En cuanto a los tipos de test genéticos se distingue entre el seguimiento o control genético, y la investigación genética.[72]

El primero, es aceptable cuando se indaga acerca del estado de salud de los trabajadores sobre todo si fueron expuestos a sustancias peligrosas, por ejemplo, radiactivas.

El segundo, es atentatorio de la privacidad del trabajador, ya que busca indagar en futuras enfermedades u otras características que podrían conducirnos a la búsqueda de un "trabajador ideal", con un determinismo grave y expresivo, incluso, de prejuicios discriminatorios de orden racial, religioso, de origen social, etc.

En nuestro país, la ley N° 19.284 que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad, en su Título III, sobre prevención y rehabilitación, contempla en el art. 13 letra b) el asesoramiento genético para efectos de prevención destinada a evitar las causas de las deficiencias que pueden ocasionar discapacidad, así como evitar su progresión o derivación en otras discapacidades. Este asesoramiento genético se centrará en las áreas de salud, educación, trabajo y comuni-

[69] MATHIEU, Bertrand, "Le recours aux test génétiques en matière d'emploi: un droit en construction", en Droit Social, N° 3, marzo de 2004, p. 257.

[70] MATHIEU, Bertrand, op. cit., pp. 260 y 261.

[71] Benalcázar de, Isabelle, *Droit du travail et nouvelles technologies*, Paris, Montchrestien Gualino éditeur, 2003, p. 85.

[72] FINKIN, M. "Employee Privacy", en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer, Kluwer Law International, 1998, p. 219.

cación, y deberá enmarcarse dentro del seguimiento o control genético y jamás dentro de la investigación genética.

En cuanto a los test psicológicos, debemos precisar que pueden ser de distintos tipos. Están los de capacidades cognitivas, los de habilidades motoras, los específicos que miden una determinada aptitud y los de personalidad.

Los test que interesan son estos últimos donde se busca conocer más de la personalidad del postulante, sus inclinaciones y forma de enfrentar las crisis ante los problemas.

En principio, sólo debieran aceptarse test básicos y poco invasivos de la privacidad del postulante.

En esta materia es donde mejor apreciamos el desnivel entre trabajadores y empleadores en nuestro país. Se ha hecho una costumbre exigir test que van mucho más allá de las aptitudes para el puesto de trabajo. Esta práctica atenta en contra de derechos fundamentales y debieran estar autorizados por reglamento los test permitidos para contratar trabajadores.

Exámenes como por ejemplo el test de Rorschach son profundamente invasivos. Dicha prueba consiste en un test de personalidad que los psicólogos habitualmente usan para diagnosticar ciertos trastornos. Se trata de presentar a la persona una serie de láminas con imágenes difusas construidas con manchas de tintas de colores. Ante cada lámina la persona debe decir qué es lo que ve en ellas. De esta forma, las respuestas le van dando pistas al psicólogo acerca de la personalidad de la persona y la forma particular que tiene de ver las cosas. La mayoría de las imágenes que se emplean en este test son construidas dejando caer unas gotas de tinta en un lado de la hoja y doblándola a continuación por la mitad. Las imágenes así obtenidas son simétricas.[73]

El test de Rorschach es de muy compleja interpretación[74] y su aplicación se centra básicamente en la clínica, sin perjuicio de su utilización según algunos planteamientos en la psicología de las organizaciones.[75]

[73] Vid. http://www.comenius.usach.cl/webmat2/conceptos/encontexto/simetrias_contexto.htm

[74] Por ejemplo, revisar ARACENA, Moisés, *Introducción al estudio del test de Rorschach*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1980.

¿Aceptaría un empleador que, por ejemplo, una postulante a un cargo le exigiera hacerse un test de esta naturaleza para comprobar que no es un acosador? Difícilmente. Por ello esta materia debiera ser regulada por la autoridad a la brevedad y en forma restrictiva.[76]

Lo mismo puede decirse respecto de otros tipos de test, como los grafológicos.

Por último, cabe preguntarse si el empleador puede consultar este tipo de información en la entrevista o en una prueba o cuestionario que debe responder por escrito el postulante.

Estimamos que no, dado que este tipo de información se vincula con la privacidad del trabajador. Las preguntas deberán limitarse estrictamente a las aptitudes para el cargo. Como ha señalado la doctrina, el estado de salud y las enfermedades son datos privados del trabajador, que no deben ser investigadas por el empleador, salvo que exista una vinculación directa y específica con el cargo a ocupar, en el sentido ya explicado. En caso contrario, se ha subrayado que el trabajador incluso tiene "derecho a mentir" ante consultas violadoras de su privacidad.[77]

¿Cuándo estaremos frente a una posible indemnización del daño moral extracontractual en las situaciones reseñadas? En los casos de violaciones graves a la privacidad del trabajador, lo que deberá evaluarse caso a caso.

[75] Vid. SAINZ, Francisco Javier y Gorospe, Lourdes, *El test de Rorschach y su aplicación en la psicología de las organizaciones*, Barcelona, Paidós, 1994, p. 29. Estos autores hacen presente que este test debe utilizarse "con respeto profundo a la ética profesional y al intrusismo en un terreno que no es el nuestro; es decir, técnicamente no podemos inmiscuirnos en lo que pertenece al médico especialista o al psicólogo/a clínico" (ibídem). Difícilmente este límite ético podrá ser respetado en el marco de la relación de poder que implica la relación laboral.

[76] Además, debe considerarse que el test de Rorschach puede tener diferentes interpretaciones según la escuela y según el tipo de población, lo que dificulta su aplicación en materia laboral y permite eventuales arbitrariedades. Cfr. "Elefantes, murciélagos o úteros", artículo de la periodista Maite Armendáriz Azcárate, diario *El Mercurio*, de 10 de octubre de 2004.

[77] AUVERGNON, Philippe, "Le Droits des Relations de Travail Interrogé par le SIDA", en *Le droit social à l'épreuve du sida*, Editions de la Maison des Sciences de L'Homme d'Aquitaine, 1992, p. 55.

Capítulo III

El daño moral en la ejecución del contrato de trabajo

9. La dignidad del trabajador y algunas de sus expresiones concretas

La idea de dignidad no es nueva en la historia de la humanidad. De hecho, los estoicos[78] fueron los primeros en hablar de una Ley Universal Fraternal, conceptuando a la dignidad como el conjunto de facultades del ser humano por su condición de tal, prescindiendo de cualquier circunstancia accidental. Se trata de facultades innatas anteriores al surgimiento de la Ciudad-Estado.

Los estoicos se caracterizaron por su cosmopolitismo, basado en la decadencia de la polis griega (después de Alejandro Magno) y en el hecho de que los fundadores de esta corriente eran griegos de la periferia, no de las ciudades del Peloponeso o del Asia Menor ni de Grecia central o septentrional.

Luego, en Roma se mantuvo esta forma de pensamiento que fue revitalizada durante la Edad Media al estimar que el ser humano es digno por estar "creado a imagen y semejanza de Dios".

En la época moderna se vincula la dignidad del hombre con su capacidad de pensamiento.[79]

---

[78] Corriente filosófica helénica fundada en Chipre por Zenón de Kitia, en el año 330 antes de Cristo (s. IV a.C.), aproximadamente.

[79] Cfr. Pascal, Blas, *Pensamientos sobre la religión y otros asuntos*, traducción de Eugenio D'Ors, Barcelona, Editorial Iberia, 1976, p. 135. El famoso filósofo nos dice

Desde una perspectiva terminológica, dignidad significa en el sentido corriente "función o título que confiere a un individuo un rango eminente". En un sentido filosófico, la dignidad "da un rango eminente a la condición humana", aludiendo a la "grandeza del hombre vinculada a su natural espiritualidad".[80]

La dignidad constituye un atributo esencial de la persona humana que le confiere no un valor relativo, sino un valor intrínseco. Kant dice que debe actuarse de forma de tratar a la humanidad, a uno y a los demás como un fin y jamás como un medio.[81]

Desde una perspectiva jurídica se ha destacado que la dignidad de la persona emana de su naturaleza de ser moral, libre y racional, superior a todo lo creado, siempre sujeto de derecho y nunca instrumento o medio para un fin.[82]

La persona se constituye en un valor jurídico supremo, fundamento de la libertad, la igualdad y los derechos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, establece en su art. 11.1 que toda persona tiene el derecho al reconocimiento de su dignidad y, en su art. 5.2, dispone que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente de todo ser humano.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 7°, se refiere al derecho de todos los trabajadores a tener "condiciones de existencia digna para ellos y sus familias".

La dignidad de la persona, la libertad y la igualdad se encuentran fuertemente vinculadas y constituyen una trilogía óntica que configura

Continuación nota [79]
en el pensamiento XII del Artículo XVIII: "El hombre está visiblemente construido para pensar, esto es toda su dignidad;...".

[80] Vid. BARAQUIN, Noëlla; BAUDART, Anne; DUGUÉ, Jean; LAFFITTE, Jacqueline; RIBES, François, y WILFERT, Jöel, *Dictionnaire de Philosophie*, 12ª edición, Paris, Armand Colin, 2000, p. 84.

[81] Cfr. KANT, Manuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, traducción de Manuel García Morente, México D.F., Porrúa, 1998, pp. 44 y 45.

[82] Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dogmática Constitucional*, Talca, Editorial Universidad de Talca, 1997, p. 108.

el núcleo de los derechos humanos y fundamenta los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.[83]

La dignidad opera como fundamento del ordenamiento jurídico, sirviendo para interpretar e integrar el derecho y limitando el ejercicio de los derechos fundamentales.

En el derecho contemporáneo, la dignidad perdura aun cuando caduquen los demás derechos de la Constitución, por ejemplo, un condenado a muerte cuenta de todos modos con el derecho a no ser ejecutado violándose su dignidad.[84]

La dignidad humana supone, a lo menos, dos facetas esenciales o dimensiones. Una negativa, en el sentido de que la persona no será objeto de ofensas o humillaciones, así como una positiva entendida como el pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo.[85] Asimismo, el pleno desarrollo de la personalidad implica el reconocimiento de la total *autodisponibilidad*, o sea que las posibilidades de actuaciones propias de cada ser humano estén exentas de interferencias o impedimentos externos, y *autodeterminación* que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por naturaleza.[86]

Nuestra Constitución Política dispone en su art. 1° inciso primero que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que este art. constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional.[87]

[83] NOGUEIRA, op. cit. "Dogmática...", p. 113.

[84] SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 341.

[85] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 318.

[86] MAIHOFER citado por PÉREZ LUÑO, op.cit. *"Derechos Humanos..."*, p. 318.

[87] Fallo rol N° 53 relativo al proyecto de ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, de 5 de abril de 1988, considerando 12°, citado en *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 130-131.

Respecto del ámbito laboral, la dignidad del trabajador ha sido siempre la principal preocupación de la OIT, la cual desde el año 1999 ha elaborado la noción de Trabajo Decente aunando cuatro elementos, a saber, empleo, protección social, derechos de los trabajadores y diálogo social.[88]

Además, como ya mencionáramos anteriormente, la ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, agrega un inciso segundo al art. 2° del Código del Trabajo, el cual dispone en su primera parte que "las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona.".

Asimismo, el art. 5°, inciso primero, refuerza lo anterior al precisar que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Sin perjuicio de considerar a la dignidad de la persona como fundamento de todos los derechos humanos, analizaremos, a continuación, las siguientes expresiones concretas de la dignidad del trabajador: a) el derecho al honor y vida privada del trabajador; b) la integridad psíquica; c) la libertad ideológica y religiosa, y d) la libertad de expresión.

a) La vida privada se configura en la modernidad como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento. En el pensamiento anglosajón, especialmente John Stuart Mill, se sostiene que los únicos aspectos de la conducta humana que entrañan deberes y responsabilidades sociales son aquellos que afectan a los demás, a diferencia de aquellos que conciernen a los individuos, donde éste tiene derecho a una independencia absoluta.[89]

Nuestra Carta Fundamental en su art. 19 N° 4° establece el respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.

La doctrina constitucional ha precisado que el concepto de vida privada está directamente vinculado a la intimidad, ámbito donde las personas conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan de esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros.[90]

[88] Al respecto, es posible consultar el número monográfico dedicado a la Medición del Trabajo Decente, de la Revista Internacional del Trabajo, volumen 122, 2003/2, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

[89] PÉREZ LUÑO, op. cit. "*Derechos Humanos...*", pp. 322-323.

Se ha definido a la vida privada como "el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento".[91]

Por otra parte, como ya hicimos presente, la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, indica en su art. 1° letra g) que, entre otros, son datos personales los referidos a hechos o circunstancias de la vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

La ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, establece en su art. 30 que se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar y doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito.

Por su parte, la honra hace referencia a la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general, encontrándose íntima e indisolublemente unida a la dignidad e integridad de la persona, sobre todo de naturaleza psíquica.[92]

La honra es el conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de los demás. Se relaciona con el buen nombre, la buena fama y el bien moral.[93]

[90] EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo 1, 3ª edición actualizada por Eugenio EVANS Espiñeira, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 212.

[91] CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 103.

[92] CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II Derechos, Deberes y Garantías, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 180.

[93] EVANS, op. cit., p. 218.

Respecto del derecho al honor y vida privada del trabajador, el art. 5° del Código del Trabajo reconoce el límite que las garantías constitucionales constituyen respecto de las facultades del empleador, en especial cuando se pudiera afectar la intimidad, la vida privada y la honra de los trabajadores. Asimismo, y como ya comentamos anteriormente, esta normativa estableció que las medidas de control de los trabajadores deben efectuarse por medios idóneos, de aplicación general, garantizándose la impersonalidad del respectivo mecanismo para resguardar la dignidad del trabajador (art. 154 inciso final del Código). Esta ley exige, además, reserva al empleador en relación a la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral (nuevo art. 154 bis).

Es dable recordar que, más allá de lo dispuesto en nuestra Constitución, no es la primera vez que nuestro legislador consagra la obligación de respetar los derechos fundamentales entre particulares. En efecto, la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, dispone en su art. 1° inciso segundo que toda persona que efectúe tratamiento de datos personales deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos.

Como ya señalamos, la jurisprudencia administrativa, con anterioridad a la ley N° 19.759, había emitido interesantes pronunciamientos en esta materia, sobre los sistemas de revisión, control y registro de los trabajadores al abandonar la empresa una vez finalizada su jornada de trabajo.

Cabe agregar que el desarrollo de las "tecnologías de la información y el conocimiento" permiten al empleador vigilar la conducta de sus subordinados por medio de tecnologías invasivas de su privacidad, conformando la denominada *cibersubordinación, cibervigilancia, telesubordinación o videovigilancia.*[94]

[94] En Francia, la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades ha evacuado importantes informes en la materia. Vid. BOUCHET, M. Hubert, *La Cybersurveillance des salaries dans l'entreprise*, Commissión Nationales de L'Informatique et des Libertés, 2001, y *La Cybersurveillance sur les lieux de travail*, Commissión Nationales de L'Informatique et des Libertés, 2002. Ambos informes están disponibles en la página http://www.cnil.fr/

La *cibervigilancia* presenta nuevos desafíos para el derecho laboral, por ejemplo, en el uso de Internet, del correo electrónico y de cámaras de video[95], por el acceso exclusivo que el empleador tiene al servidor de su empresa.

Estas tecnologías utilizadas por el empleador, unidas a su facultad de mando y a su poder disciplinario, comprenden la administración y gestión de la red, así como la adopción de las medidas técnicas necesarias para el uso adecuado del sistema informático, por ejemplo, por medio del reglamento interno.[96]

El control del trabajador por parte de las nuevas tecnologías ha sido justificado, por algunos empleadores, por la necesidad de proteger los bienes de la empresa; para conocer del desempeño de los trabajadores en su puesto de trabajo, y para adoptar las medidas adecuadas de higiene y seguridad dentro de la fábrica.[97] Sin embargo, deberá limitarse todo este desarrollo al ámbito infranqueable de la dignidad e intimidad del trabajador, debido a que la cibervigilancia sólo se justifica por razones técnicas o de seguridad, pero jamás podrá aceptarse como método de control de la labor de los trabajadores.

En todas las situaciones descritas anteriormente, pueden darse casos donde una transgresión a la dignidad del trabajador constituya un grave atentado a su honor y privacidad, lo que deberá ser indemnizado considerando el daño moral producido por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley N° 20.087.

(b) Otro derecho fundamental que debemos mencionar es el derecho a la integridad psíquica del trabajador. En efecto, atentados graves a esta garantía constitucional podrán generar un daño moral indemnizable.

[95] Para revisar la jurisprudencia judicial y administrativa de nuestro país en materia de cámaras de video, vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, "La Cibervigilancia dentro de la empresa: comentario a una sentencia de la Corte Suprema", Revista Laboral Chilena, junio 2004, pp. 90 a 94.

[96] Benalcázar, Isabelle, op. cit., pp. 95 y ss.

[97] CHAPMAN, Anna, "Vie privée et surveillance sur le lieu de travail en Australie", en Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2002, p. 74.

Tanto la integridad psíquica así como la integridad física se encuentran vinculadas con el derecho a la vida el cual se basa en el soporte biológico y psíquico del hombre. En consecuencia, una violación de la integridad física o psíquica comporta una vulneración del derecho a la vida.[98]

La doctrina constitucional precisa que el derecho a la vida implica una facultad jurídica para exigir la protección de la vida humana, en cuanto actividad sustancial propia del hombre, desde una dimensión biológica así como desde una perspectiva psíquica.[99]

Dada la potestad de mando del empleador y la subordinación del trabajador, puede haber casos en los cuales se vulnere la integridad psíquica del trabajador, por ejemplo, por medio de un acoso sexual.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa conoció un caso donde una empresa deseaba establecer que los postulantes a cargos de seguridad en la misma, así como el personal activo de seguridad, debían aprobar o someterse satisfactoriamente a una prueba de polígrafo o detector de mentiras, de conformidad con el procedimiento para el uso de polígrafo que se contenía en el respectivo anexo de reglamento interno.[100] En otro caso[101] se analizó la legalidad del sistema de grabación de la imagen y el sonido, a través de videocámaras instaladas en los vehículos de la locomoción colectiva urbana.

En ambas situaciones puede haber graves secuelas psíquicas para el trabajador. Con todo, el daño moral indemnizable procederá en los casos más graves y, por tanto, será la jurisprudencia judicial quien deberá establecer pautas en la materia, por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley N° 20.087.

c) Por otra parte, una vulneración de la libertad ideológica y religiosa del trabajador también podría ser objeto de una indemnización de daño moral.

[98] VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 2ª edición actualizada, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 198.

[99] VERDUGO y otros, op. cit. tomo 1, p. 199.

[100] Dictamen Dirección del Trabajo N° 684 de 06/02/1997.

[101] Dictamen Dirección del Trabajo N° 2.328 de 19/07/2002.

Nuestra Constitución Política, en su art. 19 N° 6°, asegura a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres y al orden público.

La libertad de conciencia significa, desde una perspectiva subjetiva, que el ser humano tiene derecho a pensar y adherir a la verdad de cualquier orden que se le presente a su inteligencia, sin presión de ninguna especie.[102]

Esta libertad no puede ser objeto de prohibición, regulación, sanción u orden alguna por parte del ordenamiento jurídico mientras permanezca en el orden interno. Desde una perspectiva objetiva, la libertad de conciencia comprende el derecho de manifestación exterior o pública de todas las creencias, en forma individual o colectiva, se trate de una simple manifestación, de su práctica o de su enseñanza.[103]

En la actualidad, la ley N° 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, precisa, en su art. 2°, que ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y en la ley.

Complementando lo anterior, su art. 6° estatuye que la libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, entre otras facultades, las de profesar toda creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba (letra a); observar su día de descanso semanal y no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos (letra b), y elegir para sí la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (letra d).

[102] VERDUGO y otros, op. cit. tomo 1, p. 258.

[103] Ibídem.

En la realidad práctica la normativa existente es absolutamente insuficiente, ya que es posible encontrar formas de discriminación en base a las opiniones políticas y religiosas de las personas, sin que se haya producido una tutela eficaz de las garantías descritas.

En materia de encuestas, por ejemplo, un estudio aplicado en el año 2001 a 1.500 ejecutivos de 100 empresas distintas, reveló que, en opinión de los consultados, se da en nuestro país discriminación, entre otras causas, por razones políticas (21%) y religiosa (5%).[104]

Vulneraciones graves de estas garantías también serán indemnizables por los daños morales, por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley N° 20.087.

Hacemos presente que la situación de las empresas de tendencia o ideológicas será estudiada en la letra siguiente.

d) La Constitución Política, en al art. 19 N° 12°, establece la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa.

En nuestro ordenamiento, la libertad de opinión y de expresión son sinónimas. En la doctrina nacional se destaca la libertad de opinión como una de las más importantes del ser humano, que permite el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En este sentido la jurisprudencia ha manifestado que esta libertad es un presupuesto básico del régimen democrático.[105] Su alcance abarca cualquier materia y su difusión puede ser por medios orales o escritos.

El ámbito de esta garantía es múltiple ya que, de cierta forma, constituye el presupuesto de la mayoría de las libertades fundamentales. La libertad de opinión se concibe como la facultad que tiene toda persona de exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción, lo que piensa o cree.[106]

[104] Estudio efectuado por la empresa de recursos humanos MV Amrop, publicado en el diario El Mercurio de fecha 30 de julio de 2002. En la misma se señalan los siguientes factores de discriminación sin perjuicio de los ya citados: socioeconómica (62%), de apariencia (58%), de género (52%), por la Institución donde se realizaron los estudios superiores (47%), racial (18%) y otras (7%), opinando sólo un 8% de los encuestados que no existe discriminación alguna en Chile.

[105] *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 58.

[106] CEA EGAÑA, op. cit., "*Tratado de...*", p. 97.

Tres son los aspectos centrales de la garantía[107], a saber, el derecho a emitir información, la libertad de información y el derecho a recibir información. El primero, comprende el derecho de toda persona para exteriorizar por cualquier medio y sin coacción lo que piensa o cree. La libertad de información, por otra parte, implica la posibilidad de hacer partícipes a los demás de esa información. El derecho a recibir información se comprende dentro de la libertad de información.

Además, Chile ha ratificado diversos instrumentos internacionales que consagran, entre otras materias, la libertad de expresión e información, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. IV); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica" (art. 13).

La ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, se vincula directamente con los derechos fundamentales en estudio.

En caso que la vulneración de estas garantías afecte derechos o intereses extrapatrimoniales del trabajador, podría indemnizarse el daño moral.

Debemos precisar que nuestro ordenamiento carece de una regulación de las "empresas de tendencia o ideológicas", lo que dificulta la delimitación de responsabilidades en esta materia.

Por regla general las opciones ideológicas del trabajador no deben importar al empleador. No obstante, en casos excepcionalísimos, cuando la organización empresarial es expresiva de una ideología esencial en sus objetivos y actuaciones, puede adquirir cierta importancia la ideología del trabajador.

Se trata de las denominadas empresas de tendencia o ideológicas, caracterizadas por la propagación de una doctrina específica dentro del pluralismo existente en las sociedades democráticas. Con todo, este pluralismo no podrá reproducirse en plenitud al interior de estas organizaciones, ya que puede peligrar la consecución de sus objetivos.

[107] VERDUGO y otros, op. cit. tomo 1, p. 261.

En efecto, desde una perspectiva interna el ideario o la creencia que profesan estas organizaciones obliga, en principio, a los integrantes de la misma en el sentido de tener que adecuar su conducta al referido ideario[108] o, al menos, observar una "neutralidad" que no implica una renuncia de sus propias convicciones, sino que, en el desarrollo de la actividad laboral, debe respetar y no enfrentar la opción ideológica de la organización en que presta sus servicios propagando en ella sus propias ideas.[109]

La Unión Europea en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, dispone, en el párrafo segundo del art. 4°, que los Estados miembros podrán mantener legislación vigente, al momento de adoptarse la directiva, con una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Lo anterior, en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, en lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones. Estos casos no constituirán discriminación.

Agrega que, sin perjuicio de las disposiciones de la Directiva, las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

En el derecho alemán, son empresas de tendencia aquellas que se encuentran "directa y principalmente al servicio de actividades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, educativas, científicas y artísticas, o bien tienen una finalidad de información y manifestación del pensamiento"[110].

[108] Cfr. IRURETA URIARTE, Pedro, "Las organizaciones de tendencia ante el derecho", *Persona y Sociedad*, Vol. XVII N° 2, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2003, p. 236.

[109] RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", en *Persona y Derecho*, 50 (2004), p. 366.

En el derecho japonés se estima como empresas de tendencia cuando un ente, organización o empresa sin fin lucrativo persigue objetivos políticos, religiosos, caritativos, asistenciales, culturales, etc.[111]

Con todo, la amplitud de estas excepciones ha sido matizada por la doctrina, ya que persisten discusiones sobre los alcances de esta materia. En primer lugar se ha hecho presente que la simple adscripción del empresario a una ideología no convierte a la empresa en una organización de tendencia. Tampoco debe confundirse la tendencia con el interés de la empresa.[112]

Además, debe distinguirse la organización de tendencia de las actividades lucrativas que éstas realizan y que quedarían excluidas de la excepción.[113]

Asimismo, se ha diferenciado al interior de la empresa la tarea concreta a realizar por el trabajador. En este sentido no todos los trabajadores de la misma tendrían limitada su libertad ideológica sino sólo aquellos comprometidos en sus tareas con la ideología de la organización.[114] Se distingue entre tareas ideológicas y tareas neutras. Estas últimas se vinculan a funciones absolutamente irrelevantes para el cumplimiento del objetivo ideológico.[115]

Desde una perspectiva crítica se ha señalado que, así como la de la organización de tendencia puede exigir un trato excepcional, también la tendencia ideológica del trabajador debiera importar en la relación laboral.[116] Se habla del trabajador ideológico, poniendo en duda la

[110] Cfr. ROJAS RIVERO, op. cit., p. 189.

[111] Vid. ROJAS RIVERO, op. cit., p. 189 nota 21.

[112] ROJAS RIVERO, op. cit., p. 188.

[113] ROJAS RIVERO, op. cit., pp. 191 y 192.

[114] APARICIO, Joaquín, "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador", en *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Madrid, Trotta, 1992, p. 84.

[115] IRURETA URIARTE, op. cit., p. 241 nota 33.

[116] VISCOMI, Antonio, "Osservazioni critiche su lavoro e <<tendenza>> nelle fonti internazionali e comunitarie", en *Lavoro e Diritto*, 4/2003, p. 593.

supremacía de los fines ideológicos del empleador por sobre el trabajador.[117]

La falta de una legislación especializada no impide que se indemnice el daño moral cuando se vulnere la libertad ideológica del trabajador, salvo que se trate de una organización de tendencia, situación que deberá ser determinada por la jurisprudencia. Lo anterior se encuentra reforzado por la ley N° 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, y que precisa, en su art. 2°, que ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y en la ley. Esta indemnización del daño moral será llevada a cabo por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley N° 20.087.

10. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

En el acápite 7 nos referimos al principio de no discriminación al tratar las ofertas de trabajo. No obstante, el imperativo de no discriminación está presente, además, en la ejecución del contrato y en el término del mismo.

En cuanto a las nociones generales de la no discriminación en nuestro sistema nos remitimos a dicho apartado. Con todo, debemos mencionar que la legislación antidiscriminatoria se ha desarrollado con vigor en la mayoría de los países de Occidente, a diferencia de nuestro ordenamiento que no cuenta con una legislación especializada en la materia y, hasta antes de la ley N° 20.087, tampoco con vías procesales expeditas que permitan remediar estas situaciones.

En nuestro país encontramos casos graves de discriminación que trascienden el ámbito laboral, por razones de nacionalidad, raza, origen social y aspecto físico, entre otras. Quizá la situación de discriminación más masiva es respecto de la mujer.

En efecto, la participación de la mujer chilena en la fuerza de trabajo representaba el 38 % en 1998 (encuesta CASEN), y según el informe bienal del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer

[117] BAVARO, Vincenzo, "Ideología e contratto di lavoro subordinato", en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 98, año XXV, 2003, 2, p. 201.

(Unifem), los salarios femeninos en la industria y servicios representan el 73% de los salarios masculinos.

En las labores menos calificadas los salarios femeninos son más parecidos a los de los hombres, a diferencia de los trabajos de mayor responsabilidad, donde la mujer puede llegar a ganar un 55 % menos que un hombre en un puesto similar. Cabe precisar que esta brecha remuneracional no se debe a la eventual posibilidad de embarazo de la mujer trabajadora, cuyo costo es asumido por el Estado, debiendo el empleador sólo mantener el puesto de trabajo y contratar un reemplazante para el período de pre y posnatal.

Lo anterior es más delicado aún, si consideramos que en los sectores más pobres de la población la mayoría de los jefes de hogar son mujeres, por lo que las políticas de superación de la pobreza en nuestro país se encuentran especialmente focalizadas en las jefas de hogar. En este contexto, su trabajo financia la educación de sus hijos, única posibilidad de romper el círculo vicioso de la pobreza.

La discriminación laboral es un problema cultural y de educación, respecto del cual el derecho puede encauzar y fomentar ciertos cambios, como es el caso de Estados Unidos donde ha surgido con fuerza el derecho antidiscriminatorio por el problema racial de la población de color. Luego, este derecho se extendió a los problemas de discriminación sexual y, posteriormente, los países de la Unión Europea legislaron en este sentido, encontrándonos, en la actualidad, con gran cantidad de leyes especiales en materia de discriminación femenina en los países mencionados y en otros del orbe, como Uruguay, Australia, India, Sudáfrica y Namibia.

La discriminación sexual en el empleo se presenta en formas de segregación laboral, que puede ser horizontal, en los trabajos propios de mujeres, o vertical, representado por el escaso número de mujeres en posiciones de mando o responsabilidad.

Esta discriminación se manifiesta en el acceso al empleo, en la baja posibilidad de alcanzar cargos de alto nivel o responsabilidad, en las deficientes remuneraciones e, inclusive, en los casos de acoso sexual.

¿Qué mecanismos han utilizado los ordenamientos extranjeros para combatir la discriminación en el trabajo?

Los instrumentos de la política antidiscriminatoria pueden ser represivos, correctores y preventivos.[118] Los primeros estatuyen una sanción para las conductas discriminatorias. Los correctores, por su parte, reparan los efectos de la discriminación, y los preventivos implican una verdadera política social de manipulación dirigida a los fundamentos de la discriminación con el fin de lograr la igualdad efectiva de la mujer en el mundo del trabajo. En este tercer tipo de medidas encontramos las acciones positivas.

En materia de discriminación las tres nociones básicas elaboradas por el derecho antidiscriminatorio norteamericano y europeo son la discriminación directa, la discriminación indirecta y las acciones positivas.[119]

Sin duda, una discriminación durante la ejecución del contrato de trabajo puede conllevar la exigencia de reparación del daño moral contractual, por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley N° 20.087.

11. EL ACOSO SEXUAL

La relación de trabajo como relación de poder facilita la posibilidad de abusos y presiones con fines ilícitos. Dentro de este tipo de actuaciones, quizá la de mayor gravedad es la del acoso, asedio u hostigamiento sexual.

El acoso sexual es un tema tratado en el derecho hace decenios, tanto por el legislador como por la jurisprudencia. Por el contrario, es un tema nuevo en Chile y, de hecho, recientemente se ha aprobado la primera ley que sanciona esta figura.

El acoso sexual puede ser abordado por diversas áreas del derecho según se lo considere un delito penal o un ilícito laboral o ambos (como en Francia), con sus respectivas sanciones e indemnizaciones de perjuicios.[120]

[118] FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional", en *Autoridad y Democracia en la Empresa*, APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Antonio (comps.), Madrid, Trotta, 1992, p. 99.

[119] Para un mayor desarrollo de estas materias, vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, "El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral", Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibáñez, N° 18, 2003, pp. 83-105. Publicado, además, en la Rivista Diritto del Lavoro On-line, "News dall' America Latina", Universitá Magna Græcia Catanzaro, mayo 2004, www.unicz.it/lavoro/AL_NEWS.htm

[120] Para revisar una postura crítica al establecimiento del acoso sexual como delito, vid. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "Acoso Sexual y Derecho Penal", en Revista Derecho y Humanidades N° 5, año 1997, pp. 9 y ss.

El término acoso sexual surge en Estados Unidos (sexual harassment) en los años setenta.

El acoso sexual es una de las peores prácticas discriminatorias[121] y ha sido poco estudiado en nuestro país.

En 1993 el Centro de Estudios de la Mujer publicó una investigación sobre el acoso sexual en Chile, cuyos resultados indicaban que el 20% de las trabajadoras chilenas encuestadas había sido acosada sexualmente alguna vez en su vida laboral.[122]

La fundamentación de la protección frente al acoso se basa en la dignidad de las personas y en derechos fundamentales que se ven gravemente vulnerados por esta práctica, a saber, el derecho a la intimidad, el derecho a la no discriminación[123], así como el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la trabajadora.[124]

[121] Numerosas leyes extranjeras al prohibir la discriminación sexual mencionan directamente el acoso sexual, por ejemplo, en Alemania, Australia, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Irlanda, Nueva Zalandia, Reino Unido y Suecia. Cfr. Suazo Schwencke, Carolina, *Discriminación Laboral por Razón de Sexo*, Santiago, Ediciones Congreso, 2000, p. 129. En el mismo sentido, el derecho comunitario de la Unión Europea estima que el acoso sexual constituye una discriminación sexual debido a que el factor género de la víctima es determinante en el hostigamiento. Cfr. BLANPAIN, Roger, *European Labour Law*, 7ª edición revisada, La Haya, Kluwer Law International, 2000, p. 325.

[122] Cfr, DÉLANO, Bárbara y TODARO, Rosalba, *Asedio Sexual en el Trabajo*, CEM (Centro de Estudios de la Mujer), Santiago, Ediciones CEM, 1993, p. 30.

[123] Originalmente el proyecto estatuía expresamente que el acoso sexual constituía una práctica discriminatoria. No obstante, cabe advertir que el acoso puede afectar otros bienes jurídicos y algunos en forma más específica, cfr. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, "Acoso sexual: concepto, clases, bien jurídico protegido", en *El acoso sexual en la empresa, análisis de la ley N° 20.005*, de CAAMAÑO ROJO, Eduardo, CARVAJAL GODOY, Gabriela y JIMÉNEZ TREJO, Patricio, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 23 y 24. Además, no siempre el acoso implica una conducta discriminatoria, sino cuando constituye una práctica que afecta fundamentalmente a las mujeres. Por ejemplo, en Estados Unidos, la Suprema Corte ha aceptado en algunos casos el argumento de que el acoso sexual constituye una forma de discriminación vinculada al poder del hombre sobre la mujer más que a la atracción sexual. Vid. GOLD, Michael Evan, *An Introduction to the Law of Employment Discrimination*, 2ª edición, Ithaca, ILR Press, Cornell University Press, 2001, p. 7.

[124] ROJAS MIÑO, Irene, "Por qué legislar sobre el acoso sexual en el trabajo", en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo N° 112, mayo de 1998, pp. 16 y ss.

El acoso sexual puede ser definido como la conducta de naturaleza sexual indeseada por la víctima y que afecta o amenaza su dignidad en el trabajo, incidiendo negativamente en su situación laboral.

El acoso sexual implica conductas o acciones sexuales indeseadas, no recíprocas, que casi siempre son reiteradas en el tiempo, sin perjuicio de que una sola conducta, por su entidad o gravedad, constituya en sí un acoso.

Puede tratarse de una conducta física, verbal o no verbal o cualquier otra basada en el sexo.

Esta conducta afecta o amenaza la dignidad en el trabajo, incidiendo negativamente en la situación laboral de la víctima. Para estos efectos, basta una amenaza para alterar dicha situación.

La víctima puede ser de cualquier sexo y tener cualquier orientación sexual. Con todo, existe consenso en el hecho de que el acoso sexual es una de las peores formas de discriminación femenina directa, dado que la práctica social del acoso sexual en el trabajo se radica, en forma abrumadoramente mayoritaria, respecto del colectivo femenino. Comparados hombre y mujer, lo más probable es que el primero en su vida laboral no sea víctima de acoso sexual, a diferencia de la segunda, que probablemente en alguna circunstancia sea víctima de algún tipo de hostigamiento.

Desde una perspectiva de "género"[125], el acoso sexual constituye una manifestación de la violencia contra las mujeres, configurándose un problema social serio y una discriminación dado que, por el solo hecho de ser mujer, la trabajadora deberá tomar más recaudos que un hombre, considerando la alta tasa de acoso que sufren las mujeres en comparación con el colectivo masculino.

[125] Entendemos el "género", como una construcción de la cultura que se basa en el sexo y, por ende, va más allá de las diferencias biológicas vinculándose con las valoraciones que la cultura atribuye a las diferencias sexuales. Es así como en nuestra cultura al hombre y a la mujer se les atribuyen roles distintos con funciones y responsabilidades diferenciadas, incidiendo en esferas de actuación distintas se trate del espacio público o del privado. Vid. FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol, "Violencia de género y acoso sexual: ¿qué se puede hacer desde el derecho de interés público?", en *Derechos Humanos e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales Nº 11, Universidad Diego Portales, 2001, pp. 132 a 135.

A este respecto, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de la Organización de Naciones Unidas, del año 1979[126], dispone en su art. 5 punto 1) que los Estados partes tomarán medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y de mujeres.

Por su parte, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo[127], considera como discriminación, entre otras conductas, cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación (art. 1 punto 1 letra a).

En Chile, el Centro de Estudios de la Mujer, por medio de una encuesta, determinó que el acoso sexual en nuestro país se vincula con la segregación sexual vertical (mujeres concentradas en cargos subordinados respecto de jefes que en su mayoría son varones) y horizontal (labores propias de mujeres).[128] Dicha encuesta estableció que existe una tendencia mayor al acoso en las ocupaciones femeninas auxiliares de profesiones masculinas, como las secretarias y las enfermeras.

Además, se concluyó que en el mundo del trabajo el principal asediador es el jefe directo, sin perjuicio de la existencia de asedio de jefes no directos y de colegas. Sólo en el caso de las mujeres jefas, se produce acoso de los colegas en proporción mayor que los jefes directos.

Estudios en España destacan que las mujeres entre los 26 y 30 años tienen más posibilidades de sufrir un acoso. En el caso de las mujeres separadas, divorciadas y viudas el acoso sexual asume las formas más duras. En Bélgica las posibles víctimas con mayor frecuencia son las solteras, separadas o viudas, y las mujeres menores de 30 años son las más expuestas.[129]

[126] Aprobada y ratificada por Chile.

[127] Aprobado y ratificado por nuestro país.

[128] DÉLANO y TODARO, op. cit., pp. 40 y ss.

[129] Cfr. MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Acoso sexual en las relaciones laborales*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 31 y 32.

Existen muchas clasificaciones del acoso sexual, el cual puede ser laboral o extralaboral (por ejemplo, en un recinto educacional, deportivo, penitenciario, en las fuerzas armadas o en una comunidad religiosa).

Se distingue, además, el acoso vertical (realizado por el empleador o superior jerárquico) y el horizontal (entre pares e, incluso, inferiores).

La clasificación más conocida es entre acoso por chantaje[130] o *quid pro quo*, y el acoso por intimidación, entorno hostil o ambiental.

El acoso por chantaje o *quid pro quo* implica exigencias sexuales a cambio de alguna ventaja o del mantenimiento del empleo o de las condiciones de trabajo. Fue el primer tipo de acoso reconocido por la Suprema Corte de Estados Unidos.[131]

Para configurarlo debe haber una relación jerárquica y una amenaza o pérdida efectiva de derechos. Incluso, puede comprender un acoso indirecto, cuando la víctima no es acosada directamente pero toma conciencia de que los únicos trabajadores que ascienden son los que han aceptado un requerimiento de tipo sexual del superior.

El acoso por intimidación, entorno hostil o ambiental somete al afectado a una conducta que incide negativamente en el medio en el cual se desempeña, causándole inseguridad o temor. Produce efectos indeseados aunque no consecuencias negativas directas.

Este tipo de acoso puede ser, a su vez, vertical u horizontal, y se caracteriza por la creación de un entorno intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador. Se trata, por ejemplo, de bromas reiteradas de orden sexual, lenguaje impropio y ofensivo, ilustraciones con desnudos en las paredes de la oficina, que en definitiva conforman un ambiente de trabajo absolutamente intimidatorio, hostil o humillante para la sensibilidad de la víctima. Este acoso sexual ambiental es producto de visiones

[130] La palabra chantaje es entendida en su sentido usual de extorsión, definida como "presión que, mediante amenazas, se ejerce sobre alguien para obligarle a obrar en determinado sentido", cfr. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, 2001, segunda acepción de la voz "extorsión".

[131] BOLAND, Mary L., *Sexual harassment: your guide to legal action*, Naperville, Illinois, Sphinx Publishing, 2002, p. 45.

machistas del mundo laboral y se utiliza, en cierta forma, para "mantener a las mujeres en su lugar".[132]

El sujeto activo del acoso sexual puede ser un superior jerárquico, un gerente o delegado, un colega, un grupo de empleadores, el hijo del patrón, un amigo, un proveedor e, incluso, un cliente o usuario del servicio.[133] También puede darse el caso de terceras personas que sirvan como "enlace" para los propósitos del acosador.[134]

El sujeto pasivo o víctima en la mayoría de los casos es una mujer pero perfectamente puede ser un varón e, incluso, puede haber acoso homosexual.[135]

Además, puede haber acoso no sólo respecto de los trabajadores ya contratados, sino con los que se encuentran en la etapa de postulación a un puesto de trabajo.[136]

La tutela del acoso puede ser de carácter penal, civil o laboral.

En cuanto a la evaluación de las conductas cabe destacar el *criterio de la mujer razonable* elaborado por la jurisprudencia norteamericana

[132] A este respecto, SCHULTZ utiliza un enfoque nuevo para explicar el acoso por entorno laboral hostil, basándose en el *paradigma basado en la competencia*, en el sentido de que el acoso respondería a la defensa, por parte de algunos hombres, de los mejores puestos de trabajo, dada la competencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Para estos efectos, muchos hombres defienden un "modelo masculino" de trabajador al cual las mujeres no se adaptarían por su "incapacidad". Este modelo tiene la ventaja de incluir situaciones que en cierta forma han pasado desapercibidas para la tesis tradicional, como por ejemplo, el acoso de trabajadores varones respecto de otros hombres sin que exista un componente sexual. Lo anterior cuando un trabajador hombre no se adecua a la imagen masculina del trabajo, por ser solteros, o demasiado emotivos, o cuidar a sus hijos, o porque sus esposas ganan más que ellos, o porque realizan labores de hogar o porque, en definitiva, transmiten una imagen de debilidad masculina. Vid. SCHULTZ, Vicky, "Una explicación alternativa del acoso por un ambiente laboral hostil: un paradigma basado en la competencia", *Derecho y grupos desventajados*, Roberto Gargarella (compilador), Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 103 y ss.

[133] Cfr. PUYESKY, Fany, *El Acoso Sexual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 14 y ss.

[134] Vid. REYNOSO CASTILLO, Carlos, "Hostigamiento en el trabajo", p. 10, disponible en Internet en la siguiente dirección: http://www.unicz.it/lavoro/AL_NEWS.htm

[135] Vid. PUYESKY, op. cit. p. 18.

[136] MARTÍNEZ VIVOT, op. cit. p. 33.

en el caso Kerry Ellison v. Nicholas F. Brady en 1991 (Corte de Apelaciones del 9º Circuito Federal), en el sentido de que la ponderación de estos casos no debe sustentarse en el de la persona razonable, sino en el de la mujer razonable cuando la víctima sea una mujer.[137]

En efecto, se evalúa la severidad del acoso sexual desde la perspectiva de la víctima.[138] Al respecto, la Corte dijo: "Nos damos cuenta que existe una amplia gama de puntos de vista, incluso en el grupo de mujeres, pero también creemos que muchas mujeres comparten preocupaciones comunes que los hombres no necesariamente comparten. Por ejemplo, debido a que las mujeres son desproporcionadamente víctimas de violaciones y de asaltos sexuales, ellas tienen un incentivo mucho más fuerte para preocuparse por el comportamiento sexual. Las mujeres que son víctimas de formas sutiles de hostilización sexual podrían comprensiblemente preocuparse acerca de si la conducta de un acosador es simplemente un preludio a un asalto sexual violento".[139] Agregan los sentenciadores: "Nosotros adoptamos la perspectiva de una mujer razonable, fundamentalmente porque creemos que la perspectiva de una persona razonable, sin tomar en cuenta su sexo, tiende a tomar en cuenta las experiencias de los hombres y tiende a ignorar sistemáticamente las experiencias de las mujeres. La perspectiva de la mujer razonable no establece un nivel más alto de protección para las mujeres que para los hombres. Por el contrario, un examen de los hechos tomando en cuenta el género de la víctima de hostilización sexual permite a las mujeres participar en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los hombres."[140]

Las medidas en contra del acoso sexual pueden ser preventivas o represivas. Dentro de estas últimas encontramos las sanciones, la cesación de la conducta, la indemnización del daño patrimonial y moral, así como las acciones positivas.

[137] PUYESKY, op. cit. pp. 19 y ss.

[138] BOLAND, op. cit. p. 124.

[139] Cfr. FERNÁNDEZ REVOREDO, op. cit. p. 138.

[140] Ibídem.

En Chile, la ley Nº 20.005 tipifica y sanciona el acoso sexual, definiéndolo como "el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades de empleo" (art. 2º inciso segundo del Código).

A continuación, analizaremos brevemente el contenido de esta ley.

Esta definición comprende los siguientes aspectos:

1) Se trata de requerimientos de carácter sexual.

En principio, deben ser requerimientos reiterados, sin perjuicio de que un hecho aislado, de carácter grave, pueda constituir por sí mismo un acoso sexual.

Estos requerimientos no deben necesariamente realizarse en el lugar de trabajo, también pueden efectuarse fuera de la empresa y configurar un acoso si se cumplen los demás elementos de la definición legal.

2) El acoso es realizado entre personas, en el contexto de las relaciones laborales.

3) El asedio debe efectuarse en forma indebida. ¿Quiere decir esto que podría realizarse un acoso sexual en *forma debida*? La respuesta es negativa. La idea de acoso sexual conlleva la de ilicitud. Siempre será una conducta indebida. Por el contrario, un flirteo, amistad o relación amorosa no conlleva la idea de ilicitud o acoso sexual.

4) El acoso puede realizarse por cualquier medio, esto es, por escrito, por correo electrónico, por carta, verbalmente, por amenazas, grabaciones, rumores, conductas físicas u otros medios idóneos para tal fin.

5) Los requerimientos de carácter sexual son no consentidos por quien los recibe. Este elemento es de gran trascendencia ya que marca la diferencia entre la seducción y el acoso.

6) El asedio debe amenazar o perjudicar la situación laboral o las oportunidades de empleo de la víctima.

Esta definición de la ley Nº 20.005 comprende tanto el acoso por chantaje o *quid pro quo*, como el hostigamiento ambiental, dada la amplitud de la palabra "requerimientos", los alcances del efecto del acoso, que incluyen la "situación laboral" de la víctima, así como la exigencia de que las relaciones laborales se funden en un trato compatible con la "dignidad humana".

En cuanto al acoso e íter contractual, la definición dada por la ley abarca tanto la etapa precontractual (de contratación), de ejecución del contrato y de término del contrato. Lo anterior por el carácter amplio de las acepciones utilizadas, como por ejemplo, que se amenacen o perjudiquen las oportunidades de empleo de las víctimas.

La ley tiene un ámbito de aplicación comprensivo de las relaciones laborales en el sector privado y en el sector público.

En consecuencia, los arts. 2° y 3° de la ley N° 20.005 enmiendan el Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Dicha reforma contempla como prohibiciones el realizar actos atentatorios a la dignidad de los demás funcionarios, tales como el acoso sexual definido por el Código del Trabajo. Asimismo, se dispone que la transgresión de esta prohibición conlleva la medida disciplinaria de destitución.

En cuanto a los sujetos activos, quedan comprendidos en la figura del acoso en Chile el empleador, los superiores jerárquicos, los representantes del empleador al tenor de lo dispuesto en el art. 4° inciso primero del Código, así como los colegas y compañeros de trabajo de la víctima, incluso los que hagan labores de enlace.

¿Qué ocurre con sujetos ajenos a la relación laboral pero vinculados con el negocio o sus dueños? Estimamos que el legislador no contempló expresamente a estas personas, como el hijo del empleador, o los clientes o amigos del dueño de la empresa. Con todo, estos sujetos activos quedarán comprendidos en la ley en la medida que las víctimas vean amenazadas o perjudicadas su situación laboral o sus oportunidades de empleo.

Respecto de los sujetos pasivos, la amplitud de la ley comprende todos estos tipos de hostigamiento, sin importar el sexo de la víctima o su orientación sexual.

La ley N° 20.005, en lo referido a las medidas de prevención, impone al empleador su implementación, atendido que el mismo ordenamiento laboral le otorga expresamente la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa (art. 306 inciso segundo del Código), así como las facultades de mando, de reglamentación y disciplinaria. Además, el empleador tiene el deber de protección del trabajador, expresamente

contemplado en el art. 184 del Código. Estas medidas de prevención deberán buscar la creación de un adecuado ambiente de trabajo, de respeto mutuo entre los trabajadores y sus superiores jerárquicos.

La nueva ley establece que en el reglamento interno de la empresa se contendrán las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores (nuevo inciso segundo del art. 153 del Código).[141]

Además, se dispone que este reglamento deberá contemplar el procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual (nuevo numeral 12° del art. 154 del Código).

¿Qué ocurre si la empresa tiene 9 o menos trabajadores y, por tanto, no se encuentra obligada a estatuir un reglamento interno de orden, higiene y seguridad? En este caso opinamos que igualmente pesan sobre el empleador estas obligaciones, lo cual podrá concretar por vía de una instrucción interna, de una orden escrita al interior de la empresa, de una política de empresa, o a través del reglamento a que hace mención el art. 67 de la ley N° 16.744. Además, la Dirección del Trabajo ha señalado que cuando un empleador reciba una denuncia de hostigamiento sexual, y no tenga normas sobre acoso sexual por no estar obligado a dictar un reglamento interno, deberá inmediatamente remitirla a la Inspección del Trabajo respectiva, para que esta autoridad administrativa dé curso al procedimiento de investigación.[142]

¿Cuáles serán los efectos del acoso sexual en el derecho chileno? Nos referiremos al procedimiento de investigación y sanción del acoso, así como sus consecuencias laborales y patrimoniales.

La ley N° 20.005 agrega un Título IV, nuevo, en el Libro II del Código del Trabajo, a continuación del art. 211. Este Título añade los arts. 211-A a 211-E, sobre investigación y sanción del acoso sexual.

Respecto de su contenido, cabe señalar que podemos distinguir tres etapas: denuncia, investigación y sanciones.

---

[141] La Dirección del Trabajo ha precisado que esta exigencia también comprende a las empresas que hayan elaborado sus reglamentos internos con anterioridad a la dictación de esta ley. Cfr. dictamen N° 133/36 de 21 de marzo de 2005.

[142] Dictamen N° 133/36 de 21 de marzo de 2005.

La denuncia es realizada por la persona afectada con el acoso, haciendo llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo (art. 211-A).

De esta forma, la víctima decide ante quién presentar su reclamo. Sin duda, si el acosador es el empleador preferirá dirigirse a la Inspección del Trabajo.

En la etapa de investigación, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo.

Agrega la ley, además, que en caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, ésta sugerirá a la brevedad la adopción de aquellas medidas al empleador (art. 211-B).

Luego, el empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva.

Con todo, esta investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días.

Cuando se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos, y las conclusiones deberán enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva (art. 211-C).

Por último, las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a aquélla practicada en forma interna en la empresa, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el denunciado (art. 211-D).

En la etapa sancionatoria y de acuerdo al mérito del informe, el empleador deberá, dentro de los siguientes quince días, contados desde la recepción del mismo, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan (art. 211-E). Estas medidas podrán llegar a comprender el despido del acosador por causal de caducidad del contrato.

En cuanto a los efectos del acoso, cabe distinguir entre las distintas posibilidades que tiene el empleador en virtud de su facultad disciplinaria. Además, podrá utilizar el jus variandi estatuido en el art. 12 del Código, así como otras medidas no expresamente contempladas en la

ley, como por ejemplo la suspensión de la ejecución del contrato de trabajo, con derecho a remuneración, del acosador, como medida provisoria de resguardo a la víctima.[143] Es dable precisar que, desde ya, podrán mantenerse las medidas de resguardo adoptadas al tenor del art. 211-B.

El acosador podrá ser amonestado en forma verbal o escrita.

Asimismo, se le podrá imponer una multa de hasta un 25% de la remuneración diaria, al tenor de lo dispuesto en los arts. 154 N^{os} 10 y 11, y 157 del Código del Trabajo.

También el empleador podrá despedir al acosador por configurarse una causal de caducidad del contrato. Para estos efectos, la ley N° 20.005 intercala una letra b) nueva en el N° 1 del art. 160, relativa a las conductas de acoso sexual. Este despido libera al empleador de pagar indemnización del preaviso y por años de servicios.

¿Qué ocurre si el trabajador despedido demanda por despido injustificado y demuestra que no realizó acoso sexual alguno? En este caso, el empleador no estará afecto al incremento contemplado en la letra c) del art. 168 del Código del Trabajo, o sea, un 80% de la indemnización por años de servicios. No obstante, en este caso deberá pagar la indemnización del preaviso y la indemnización por años de servicios que corresponda.

La ley exime de los incrementos al empleador diligente tanto en el N° 12 del art. 154 (que hace excepción expresa de los aumentos de la letra c del art. 168) como en el nuevo inciso tercero del art. 168, que dice: "En el caso de las denuncias de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con su obligación en los términos que señalan el art. 153, inciso segundo, y el Título IV del Libro II, no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente".

¿Y si el despido injustificado es declarado carente de motivo plausible? Esta situación podría darse, por ejemplo, si el empleador efectuó la investigación pero no existía motivo alguno para despedir al trabajador acusado del acoso. En este caso pensamos que procederá el aumento

[143] Cfr. LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, *Nueva ley de acoso sexual*, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 40.

estatuido por el art. 168 inciso segundo del Código del Trabajo (100%), ya que no se establece una excepción expresa en esta materia. También deberá indemnizarse el daño moral del trabajador despedido.

¿Y si el acoso fue efectuado por el mismo empleador o si éste no adopta las medidas adecuadas para tutelar a la víctima? En el primer caso la denuncia habrá sido efectuada ante la Inspección del Trabajo y la víctima podrá poner término al contrato en virtud del despido indirecto o autodespido, consagrado en el art. 171 del Código del Trabajo. En el segundo, la víctima podrá denunciar esa situación ante la Inspección del Trabajo, sin perjuicio de finalizar el contrato por despido indirecto.

Si el acosador era el empleador se aplicará como causal de despido indirecto la del art. 160 N° 1 letra b), esto es, conductas de acoso sexual.

Si el acosador era un trabajador y el empleador no realizó los procedimientos legales para estos casos o, efectuándolos, no adoptó medida alguna o medidas adecuadas, la víctima podrá terminar el contrato por las causales N^{os} 1 letra a), 5 y 7 del art. 160, a saber, falta de probidad, actos, omisiones e imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos, e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato al empleador. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad directa del acosador, que será de carácter extracontractual.

Cabe recordar que si bien en estos casos el empleador no es el acosador directo, la ley dispone su deber de cuidar la salud de sus trabajadores, comprensiva de su integridad física y psíquica, lo cual incluye también las situaciones de acoso sexual, según ha declarado la Corte Suprema.[144] El Máximo Tribunal fundamenta su criterio en el deber general de protección del trabajador, por parte del empleador, contemplado expresamente en el art. 184 del Código, en armonía con el art. 19 N^{os} 1° y 4° de la Constitución Política.

[144] Vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, "Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Derecho del Trabajo", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Peñalolén y Viña del Mar, N° 1, 2004, p. 756.

La Corte aceptó un despido indirecto por acoso sexual por haber sido la demandante objeto de prácticas y conductas hostiles, intimidantes y ofensivas, conformándose un acoso sexual por parte de un superior jerárquico.

La sentencia de casación explicó que las cartas enviadas por el acosador a la demandante, con claras intenciones afectivas para con ella, son insuficientes para establecer una conducta de acoso al interior del establecimiento en que trabajaba la demandante. No obstante, agrega la Corte, el empleador conocía de la situación y, de hecho, solicitó las cartas con el fin de evaluar el problema. En este contexto, se acoge la demanda de despido indirecto por las causales de los números 5 y 7 del art. 160, ya que el empleador debe cuidar la salud de sus trabajadores. En el caso en cuestión, conociendo la situación de acoso denunciada, el empleador no adoptó con prontitud y eficiencia medida alguna para evitar el comportamiento del jefe directo de la actora, hecho que le ocasionaba padecimiento y aflicción, como lo demuestra su licencia médica por estrés laboral. Se concluye que el empleador desconoció su obligación contractual de protección y el principio de buena fe con que deben cumplirse los contratos.

La ley aclara en forma expresa que el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción por despido indirecto, las otras indemnizaciones a que tenga derecho. ¿Cuáles serán estas otras indemnizaciones? Las indemnizaciones por daño patrimonial y moral que correspondan, dadas las secuelas del acoso (pérdida de la fuente de trabajo, cesantía, estrés, depresión, fatiga, etc.). Esta norma es de vital importancia ya que concede competencia al juez del trabajo en esta materia al disponer que el afectado podrá ejercer simultáneamente estas acciones respecto del empleador. Éste ha sido, por otro lado, el criterio de parte de la doctrina.[145]

Lo anterior se concluye del tenor literal de la disposición, sin perjuicio de que la intención del legislador fuera más limitada.[146] En efecto,

[145] Cfr. GAMONAL, op. cit. "*El daño moral por...*", pp. 30 y ss. y 64 y ss.

[146] Cabe recordar que el elemento histórico es sólo un criterio de interpretación subsidiario, ya que los ciudadanos deben atenerse a la ley y su texto expreso, más que la

en el Senado, durante el segundo trámite constitucional, los representantes del Ejecutivo ante inquietudes de miembros de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, indicaron que la idea de permitir que el daño moral se discuta en sede laboral es un tema que se debatiría cuando se estudiara el proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, en esa fecha en tramitación en la Cámara de Diputados.[147] Por lo anterior, se eliminó una referencia expresa que hacía la norma al daño moral, como solución de consenso atendido que dicha materia sería estudiada posteriormente en el referido proyecto de procedimiento laboral. Con todo, debemos precisar que desde hace varios años los tribunales civiles aceptan competencia para conocer del daño moral por despido abusivo, según las reglas de la responsabilidad extracontractual.

En este contexto, la frase aprobada por la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, en orden a que se podrá reclamar al empleador, simultáneamente con el despido indirecto, las otras indemnizaciones a que tenga derecho la víctima, sólo tiene sentido en el entendido de que es el tribunal laboral el que conocerá de esas otras indemnizaciones, lo cual perfectamente podría comprender el daño moral.

Esta conclusión es reforzada por el principio de la reparación integral del daño, de rango constitucional en nuestro derecho.[148]

Por otra parte, la responsabilidad que emana del acoso sexual realizado directamente por el empleador es de naturaleza contractual, según se deduce claramente de lo dispuesto en los arts. 160 N° 1 b) y 171, sobre término de contrato y despido indirecto por acoso sexual, y 184 del Código sobre el deber de protección del empleador. Respecto de este último, en materia de enfermedades profesionales y accidentes del

Continuación nota [146]

historia de su establecimiento. El ordenamiento presume que la ley es conocida por todos (artículo 8° del Código Civil), lo cual no incluye los debates legislativos y las intenciones del legislador.

[147] Segundo Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado (Boletín N° 1.419-07), Senado, de fecha 29 de noviembre de 2004, pp. 23 y 24.

[148] DOMÍNGUEZ ÁGUILA, op. cit. "Reparación del daño ...", p. 441.

trabajo, hay jurisprudencia reiterada y uniforme en el sentido de que la responsabilidad emanada entre empleador y trabajador es de naturaleza contractual, incluyendo el daño moral contractual.[149]

Además, el art. 420 letra a) del Código otorga competencia al juez laboral en "las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral". No cabe duda alguna de que este precepto comprende el acoso sexual que realice el empleador respecto de sus trabajadores.

Esta reparación del daño moral por acoso sexual deberá ordenarse una vez probada su gravedad y siempre que el acosador sea el mismo empleador. Si, por el contrario, el acosador fue un trabajador de la empresa (superior jerárquico, compañero de trabajo o subordinado), las causales para proceder al despido indirecto serán las de los N°s. 1 letra a), 5 y 7 del art. 160, y procederá el daño moral cuando impetrada la falta de probidad del empleador se acredite que su negligencia o intención afectó los intereses extrapatrimoniales del trabajador, sin perjuicio de las responsabilidades del acosador directo.

Se dispone, por otra parte, que cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, responderá en conformidad a los incisos primero y segundo del art. 171, sobre despido indirecto. Cabe preguntarse ¿cuál es el alcance de esta frase? Sólo puede concluirse que se trata del caso en que el acosador no era el empleador. Además, esta excepción debiera quedar entregada al juez y no operar en forma automática. Podría suceder, por ejemplo, que el empleador realizara el procedimiento y no sancionara al acosador e, inclusive, podría haber apoyado o felicitado al victimario por su conducta impropia, caso en el cual no pareciera razonable eximirlo de los aumentos indemnizatorios.

[149] Cfr. GUMUCIO RIVAS, Juan Sebastián, "Régimen indemnizatorio de los accidentes del trabajo", en *Revista Laboral Chilena*, enero de 1992, pp. 75 y 76. Vid., además, GUMUCIO RIVAS, Juan Sebastián y CORVERA VERGARA, Diego, "Responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo en Chile", en Revista Laboral Chilena, diciembre de 1996, pp. 64 y 65.