

CURSO DE LEGISLACIÓN LABORAL



OTEC ELYON
BECAS CHILE



MÓDULO 5: ACOSO SEXUAL, LEY DEL CONSUMIDOR Y DERECHOS LABORALES

5.1 Concepto de Acoso Sexual, Código del Trabajo y Sanciones

A.- **Concepto de acoso sexual laboral.** Conforme a lo que señala el inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo, se produce Acoso Sexual cuando una persona (hombre o mujer) realiza en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por la persona requerida (hombre o mujer) y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.



El Acoso Sexual es un problema que afecta a la dignidad de los trabajadores, perjudicando el clima laboral de la organización o empresa. El empleador tiene la obligación de incorporar en el Reglamento Interno un procedimiento para tramitar denuncias de Acoso Sexual, medidas de resguardo para la acosada o acosado y sanciones para el acosador o acosadora.

B.- **Legislación aplicable al acoso sexual laboral.** La Ley N° 20.005, publicada el 18 de marzo de 2005, es la que incorporó el acoso sexual en materia laboral. Esta ley insertó el concepto de acoso sexual en el artículo 2º del Código del Trabajo y, en los artículos 211-A hasta 211-E del mismo

Código, estableció un procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual.

C.- **Tipos de acoso sexual en materia laboral.** Doctrinariamente se pueden distinguir dos tipos:

- 1) **Acoso vertical:** Cuando el denunciado es el empleador/a (desigualdad jerárquica). En este caso, la denuncia por acoso sexual deberá ser interpuesta ante la Inspección del Trabajo, la que investigará los hechos. Además, se establece a favor del trabajador afectado la figura del despido indirecto, que consiste en la facultad del trabajador de poner término al contrato de trabajo si el empleador incurriere en falta de probidad al desempeñar sus funciones y ejercer conductas de acoso sexual.
- 2) **Acoso horizontal:** Cuando las conductas de acoso sexual se presenten entre pares (entre trabajadores en igualdad jerárquica) dentro de la empresa.

D.- **Procedimiento a seguir por la víctima de acoso sexual en su trabajo.** Primero, la víctima debe hacer llegar un reclamo (denuncia) por escrito a la dirección de la empresa, servicio en donde trabaje o a la Inspección del Trabajo.

Recibida la denuncia, 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.

En caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, ésta sugerirá a la brevedad la adopción de aquellas medidas al empleador.

Luego de entablar la denuncia por acoso sexual se inicia una investigación, cuya duración será de un plazo de 30 días contados desde la recepción de la denuncia por acoso sexual. El empleador que recibe la denuncia puede elegir entre llevar a cabo la investigación él o, en el plazo de cinco días, derivarla a la Inspección del Trabajo.

Finalmente el empleador debe aplicar las medidas o sanciones que correspondan dentro de un plazo de 15 días a contar del término de la investigación interna, o desde que se le hayan comunicado los resultados de la investigación efectuada por la Inspección del Trabajo.

E.- **Sanciones por acoso sexual**: Las sanciones deben estar contenidas en el respectivo reglamento interno de la empresa y pueden consistir en el despido del trabajador o trabajadora acosador, sin derecho a indemnización.

F.- **Derecho del trabajador(a) afectado(a) por acoso sexual por parte de su empleador(a)**: Puede acudir al Tribunal del Trabajo respectivo para poner término al contrato de trabajo (despido indirecto o autodespido) y demandar el pago de las indemnizaciones legales correspondientes, pudiendo solicitar el incremento de hasta un 80% en sus indemnizaciones legales si el empleador no dio cumplimiento al procedimiento por acoso sexual.

G.- **Caso de denuncia falsa de acoso sexual**: Si el trabajador/a invocó falsamente la causal de acoso sexual como fundamento del autodespido (despido indirecto), debe indemnizar los perjuicios que cause al afectado/a, y podrá ser objeto de acciones legales que procedan (responsabilidad criminal).

H.- **Acoso sexual como causal de despido**: En el caso de que sea un acoso de tipo “horizontal”, el acoso sexual es causal de despido (artículo 160 N° 1 letra b) del Código del Trabajo).



I.- **Reserva o privacidad del hecho de acoso sexual**: La ley establece la reserva de los procedimientos, indicando que la investigación interna del empleador deberá ser llevada “en estricta reserva”. Además, la ley estipula que las causas laborales en que se invoque una acusación de acoso sexual, deberán ser mantenidas en custodia por el secretario del tribunal, y sólo tendrán acceso a ellas las partes y sus apoderados judiciales. Esto pretende resguardar la honra y facilitar las denuncias por acoso sin exponer a los involucrados al escrutinio público antes de terminada la investigación y establecidas las responsabilidades consecuentes.

En términos prácticos debe precisarse que el rol de la Dirección del Trabajo, en materia de acoso sexual, es: a) Ser receptor de denuncias por Acoso Sexual.- b) Ser investigador de denuncias efectuadas por el afectado(a) o por el empleador.

5.2 Ley del Consumidor (Objetivos, Conceptos que la ley describe y Ámbitos de Aplicación)

A.- **Objetivos**. En nuestro país, la relación entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores está regulada por la Ley N° 19.496 de protección de los derechos de los consumidores. Esta ley tiene como objetivos normar las relaciones entre proveedores y consumidores, sus derechos y obligaciones y establecer las infracciones en perjuicio del consumidor, señalando el procedimiento aplicable en estas materias.

B.- **Conceptos que la Ley describe**. Esta ley entrega ciertas definiciones básicas.

En el artículo 1° de esta ley se definen ciertos conceptos elementales, a fin de preciar su entendimiento. Así, para los efectos de esta ley se entenderá por:

1.- **Consumidores o usuarios**: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores.

2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.

No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente.

3.- Información básica comercial: los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica.

Tratándose de proveedores que reciban bienes en consignación para su venta, éstos deberán agregar a la información básica comercial los antecedentes relativos a su situación financiera, incluidos los estados financieros cuando corresponda.

En la venta de bienes y prestación de servicios, se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan. Se exceptuarán de lo dispuesto en este inciso los bienes ofrecidos a granel.

La información comercial básica deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno. Respecto de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas, será obligatoria su entrega al consumidor conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden.

4.- Publicidad: la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. (Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28 de esta ley).

5.- Anunciante: el proveedor de bienes, prestador de servicios o entidad que, por medio de la publicidad, se propone ilustrar al público acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad, o motivarlo a su adquisición.

6.- Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.

7.- Promociones: las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma que se utilice en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales, con excepción de aquellas que consistan en una simple rebaja de precio.

8.- Oferta: práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento.

C.- Ámbitos de aplicación. En el artículo 2° de la ley 19.496, se señala que los siguientes actos o contratos quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:

- 1) Los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor.
- 2) Los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas.
- 3) Los actos o contratos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor o usuario el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses, siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo.
- 4) Los contratos de educación de la enseñanza básica, media, técnico profesional y universitaria, salvo la excepciones legales, y respecto de la facultad del o de los usuarios para recurrir ante los tribunales correspondientes, conforme a los procedimientos que esta ley establece, para hacer efectivos los derechos que dichos Párrafos y artículos les confieren.

- No quedará sujeto a esta ley el derecho a recurrir ante los tribunales de justicia por la calidad de la educación o por las condiciones académicas fijadas en los reglamentos internos vigentes a la época del ingreso a la carrera o programa respectivo, los cuales no podrán ser alterados sustancialmente, en forma arbitraria, sin perjuicio de las obligaciones de dar fiel cumplimiento a los términos, condiciones y modalidades ofrecidas por las entidades de educación.
- 5) Los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la ley Nº 19.472 (ley general de urbanismo y construcciones).
- 6) Los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean éstos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales.

Excepciones: No obstante lo señalado anteriormente, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: a) En las materias que estas últimas no prevean.- b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento.- c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.

5.3 Derechos y Deberes de los Consumidores

Derechos	Deber
1. Elegir libremente un determinado bien o servicio. El silencio del consumidor no constituye aceptación en los actos de consumo. Se deben celebrar actos de consumo con el comercio establecido.	1. Realizar sus compras y contrataciones sólo en el comercio establecido.
2. Acceder a una información veraz y oportuna. Acceder a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos.	2. Leer detalladamente los contratos antes de firmarlos, de manera que pueda comprender totalmente su contenido.
3. No ser discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores de bienes y servicios. Es arbitrario en la medida que es irracional o atenta contra la dignidad de los consumidores. Por ejemplo, basada en su clase social, opción política, entre otras.	3. Tomar sus decisiones de compra libre e informadamente.
4. La seguridad en el consumo de bienes y servicios. La seguridad en el consumo de bienes y servicios, a la protección de la salud y el medio ambiente. Implica el deber de adoptar las medidas para evitar riesgos derivados del uso o consumo de los bienes o servicios.	4. Exigir el cumplimiento de la publicidad. Lo que dice la publicidad es exigible como parte del contrato.
5. A la reparación e indemnización. A la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. Sin embargo, existe el deber de exigir la reparación o indemnización por tales actos de acuerdo a los medios establecidos en la ley.	5. La publicidad debe ser veraz, comprobable y no inducir a engaño.

6. Derecho a la educación para un consumo responsable. Es deber del consumidor acceder a los medios posibles para obtener esta información educativa, entre ellos, los entregados en el Sitio Web del Sernac y la Revista del Consumidor.

6. Rechazar los cobros por bienes o servicios que no haya aceptado.

7. A retracto o terminar sin la voluntad del proveedor. A retracto o terminar sin la voluntad del proveedor (unilateralmente) el contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo y en los siguientes casos: Los celebrados en reuniones convocadas o concertadas, como, por ejemplo, “tiempo compartido”; ocasión en que el consumidor debe expresar su aceptación.
En contratos realizados por medios electrónicos y en los que se acepta una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia.
En los contratos de educación superior cuando se ingrese a primer año de carrera.

- Este derecho se debe ejercer cumpliendo los plazos, requisitos y obligaciones que disponga la ley en cada uno de los casos descritos.

7. Informarse sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes.

8. El derecho a garantía-cambio, devolución del dinero. El derecho a garantía-cambio, devolución del dinero, reparación según corresponda- por los bienes o servicios que se adquieran o contraten y que presenten fallas de fabricación o sean inseguros. Igualmente, por los bienes que contienen una cantidad inferior a lo informado en el envase. Los derechos citados y los otros contenidos en las leyes de consumo son irrenunciables anticipadamente para los consumidores.

8. Solicitar la reparación o indemnización por los daños materiales y morales derivados de actos de consumo, y de acuerdo a los medios que indica la Ley.

9. Adoptar las medidas que sean necesarias para evitar riesgos derivados del uso o consumo de bienes o servicios.

10. No hacer denuncias imprudentes en contra de proveedores, vale decir, denuncias carentes de fundamento.

11. Informarse y buscar los medios para acceder a la educación que le permita un consumo responsable.

5.4 Valoración de los Principios Básicos del Derecho Laboral

Los principios básicos del Derecho Laboral y su valoración, se traducen en los derechos básicos fundamentales inespecíficos que se encuentran dentro de nuestra legislación, que parecen más sensibles a su lesión en el desarrollo de la relación laboral.

Estos son:

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

Llevado al ámbito del contrato de trabajo, se puede decir que el empleador está obligado a respetar la dignidad del trabajador, a tratarlo con respeto, encontrándose obligado a asegurar que el trabajador sea respetado por los jefes o superiores jerárquicos, y también por sus compañeros de trabajo. En este sentido, el empleador debe asegurar la moralidad del ambiente; no sólo es responsable de sus actos y de los actos de sus representantes, sino también de los que realicen otros trabajadores en la medida que no son cortados o sancionados por el empleador.

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



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

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

Frente al tema de la utilización de mecanismos de control audiovisual, y a modo de ejemplo se puede señalar que la Dirección del Trabajo dictaminó, para un caso concreto, que no resultaba lícita su utilización con la única finalidad de vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, pues tal forma de control ilimitado y continuado han de generar razonablemente en un trabajador, "un verdadero temor reverencial frente a su empleador, haciendo inexistente toda esfera de libertad y dignidad".

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

Así, se redefine el honor en dos componentes: uno de carácter estático, señalado por la exclusión de cualquier ataque a la igual dignidad de toda persona y otro dinámico, que se aplica al desarrollo en relación del sujeto,

es decir, a su desenvolvimiento en la participación social, dimensión que permite adecuarse a las situaciones concretas en que el sujeto está inmerso para ponderar el bien jurídico honor en el caso.

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

En cambio, frente al uso del polígrafo, dando cuenta de lo pluriofensivo de este instrumento, se ha sostenido que "se pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador no sólo estaría inmiscuyéndose en las esfera más íntima de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse información; sino que además estaría poniendo permanentemente en tela de juicio la honra del trabajador".

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

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

C.- El derecho constitucional al respeto y protección de la vida privada del trabajador: consagrada también en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, cabe señalar lo siguiente: La vida privada, objeto de

protección por este derecho, ha sido definida como "el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo".

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

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

Se ha sostenido en doctrina que, "el empresario no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley) intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditarse a la estricta observancia del "principio de proporcionalidad" o "necesario equilibrio" entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional.(...) En particular, la instalación y

empleo por el empresario de instrumentos de control de la actividad laboral en el centro de trabajo (grabación de sonido, circuito cerrado de televisión) se acomoda a las exigencias del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados tan sólo cuando la medida resulte "justificada, idónea para la finalidad perseguida por la empresa, necesaria y equilibrada".

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

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

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

D.- El derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada: que consagra el artículo 19 N° 5 de la Constitución, se ha sostenido que: La inviolabilidad se refiere a la cualidad que tienen los bienes protegidos en el sentido que no pueden ser observados, revisados, registrados, visitados, transmitidos, difundidos, ni traspasados, para ningún efecto, sin el consentimiento previo del afectado, según afirma el autor José Luis Cea. Al referirla el constituyente (constitución) tal inviolabilidad a toda forma de

comunicación privada, quiere significar con ello "a toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos", incluyendo los documentos, toda vez que el vocablo "comunicaciones" es genérico. Incluye José Luis Cea dentro de las múltiples formas de comunicación posibles, la epistolar, telefónica, audiovisual y dentro de los "medios de comunicación", el télex, el fax, el correo electrónico, la video conferencia, etc., advirtiéndole que esas y otras especies de comunicación están amparadas por la norma constitucional en referencia, siempre que no estén abiertas al público.

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

plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional".

E.- **El derecho constitucional a no ser discriminado arbitrariamente**: Se ha sostenido por la doctrina que la noción de discriminación no puede explicarse debidamente de manera aislada, sino que debe hacerse a través del concepto estrechamente vinculado, de igualdad.

Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de igualdad. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; y el artículo 19 Nº 2 que: "La constitución asegura a todas las personas: Nº 2 La igualdad ante la ley".

La noción de igualdad en nuestro sistema jurídico, particularmente en la Constitución, discurre sobre dos ejes. El primero, dice relación con la igualdad en la ley (igualdad de derechos), esto es, sobre la idea de que todas las personas son iguales ("Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", artículo 1º, inciso primero) y, por tanto, todo privilegio o exención no será tolerado ("En Chile no hay persona ni grupo privilegiado", artículo 19, Nº 2, inciso segundo); y, el segundo se refiere a la igualdad ante la ley (igualdad de trato), es decir, estableciendo la prohibición dirigida a los poderes públicos "al legislador en la elaboración de la ley y al juez en su aplicación" de establecer una desigualdad de trato normativo no razonable u objetiva ("Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias", artículo 19, Nº 2, inciso tercero).



En cuanto a este segundo eje, la noción de igualdad denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato razonables. Todas las personas, en circunstancias similares, estén afectas a los mismos derechos o prohibiciones, en definitiva, a un mismo estatuto jurídico.

Pero dicha definición, siguiendo al autor Chaim Perelman, no dice cuando dos seres forman parte de la misma categoría esencial ni dice cómo es necesario tratarlos, sabiendo sí que es preciso tratarlos de una manera igual y que este tratamiento igual se reserva solamente a los seres que forman parte de una misma categoría esencial.

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

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

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

la prohibición de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de igualdad.

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

Según ya se ha señalado anteriormente, el principio de igualdad ante la ley es recepcionado, con individualidad propia en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a la no discriminación. En efecto, el artículo 19 Nº 16, en su inciso tercero, dispone: "Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

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

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

La discriminación adquiere vida propia en tanto deja ser entendida como un simple problema de desigualdad. La configuración de determinados tipos discriminatorios suponen una valoración jurídico- filosófica de determinadas situaciones que atentan contra la propia dignidad humana (al descalificarlo perjudicialmente por razones meramente personales e irrelevantes al momento de evaluar la capacidad o idoneidad del trabajador); una reacción a ciertos fenómenos sociales preexistentes y muy arraigados de marginación y exclusión social, sea de individuos o de grupos en función de sus características singulares. Las situaciones de discriminación obedecen no ya a situaciones meramente irrazonables o

arbitrarias sino que por sobre todo odiosas e indignas, que suponen la identificación del afectado ya no como diferente sino como inferior y sometido. En definitiva las situaciones de discriminación recogidas por la legislación interna y la internacional, denotan una clara e inequívoca toma de postura del orden social contra determinados y específicos tratos desiguales entre seres humanos.

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

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

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

Por otra parte, las desigualdades de trato que inciden en la violación del mandato general de igualdad en tanto son calificadas de arbitrarias han de buscarse caso a caso en la confrontación de aquellas con la situación de otro u otros sujetos en un momento determinado; en cambio, el juicio de discriminación trasciende el momento concreto para convertirse en una situación sistemática de desigualdad de trato ya dada.

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

En este sentido, las únicas diferencias de trato basadas en alguna de las motivaciones calificadas como discriminatorias que permite el ordenamiento jurídico -concretizadas en la normativa laboral- son aquellas expresamente señaladas por la Constitución o la Ley, a saber: la

"nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos" (artículo 19, Nº 16, inciso tercero, de la Constitución Política).

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

