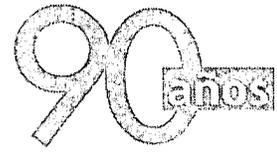


DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES
E INFORMES EN DERECHO
K. 10871 (1852) 2014



501

Jurídico

ORD.: _____ /

MAT.: Atiende presentación que indica

ANT.: 1) Correo electrónico de 31.12.2014, de Felipe Peña Casanova, Presidente Sindicato Trabajadores Transitorios CONAF, Región Valparaíso.
2) Correo electrónico de 30.12.2014; 19.12.2014, de María Fernanda Lues Mella, Abogada CONAF.
3) Presentación de 27.11.2014, de Director Regional (S), Dirección Regional de Valparaíso CONAF.
4) Ordinario N° 4314 de 04.11.2014, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes de Derecho.
5) Presentación de 28.10.2014 de Felipe Peña Casanova, Presidente Sindicato Trabajadores Transitorios CONAF, Región Valparaíso.
6) Ordinario N° 1535 de 24.09.2014, de Inspectora Comunal del Trabajo, Viña del Mar.
7) Presentación de 20.08.2014, de Felipe Peña Casanova, Presidente Sindicato Trabajadores Transitorios CONAF, Región Valparaíso.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

30 ENE 2015

A : FELIPE PEÑA CASANOVA
PRESIDENTE SINDICATO TRABAJADORES TRANSITORIOS CONAF
CALLE LOS ABETOS N° 379, VILLA CASAS DEL PARQUE
VILLA ALEMANA/

Mediante presentación del antecedente 7) Ud. ha solicitado un pronunciamiento por parte de esta Dirección, respecto del proceso de selección y finalización de temporada, al cual se encuentran adscritos dependientes de la Corporación Nacional Forestal de la Región de Valparaíso -CONAF-, en adelante la Corporación.

Funda su presentación, en el hecho que el proceso de postulación a la Corporación considera un examen psicológico, cuya finalidad es determinar la aptitud psicológica de los postulantes, y una evaluación médica que consiste en ejercicios de carácter físicos, primando en la decisión final el resultado de los exámenes psicológicos, circunstancia que es cuestionada por cuanto postulantes que han participado en temporadas previas y consecutivas, han sido marginados en razón de dicho resultado. Expresa, además, que dicho instrumento no es aplicado por un especialista, desconociéndose quién es el encargado de corregir y hacer entrega de los resultados, puesto que éstos no serían entregados personalmente, sino que se comunicaría telefónicamente a los postulantes si conforme a los resultados obtenidos son aptos o no.

Asimismo, se señala que al término de cada temporada todo trabajador es evaluado por su jefatura directa, sin que existan parámetros definidos. Finalmente, desconocen si dicho proceso se encuentra regulado en algún reglamento de la referida Institución.

Al respecto, cabe informar en forma previa, que en cumplimiento del principio de igualdad y contradicción de los interesados, contemplado en el inciso final del artículo 10 de la ley N° 19.880, se dio traslado a la Corporación Nacional Forestal, Región de Valparaíso, con el fin de que expresara sus puntos de vista sobre la materia consultada.

En respuesta a dicho requerimiento, dicha Institución informó que la Corporación, en ejercicio de sus facultades como empleador, ha elaborado un manual de reclutamiento, selección y contratación de personal para brigadas de combate de incendios forestales, donde se establecen puntos a considerar, tales como: perfiles de cargo, requisitos de ingreso, documentación, evaluaciones físicas, evaluaciones psicológicas, etc.

Agrega, que por oficios N°s 521 de 29.10.2009 y 209/2009 de 13.11.2009, la Dirección ejecutiva instruye acciones estratégicas para la temporada de incendios forestales 2009-2010-, adjuntando, entre otros, manual para el reclutamiento, selección y contratación del personal para brigadas de combate de incendios forestales, el cual sería actualizado antes del inicio de cada temporada estival de incendios forestales.

En relación al examen psicológico y la marginación de postulantes con motivos de los resultados de éstos, expresa que para la temporada 2013-2014 el porcentaje de postulantes declarados no aptos para ejercer funciones durante dicha temporada estival, en la Región de Valparaíso, correspondió al 3,90%, según consolidado de dicha temporada, cifra que para la actual temporada 2014-2015 se redujo a un 2,07%.

A su vez, respecto a la entrega de resultados señala que los encargados regionales del proceso de selección se contactan de forma rápida y efectiva con los postulantes a través de una llamada telefónica, circunstancia que sería consensuada con el o los postulantes, dado que es el único medio de comunicación de carácter rápido y seguro, toda vez que se pretende facilitar la entrega de información a los postulantes.

Asimismo, en cuanto al examen psicológico, expone que el equipo de expertos conformado por psicólogos del área de psicología laboral de la Corporación, son quienes toman la decisión de adoptar la herramienta de evaluación más idónea para los cargos a proveer.

Finalmente, con relación a la evaluación efectuada al término de cada temporada por parte de la jefatura Directa, señala que para el caso de los integrantes de una brigada forestal, es el jefe directo el más idóneo para evaluar el personal a cargo. Aclara, además, que desde la temporada 2012-2013 se ha implementado el denominado Anexo 5°, con objeto de estandarizar la evaluación de

desempeño, el cual contempla notas manuscritas, cuya finalidad es fundamentar la nota de evaluación asignada a cada trabajador.

Precisado lo anterior, cumpla con informar a Ud. que tal como ha sido reiteradamente sostenido por esta Dirección, entre otros, en dictamen N° 3448/0168 de 12.09.2001, el constituyente ha contemplado en el artículo 19 N° 16, inciso 3° de nuestra Carta Fundamental –como garantía constitucional-, el principio de la libertad de trabajo, en términos tales que *“Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*.

En efecto, el constituyente ha incorporado en nuestra Carta Fundamental como pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que emanan de ella, directriz constitucional esencial que se consagra en los artículos 1°, 5° inciso 2° y 19 numeral 26 de nuestra Constitución Política. A su vez, con objeto de vincular más estrechamente el desarrollo de nuestro ordenamiento interno con el estado y evolución de la comunidad jurídica internacional, elevó la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, agregando al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, el acápite siguiente: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*. Es decir, los órganos estatales asumen un rol activo no solo respetando los derechos fundamentales, sino sobre todo, promoviéndolos. Y estos derechos –que deben respetarse y promoverse- son todos aquellas garantizados por la Constitución, pero también, todos aquellos garantizados por los tratados internacionales *“ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Es por esta vía que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por Chile y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, instrumento que refuerza “la libertad de trabajo como derecho fundamental” consagrado por nuestra Constitución, pero además precisa e individualiza determinadas causales a las que atribuye expresos efectos discriminatorios y transgresores de la garantía constitucional en análisis.

A su turno, las causales o circunstancias de discriminación, exclusión o preferencias que contempla el citado Pacto, incrementan y enriquecen aquellas que tienen su origen en la legislación nacional, cuales son, a saber: *“raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social”*. (Artículo 2° inciso 4° del Código del Trabajo).

En efecto, el N° 1 del artículo 6 del Pacto aludido previamente, señala:

“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

A mayor abundamiento, para garantizar la eficacia de este derecho fundamental, el acuerdo precitado establece en el N° 2 del artículo 2, la calidad de garantes de los Estados Partes, los que deberán asegurar que este derecho se ejerza *“sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Asimismo, se incorporara a nuestro ordenamiento jurídico laboral el Convenio N° 111 de la OIT, sobre discriminación en el empleo y ocupación, ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971 y promulgado mediante DS N° 733 de 19 de octubre del mismo año, el cual especifica la noción de discriminación en

el desarrollo de un trabajo subordinado, prescribiendo en su artículo 1°, apartado 1° que el término discriminación comprende: *“a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y en otros organismos asociados”*.

A su vez, el apartado 2° y 3° del referido artículo 1° precisa que *“las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”*. *“A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”*.

De esta suerte, la Constitución Política consagra y promueve el principio no discriminación laboral, toda vez que prohíbe toda discriminación que no tenga como base la capacidad e idoneidad personal para la ejecución de una labor o la prestación de un servicio determinado y, complementariamente, los citados instrumentos internacionales enuncian y describen hipótesis de discriminación precisas y determinadas, que incrementan y enriquecen el conjunto de causales de discriminación contempladas por nuestro ordenamiento interno, sin perjuicio que, además, se añada una fórmula genérica, *“cualquier otra condición social”*.

En efecto, el sistema mencionado garantiza un derecho y, a la vez, describe hipótesis de transgresión al mismo, permitiendo, a quien interpreta y aplica el derecho, calificar con mayor amplitud y fundamento que un hecho, circunstancia, calidad o condición, resulta atentatoria a la libertad de trabajo.

Por su parte, el artículo 2° del Código del Trabajo, en sus incisos 4°, 5° y 6°, prescribe:

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

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

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

Al respecto, cabe precisar que la incorporación en nuestro Código del Trabajo de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, u origen social) no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato, que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal o respecto de las cuales su encuadre en ellas sea dificultoso o dudoso.

Así también, lo ha entendido la jurisprudencia, al establecer que el catalogo del artículo 2° del Código del Trabajo es meramente ilustrativo, dando lugar a la incorporación de criterios no estipulados en la señalada norma jurídica,

concretamente al considerar la discapacidad como uno de ellos. Lo anterior, a propósito de la sentencia de una causa en procedimiento de tutela laboral en el cual se concluye que "Si bien el artículo 2º del Código del Trabajo señala de modo enunciativo algunos motivos de discriminación..., la referencia en opinión de esta sentenciadora no es taxativa ya que la discriminación se especifica como toda infracción del principio general de igualdad...". (Causa RIT N° T-63-2011, Primer Juzgado de Letras del Trabajo Santiago).

De este modo, una adecuada interpretación del artículo 2º del Código del Trabajo, no debe agotarse en una interpretación cerrada del catálogo contemplado en la citada disposición legal, sino que debe ser interpretado a la luz del artículo 19 N° 16 de la Constitución, esto es, permitiendo la incorporación de aquellas figuras de discriminación que priven, perturben o amenacen la igualdad de trato, tales como, orientación sexual, padecimiento de algún tipo de enfermedad, discapacidad e identidad de género, entre otras.

Asimismo, de la lectura de la citada disposición legal se colige que el legislador ha contemplado expresamente la prohibición de actos de discriminación en el momento previo a la celebración del contrato de trabajo, esto es, al momento de la selección de trabajadores.

En efecto, tal como sostiene Eduardo Caamaño la incorporación por la ley N° 19.739 de la disposición contenida en el inciso 5º del artículo 2º del Código del Trabajo, antes transcrito y comentado, extiende claramente la aplicación del principio de no discriminación al estadio anterior al nacimiento de la relación laboral, al definir como acto 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 tercero¹.

Por consiguiente, la prohibición de discriminación en el acceso al empleo conlleva una limitación al poder empresarial. De suerte que, la libertad de contratación del empresario se encuentra limitada por el principio de igualdad de trato, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución y por la prohibición de discriminar directa o indirectamente a los candidatos reales o potenciales, conforme a lo prescrito en el artículo 19 N° 16 inciso 3º de la Constitución y artículos 2º y 5º del Código del Trabajo².

Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista, concretamente del "*Manual de selección de personal para cargos transitorios del programa manejo del fuego*", aparece que en dicho instrumento se encuentra regulada cada etapa del proceso de selección al cual se encuentran adscritos futuros postulantes de la Corporación, proceso que considera la constitución del comité de selección, el reclutamiento y la selección propiamente tal. Respecto de este último punto, y según sea el cargo de que se trate y las características del postulante, se aplicarán tres evaluaciones, esto es, una de aptitud física, otra de carácter psicológica y finalmente una entrevista personal.

En relación a las pruebas físicas, éstas consisten en 5 evaluaciones, a saber: abdominales en un minuto, flexiones de brazo en barra fija, salto largo de longitud sin impulso, cincuenta metros planos y test de resistencia. Única prueba que debe ser superada en las exigencias mínimas establecidas para cada una de las evaluaciones antes descritas.

¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, "*La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el período anterior al nacimiento de la relación laboral*", Revista Laboral Chilena N° 116, 2003, p. 5, disponible en: <http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/articulos-profesor/la-defensa-del-principio-de-no-discriminacion>

² Ídem. p. 8

Por su parte, según se desprende de los referidos antecedentes, la evaluación psicológica tiene por objeto analizar las características personales de los postulantes nuevos a todos los cargos, evaluación que se realizará por un psicólogo laboral y cuyos resultados serán de difusión acotada y de estricta confidencialidad.

Respecto de postulantes que hayan prestado servicios en CONAF y que postulen al mismo cargo, además de cumplir con una evaluación física y psicológica, se considerará una evaluación correspondiente a su desempeño durante el año anterior, evaluación esta última que será resultado de la visión general sobre el comportamiento que tuvo el postulante en materias de probidad, disciplina, gestión de mando, trabajo en equipo, entre otros. Información que provendrá del respectivo Jefe directo, según antecedentes requeridos en anexo N° 5 -documento tenido a la vista-.

Precisado lo anterior, cabe sostener, en opinión de quien suscribe, que exigir como parte de un proceso de selección de trabajadores evaluaciones de aptitudes físicas y de carácter psicológico, resulta jurídicamente procedente, en la medida que éstas se ajusten a las disposiciones constitucionales y legales antes transcritas y comentadas, esto es, que no tengan por objeto anular o perturbar la igualdad de oportunidades o de trato y que no se funden en exigencias arbitrarias que atenten contra el principio de no discriminación laboral.

A su vez, en relación a la evaluación del desempeño de postulantes antiguos, regulado en el referido anexo N° 5, debe necesariamente encontrar como límite, no tan sólo los derechos fundamentales ya aludidos, sino también el derecho al debido proceso en su faz adjetiva y formal, que supone el respeto a los principios y derechos que les ha de corresponder a los trabajadores que son afectados por la referida evaluación, entre los cuales ha de contarse el derecho a ser oídos, así como a defenderse adecuadamente y a que la evaluación sea debidamente fundada.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud. que respecto a la materia consultada debe estarse a lo señalado en el cuerpo del presente informe, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieran ejercerse, para el caso de estimarse que el proceso de selección pudiera importar una práctica atentatoria contra algún derecho fundamental.

Saluda a Ud.,



JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO


 RGR/ACG

Distribución:

- Jurídico – Partes – Control
- Inspección Comunal del Trabajo, Viña del Mar
- Dirección Regional de Valparaíso CONAF.