



DEPARTAMENTO JURÍDICO

K. 15561(3568)2015

13841(3153)2015

08123(1562)2015

2888

ORD.: _____

MAT.: Se pronuncia sobre solicitudes de reconsideración del Ord. 5254 de 15.10.2015 del Director del Trabajo.

ANT.:

- 1) Instrucciones de 26.05.2016 de Jefe del Departamento Jurídico.
- 2) Instrucciones de 18.04.2016 de Jefe del Departamento Jurídico.
- 3) Pase 557 de 14.04.2016 de Asesora del Director.
- 4) Instrucciones de 26.02.2016 de Jefa U. Dictámenes del Departamento Jurídico.
- 5) Pase 178 de 01.02.2016 de Asesora del Sr. Director del Trabajo.
- 6) Pase 177 de 29.01.2016 del Sr. Director del Trabajo.
- 7) Pase 2163 de 23.12.2015 del Jefe de Gabinete del Sr. Director.
- 8) Presentación de 21.12.2015 de Ramón Gómez Roa, por el Movilh.
- 9) Reunión de 18.12.2015 con representantes del Movilh.
- 10) Pase 1933 de 16.11.2015 del Jefe de Gabinete del Sr. Director.
- 11) Presentación de 12.11.2015 de Daniela Santana Leiva, por Fundación Iguales.

SANTIAGO,

31 MAY 2016

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

**A : RAMON GOMEZ ROA
PRESIDENTE MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL.
COQUIMBO 1410, SANTIAGO CENTRO.**

**DANIELA SANTANA SILVA
DIRECTORA LEGISLATIVA FUNDACIÓN IGUALES
dsantana@iguales.cl**

Mediante presentaciones de los Ant. 8) y 11), el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) y la Fundación Iguales, respectivamente, han solicitado a esta Dirección la reconsideración del Ord. 5254 de 15.10.2015, mediante el cual el suscrito se pronunció acerca de los alcances laborales de la entrada en vigor de la Ley 20.830

que crea el Acuerdo de Unión Civil, señalando, en concreto, que ésta no incorporó modificaciones al actual artículo 207 bis del Código del Trabajo que consagra el permiso por matrimonio, por lo que no se contemplaría este permiso para quienes celebren el referido acuerdo civil, conforme a las consideraciones que el propio pronunciamiento expone.

El Ordinario en comento tuvo su origen en las consultas sobre la materia que formuló el Movilh en escrito de 23.06.2015.

Acerca del reestudio del asunto objeto del pronunciamiento.

Sin perjuicio de lo antes señalado y de la omisión del legislador aludida por los solicitantes, el suscrito ha resuelto abocarse a un nuevo análisis del caso, tomando en cuenta, principalmente, la incidencia que tiene en la especie el deber constitucional de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales, mismo que corresponde observar a la administración en toda actuación que el ordenamiento jurídico le ha encomendado, incluyendo el ejercicio de potestades meramente interpretativas.

Como primera consideración cabe indicar que, conforme lo consagra el artículo 1 inc.4° de la Constitución Política de la República al tratar las Bases Institucionales, el *Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*

De este mandato constitucional se desprende, en voz del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que *el primer deber del Estado es proteger y servir a la persona. Por tanto, en cada actividad que realice o política pública que genere, el poder ejecutivo debe prever la forma en que ésta afectará los derechos humanos de las personas.*¹

A lo anterior cabe agregar que el propio artículo 1° de la Constitución, en su inciso final, impone además al Estado, entre otros, el deber de dar protección a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

A su turno, el artículo 5° inc.2 de la Carta Suprema dispone que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Del mismo modo, imprescindible resulta estimar que rige en nuestro ordenamiento el principio de supremacía constitucional, el cual manifiesta lo que en doctrina se ha denominado la *superlegalidad formal y material de la Constitución.*²

En efecto, el artículo 6° de la Constitución Política, consagra la supremacía de sus mandatos en los términos siguientes:

Artículo 6°.- *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.*

¹ INDH, Situación de Los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2010.

² Gonzalo García Pino; Estudios sobre jurisdicción constitucional, pluralismo y libertad de expresión; Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°49, 2012.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

De la norma anotada se obtiene que la referida primacía, desde lo material, implica que *“la Constitución condiciona sustancialmente la dirección política de la organización del poder democrático y vincula esta organización al cumplimiento, concretización y desarrollo de la carta de derechos fundamentales que ella contiene.”*³

Asimismo, el citado precepto, a partir de la supremacía constitucional, le otorga a la Carta Política plena fuerza normativa, quedando autoridades y particulares vinculados directamente a ella.

En este contexto normativo corresponde señalar que los principios hermenéuticos constitucionales han de regir con todo su vigor, en desmedro de reglas de análisis jurídico exclusivamente civiles, lo que permea, por cierto, en la sede administrativa, cuyo es el caso de la actuación de la Dirección del Trabajo.

Conforme a lo antedicho, en la labor de análisis jurídico de casos donde se involucren derechos fundamentales, cuyo sería la situación de la especie como se verá más adelante, no es posible eludir principios de interpretación constitucional destinados a encarnar el referido vigor de la norma máxima.

Uno de esos principios es el de interpretación armónica con la Constitución.

Al respecto, la Contraloría General de la República se ha pronunciado, sosteniendo, entre otras consideraciones, lo siguiente que se extracta:

“(…) debe tenerse en cuenta que ninguna norma jurídica puede vulnerar o desconocer el contenido de la Constitución Política, principio que nuestra Carta Fundamental consagra en su artículo 6° y aplica reiteradamente, entre otros, en sus artículos 1°, inciso cuarto, y 24°, inciso segundo, el cual configura uno de los componentes fundamentales del Estado de Derecho y que debe ser el elemento que presida una cabal interpretación de los preceptos legales; criterio que se traduce en atribuirles un sentido congruente con todas las disposiciones constitucionales, para salvaguardar dicha supremacía.” (Dict. N° 610 de 07.01.2000)

“...los preceptos legales deben interpretarse de un modo que no implique contrariar las normas de la Carta Fundamental o vulnerar las garantías individuales que ella asegura a todas las personas, lo cual es una aplicación de los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa que son elementos fundamentales, para la configuración del Estado de Derecho.” (Dict. N° 62.503 de 29.12.2006)

El segundo principio a considerar es el de la primacía de los derechos fundamentales.

Según la doctrina nacional, el artículo 5° inc. 2 de la Constitución explicita la limitación material al ejercicio del poder por los derechos fundamentales, los que se transforman en *“criterios materiales de validez para todas las ramas del ordenamiento jurídico – incluyendo al Derecho Administrativo– y condicionan materialmente el ejercicio de las funciones y competencias públicas así como la aplicación e interpretación de todo precepto normativo, lo cual se traduce en el principio de primacía o prevalencia de los derechos fundamentales, reafirmando su carácter intangible.”*⁴

³ Ídem.

⁴ Gabriel Celis Danzinger; La interpretación jurídica en el Derecho Administrativo contemporáneo, Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña Del Mar, N° 3; 2009

En ese entendido, estando la soberanía interna del Estado y, por ende, toda su actuación, limitada por la vigencia de los derechos que emanan de la naturaleza humana, mismos cuya entidad los hace *jerárquicamente superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades*⁵, resulta imposible para los órganos públicos eludirlos al momento de ejercer sus potestades.

A mayor abundamiento, el autor Gabriel Celis agrega que los órganos administrativos deben respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales en relación con los pactos internacionales sobre derechos humanos, que incorporan *el principio pro homine o favor libertatis, recogido en materia laboral por el artículo 5° inciso 1° del Código, también armónico con el principio de interpretación conforme ya que la aplicación de la norma que mejor proteja un derecho conlleva siempre una hermenéutica conciliadora con el bloque dogmático-constitucional. De esta forma el valor superior de la dignidad humana en relación con los de libertad e igualdad, concretado en los derechos fundamentales sirve de sustento a todo el ordenamiento del trabajo.*⁶

Ahora bien, respecto del permiso por matrimonio establecido en el artículo 207 bis del Código del Trabajo –incorporado por la Ley 20.764-, que fue materia del pronunciamiento del suscrito mediante Ord.5254 de 15.10.2015, cabe precisar que, tal como se informó en su oportunidad, la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil no contempló expresamente modificaciones al aludido precepto del estatuto laboral, de lo que pudo inferirse que quedaba restringido el beneficio de modo exclusivo al trabajador o trabajadora que hubiere contraído matrimonio.

La conclusión anterior, si bien puede elaborarse sobre la base de una interpretación tradicional de la ley ordinaria, comporta una discordancia entre la relevancia jurídica que el legislador le ha otorgado al acuerdo de unión civil –con la indiscutible magnitud personal, familiar y social que el acto tiene para los contrayentes- y el tratamiento que la preceptiva le da al pacto en este particular, a saber, excluyéndolo del permiso establecido en el citado artículo 207 bis.

En efecto, la Ley 20.830, eleva el acuerdo de unión civil a un estatus diverso al de los contratos que otorgan cotidianamente las personas, desde que con él las partes formalizan su vida en común, la conformación estable del hogar, generando un nuevo estado civil, una relación de parentesco entre ellos y con las respectivas familias, así como una serie de derechos y obligaciones personales y patrimoniales. Ello se desprende de distintos preceptos de la citada ley, por ejemplo:

Artículo 1°.- El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil.

Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26.

Artículo 2°.- El acuerdo generará para los convivientes civiles los derechos y obligaciones que establece la presente ley.

⁵ Ver Miriam Henríquez Viñas; Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el método de casos; Estudios Constitucionales, Año 6, N°2; Stgo, 2008.

⁶ Gabriel Celis D., op.cit.

Artículo 4°.- Entre un conviviente civil y los consanguíneos de la persona con la que está unida por un acuerdo de unión civil existirá, mientras éste se encuentre vigente, parentesco por afinidad. La línea y grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su conviviente civil se califica por la línea o grado de consanguinidad de dicho conviviente civil.

A su turno, otras disposiciones de la misma ley refieren a elementos comunes entre el contrato de matrimonio y el acuerdo de unión civil, a saber:

Artículo 9°.- No podrán celebrar este contrato entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Tampoco podrán celebrarlo las personas que se encuentren ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente.

Artículo 16.- Cada conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente.

El conviviente civil podrá también ser asignatario de la cuarta de mejoras.

Artículo 17.- El conviviente civil sobreviviente podrá ser desheredado por cualquiera de las tres primeras causas de desheredamiento indicadas en el artículo 1208 del Código Civil. (1ª Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes; 2ª Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo; 3ª Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar,)

Artículo 19.- El conviviente civil sobreviviente tendrá también el derecho de adjudicación preferente que la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil otorga al cónyuge sobreviviente. Tendrá, asimismo, en iguales condiciones que las prescritas en esta regla, los derechos de habitación y de uso, que la misma concede al cónyuge sobreviviente para el caso en que el valor total del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, excedan su cuota hereditaria.

Artículo 20.- El conviviente civil tendrá legitimación activa para reclamar las indemnizaciones derivadas de los perjuicios a que hubiere lugar por el hecho ilícito de un tercero que hubiere causado el fallecimiento de su conviviente civil o que lo imposibilite para ejercer por sí mismo las acciones legales correspondientes, sin perjuicio de las otras indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común.

Artículo 21.- Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil.

Artículo 23.- Todas las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen respecto de los cónyuges se harán extensivas, de pleno derecho, a los convivientes civiles.

Artículo 25.- Lo dispuesto en el inciso primero del artículo 450 y en el número 1º del artículo 462, ambos del Código Civil, será aplicable a los convivientes civiles. (Art. 450 C. Civil.- Ningún cónyuge podrá ser curador del otro declarado disipador. La mujer casada en sociedad conyugal cuyo marido disipador sea sujeto a curaduría, si es mayor de dieciocho años o después de la interdicción los cumpliere, tendrá derecho para pedir separación de bienes. Art. 462.- Se deferirá la curaduría del demente: 1º A su cónyuge no separado judicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 503;)

De las normas anotadas se desprende con claridad, primero, la

significación y trascendencia que el legislador le ha asignado al acuerdo de unión civil y, segundo, las concordancias con la institución matrimonial, todo lo cual, al menos para la aplicación del beneficio establecido en el artículo 207 bis del Código del Trabajo, permitiría tener por asimiladas ambas convenciones.

Precisado lo anterior, cabe sostener que, atendido el espíritu de las normas contenidas en la Ley 20.764 y en la Ley 20.830, y principalmente por la necesidad preeminente de respetar el derecho de las personas a ser tratadas con igualdad, no parece coherente con todo lo expuesto en este informe concluir que el permiso contemplado en el citado artículo 207 bis no es aplicable al acuerdo de unión civil.

En este punto, cabe señalar que la Carta Fundamental establece lo siguiente:

Art. 19 La Constitución asegura a todas las personas:

Nº2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

Nº16.- La libertad de trabajo y su protección.

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

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.

En efecto, en virtud de la referida igualdad ante la ley (o igualdad “en la ley” según la doctrina constitucional), las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes⁷, lo cual permite sostener que, para el caso de marras, deba excluirse aquella interpretación que, sin que exista justificación sustantiva, origine un trato laboral diferenciado entre personas que concurren a un acto de similar alcance.

Deriva inmediatamente de la igualdad de trato la prohibición de toda discriminación arbitraria, proscripción que atraviesa toda la preceptiva constitucional y que, conforme ya se ha señalado, vincula a toda autoridad y a toda persona, no pudiendo ningún organismo estatal eludir el control constitucional de sus propias actuaciones.

A su turno, en el ámbito del trabajo, el propio constituyente plasma la igualdad de trato en el citado numeral 16, garantizándola expresamente al prohibir cualquiera discriminación que no se funde en la capacidad e idoneidad personal, lo cual refuerza la necesidad de evitar toda forma de conculcación a la referida igualdad en el campo laboral, sea por el empleador, sea por la autoridad o un tercero.

Así las cosas, conforme a todas las consideraciones expuestas y siendo un imperativo para toda autoridad el ajustarse a los institutos iusfundamentales cuando ejecuta sus potestades, incluyéndose, si es procedente, la labor de interpretación o de análisis jurídico, cuyo ha sido el caso de la especie, ha resultado necesario el reestudio de las conclusiones vertidas en el Ordinario 5254 de este Director, habida cuenta de la primacía del

⁷ STC Rol 53-88

derecho a la igualdad de trato y de la garantía de no discriminación a que se ha hecho referencia.

Conclusión.

Actuando dentro de las atribuciones que confiere el ordenamiento jurídico, téngase por reconsiderado el Ord. N° 5254 de 15.10.2015 de la autoridad que suscribe, correspondiendo concluir que el permiso por matrimonio que consagra el artículo 207 bis del Código del Trabajo –incorporado por la Ley 20.764-, es aplicable al trabajador o trabajadora que otorga el Acuerdo de Unión Civil conforme a la Ley 20.830, por las razones desarrolladas en este informe.

La conclusión antedicha cabe ser entendida sin perjuicio de los permisos que convencionalmente se hayan entregado por este motivo, los que corresponde estimar imputados al beneficio legal en comento.

Saluda atte.



CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO



JROC/ZBP/CLCH

Distribución:

- Dest
- Jurídico-Partes-Control.