



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Laboral

Efectos y alcances del principio de no discriminación en el Derecho
Laboral Chileno.

Valentina Palacios Plaza

Belén Quezada Arzola

Profesora guía: María Eugenia Montt

Santiago, 2019

AGRADECIMIENTOS

En estos momentos en que terminamos un proceso y nos disponemos a comenzar otro, queremos agradecer a nuestros padres por habernos acompañado durante toda esta etapa, por habernos brindado contención, y habernos aconsejado con cariño sabiduría.

A nuestra familia, por haber sido parte de este camino y por entregarnos la fuerza, energía y amor que tanto necesitamos para enfrentar las dificultades que se presentaron en este camino.

A nuestros amigos, que han sido de gran importancia durante toda nuestra vida universitaria y se han ganado un lugar preciado en nuestros corazones.

Finalmente, pero no menos importante, nuestros agradecimientos a José y Jean, quienes han estado a nuestro lado durante este tiempo, nos han dado su cariño y nos han sacado más de alguna sonrisa en momentos de dificultad.

INDICE

INTRODUCCION	1
---------------------	----------

PRIMER CAPITULO

I. Cuestiones previas sobre la discriminación	3
a) Origen de la palabra discriminación	3
b) Etimología	4
c) Análisis de la definición	5
d) Propuesta de una definición	9
II. Dimensión social de la discriminación. ¿Por qué discriminamos?	10
III. Formas de discriminación	15

SEGUNDO CAPITULO

I. Fundamento del Derecho a la no discriminación: El principio de Igualdad	22
II. El Derecho a la no discriminación: conceptos y precisiones	25
III. Recepción del Derecho a la no discriminación en el ámbito laboral	28
a) Antecedentes histórico-jurídicos	28
b) Estatuto jurídico antidiscriminatorio laboral en Chile	32
c) La discriminación laboral: conceptos y elementos	35
d) Elementos de la discriminación laboral	35

TERCER CAPITULO

I. Mecanismos judiciales de protección de los Derechos fundamentales del trabajador	44
II. El Recurso o Acción de Protección como herramienta judicial de tutela de Derechos fundamentales del trabajador	46
a) Legitimación activa	46
b) Presupuestos o requisito de procedencia	47
c) Derecho a no ser discriminado: normas aplicables y concepto de discriminación	50
d) La prueba de los hechos	52
e) Sentencia y finalidad del Recurso de protección	55
f) Comentarios sobre el Recurso de Protección como medio de protección de los Derechos fundamentales de los trabajadores y en particular del Derecho a la no discriminación.	56
III. Procedimiento de tutela de Derechos fundamentales	58
a) Legitimación activa	59
b) Presupuestos o requisitos de procedencia	62
c) La no discriminación en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales	64

d)	Carga probatoria: Sistema de prueba indiciaria	67
e)	Sentencia y efectos de la sentencia	72
f)	Comentarios respecto del Procedimiento de tutela de Derechos fundamentales del trabajador y comparación la Acción de protección	75
IV.	Procedimiento descrito en la ley 20.609. Ley Antidiscriminación	76
a)	Legitimación activa	76
b)	Requisito de procedencia	77
c)	Derecho a no ser discriminado: Concepto de discriminación utilizado	78
d)	Carga de la prueba	80
e)	Sentencia y finalidad del procedimiento	80
f)	Comentarios acerca de la acción de antidiscriminación contemplada en la ley 20.609	81
 CUARTO CAPITULO		
I.	Presentación de las características de los medios de protección judiciales del Derecho a la no discriminación a través de casos	82
II.	Denuncias de discriminación vía Recurso de protección	82
a)	Recurso de protección 31729-2018 “Palma con Ministerio de Bienes Nacionales” Corte de Apelaciones de Santiago	82
III.	Denuncias de Discriminación vía Procedimiento de tutela de Derechos fundamentales del trabajador	89
a)	Causa RIT T-134-2017 “Páez con Universidad de La Serena” del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena	89
b)	Causa RIT T-71-2017 “Alvear con Ilustre Municipalidad de Lo Espejo” del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel	97
IV.	Denuncias vía Acción de no discriminación de la ley 20.609	105
a)	Causa ROL C-1901-2014 “Riesco con Paul” del 1° Juzgado Civil de Chillán	105
 CONCLUSIÓN		113
 BIBLIOGRAFÍA		126

INTRODUCCIÓN.

La situación actual de la discriminación ha venido manifestando e imponiendo una serie de desafíos que impregnan el debate social y legal en nuestra actualidad. Ante estos desafíos, es que las autoras desarrollan la presente tesis con el objetivo de ser un aporte en la caracterización de este complejo fenómeno social desde sus orígenes y en su evolución, enfocando el estudio de la discriminación en una primera etapa, como manifestación o expresión cultural y social, y así entender esta problemática desde su raíz, buscando una explicación y entregando una visión más completa que permita orientar el análisis desde una mirada más amplia y con una conexión con otras disciplinas, por cuanto la discriminación es un fenómeno social, se vuelve imperativo aportar en la discusión legal desde esta zona, y así poder enriquecer el debate legal. En una segunda etapa, se arriba a las ciencias jurídicas, siempre con estos conceptos sociales en la órbita de estudio, para luego pasar directamente al ámbito laboral, que es probablemente la rama del derecho donde se pueden apreciar más situaciones de vulneración del principio de no discriminación y donde existe una regulación especial, dada su importancia en nuestra sociedad.

La siguiente tesis se compone de cuatro capítulos, el primer capítulo ofrece una exposición del concepto y su origen etimológico, junto con sus imprecisiones lingüísticas, con el objeto de aportar nuevas definiciones que integran elementos no tomados en consideración por sus predecesoras, y que son fundamentales para el actual debate, dado que nos permiten expandir este concepto en sus diversas dimensiones (lingüística, social y jurídica). Luego, se analizan los conceptos que se encuentran íntimamente relacionados con la discriminación desde un punto de vista social y psicológico, y que son a su vez fenómenos sociales, los cuales son; el estereotipo y el prejuicio, para tratar de responder a la pregunta de ¿Por qué discriminamos?, para finalmente exponer los diferentes tipos de discriminación que han ido surgiendo precisamente como consecuencia de ser este un fenómeno dinámico.

El segundo capítulo, inicia el análisis legal y doctrinario del presente trabajo, que en una primera etapa y de modo general, caracteriza al derecho a la no discriminación, mostrando en extenso, el debate jurídico en torno a qué se entiende y qué se debe entender por este derecho, separándolo del principio de Igualdad, y poniendo énfasis en el momento colectivo de la discriminación, en atención al daño que se genera en la

persona discriminada como parte del grupo que históricamente ha sufrido discriminación, para luego arribar específicamente al derecho laboral, en donde todos estos conceptos, ya revisados anteriormente, adquieren una visibilidad considerable, y una preocupación manifiesta de nuestro ordenamiento jurídico, fundamentada en la pugna insoslayable entre el poder de control y dirección del empleador y los derechos del trabajador, que dan origen a incontable situaciones de discriminación, y que por lo mismo, poseen en nuestro derecho laboral una regulación de orden especial, que se inicia en la Constitución Política de la República, y que llega a la normativa laboral, con un entramado que va desde su reconocimiento expreso, su limitación, hasta su protección. De esta manera, se muestra la evolución histórica y jurídica en el reconocimiento de este derecho en el ámbito laboral, para luego, plasmar el estatuto jurídico antidiscriminatorio en nuestro país a través de cada una de las normas relativas, y terminar con los conceptos y elementos propios del ilícito de la discriminación laboral.

En el tercer capítulo se presentan los mecanismos que la legislación contempla para la protección de este derecho en el ámbito laboral, ordenados cronológicamente según su época de surgimiento en nuestro ordenamiento jurídico exponiendo los aspectos relevantes de cada uno de ellos, en orden a realizar una comparación mediante el análisis de sus aspectos procesales más importantes, tales como; la legitimación activa de estos mecanismos, sus requisitos de procedencia, las normativa antidiscriminatoria protegida por cada uno de estos mecanismos a fin de observar el concepto de discriminación utilizado por estos procedimientos, además de exponer quien soportará la carga de la prueba en las acciones protectoras del derecho en cuestión, y por último la finalidad específica de estos.

Para finalizar, el cuarto capítulo expone una serie de casos de jurisprudencia que permiten observar y comparar aquellos aspectos más relevantes en el desarrollo de cada uno de estos mecanismos de protección, con el fin de distinguir el tipo de razonamiento realizado por el sentenciador, y de esta forma, evidenciar el estado actual de la protección de este derecho por nuestros Tribunales, con el objetivo de exponer las diferencias, fortalezas y debilidades de cada uno de estos procedimientos y así ser un insumo en el debate legal actual entorno a una problemática cada vez más compleja, como lo es la discriminación laboral.

PRIMER CAPÍTULO.

I. Cuestiones previas sobre la discriminación.

a) Origen de la palabra discriminación

La Real Academia de la Lengua Española, en adelante RAE, define discriminación como “acción y efecto de discriminar”, discriminar por su parte, es una palabra que ha experimentado cambios a lo largo del tiempo, ya que la RAE en sus ediciones más antiguas, la definió como “*Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra*”, acepción que se mantuvo hasta la década de 1970 donde le fue agregado un segundo significado; “*Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.*”. De esta manera, podemos reconocer el carácter axiológico de su segundo significado.

Posteriormente, en la edición del año 2001, la RAE vuelve a modificar el significado de la palabra discriminación, pero esta vez de su primera acepción, definiéndola como “*seleccionar excluyendo*”, pero manteniendo intacto el segundo significado que fue agregado en la edición del año 1970, ya antes mencionado. Este cambio, reconoce que el discriminar no es solamente distinguir, sino algo más complejo que eso, haciendo alusión directamente a una elección que tiene como resultado el rechazo o la exclusión de otra cosa, así vemos como ambos significados de la palabra ahora poseen y expresan un carácter negativo y además, visiblemente valorativo.

Lo interesante en la evolución de esta palabra, es la razón detrás de aquella y sus circunstancias, puesto que no es puramente casual que el concepto haya pasado de tener un significado simplemente neutral a uno axiológico. La década de los sesenta, estuvo marcada por fuerte luchas sociales y movimientos que explicitaron las desigualdades e injusticias vividas por grupos desfavorecidos en diversas partes de Europa y muy fuertemente en Estados Unidos se empieza a utilizar un lenguaje que trata de reflejar de la manera más fielmente posible, lo que ocurría desde hacía mucho, o mejor dicho, desde siempre. Palabras como exclusión y discriminación se alzan como aquellas que pueden mostrar el padecimiento y los perjuicios vividos por estos grupos marginados. En consecuencia, dada la intensa lucha, y la masificación que adquieren dichos movimientos, no fue posible obviar esta connotación valorativa del concepto discriminación, y finalmente se le atribuyó, a la palabra discriminar, el significado que ésta había tenido siempre.

b) Etimología

El origen de la palabra discriminar se encuentra relacionado a dos raíces etimológicas, una de origen latino, y otra, más antigua, de origen indoeuropeo.

En su voz latina, la palabra discriminar proviene de la palabra “discriminatio” que deriva del verbo “discriminare” que significa; distinguir, separar, dividir. En la conformación de esta palabra latina, se observa por una parte, la raíz “Dis” que significa enfermo o malo, y por la otra, la raíz “crimin”, que a su vez, depende de la raíz “cri/cre” y que alude a la idea de separación.

Es interesante mencionar que en la Roma clásica el sentido que se le daba a la palabra crimen era el de separación pero atribuido específicamente al hecho de separar al culpable del inocente. Lo que se señalaba en concreto, era el juicio al cual se era sometido una persona por el hecho dañoso causado, además de la acusación que se hacía ante los tribunales por el delito.

Por su parte, la raíz indoeuropea de la palabra discriminar, tal como lo señala el diccionario etimológico de Guido Gómez da Silva (Gomez da Silva, 1995), tiene que ver con “discrimin-radical de discrimen”, donde la raíz “dis” significa apartar o separar, unido a la raíz Indoeruopea “Krei-men”, que significa juicio o acusación.

De lo señalado precedentemente, podemos notar que una de las raíces de la palabra discriminar es la palabra actual “crimen”, que no solo conlleva la idea de separación, sino la idea de un juicio o reproche a un delito teniendo, por lo tanto, un contenido evidentemente negativo que no fue considerado sino hasta que en los años sesenta las luchas raciales y por los derechos civiles, hicieron patente lo que en concreto y diariamente esa palabra significaba, y que se encontraba invisibilizado ante la aparente neutralidad que se le había asignado al concepto.

Aun así, dicha realidad no se encuentra completamente superada, si bien es cierto que ya desde hace un tiempo el uso común de la palabra en análisis está asociado a un hecho negativo, no escasean las veces en que uno escucha el significado neutral de la palabra. Si bien, en principio, esto no tendría por qué ser criticable, ya que se puede justificar con el hecho de que la palabra es simplemente polisémica, tal como muchas

otras del lenguaje. Lo cierto, es que en este punto compartimos lo señalado por la INADI en un informe elaborado en el marco del Observatorio en Discriminación en la Opinión Pública de la Sociedad Civil donde señala que *“este uso ambiguo de la palabra discriminar debilita su condena social (...) porque la discriminación en sus grados más extremos puede producir la muerte de los grupos discriminados. Discriminar no es simplemente separar, es excluir. (...) Hablar entonces de discriminación no es hablar de un tema menor, y neutral (lo destacado es nuestro), sino de una de las prácticas más criminales que ha tenido la humanidad. Discriminar no es cualquier “diferenciación”, sino una exclusión que puede terminar de la manera más bruta¹”,* idea también apoyada por el doctor Jesús Rodríguez donde precisa que *“con frecuencia los demás sentido del vocablo discriminar, en los que sí aparecen elementos de corte despectivo, pueden ser tratados de justificar bajo el argumento de que se trata de meras clasificaciones o distinciones sin peso axiológico”* (Rodríguez, 2006, pág. 36).

c) Análisis de la definición

Nos detendremos a analizar la definición recogida por la RAE, y otras definiciones que han seguido con esta línea de pensamiento, con especial cuidado en sus imprecisiones a modo de comprender las dimensiones de este conflicto, y sus efectos.

La definición entregada por la RAE, comienza señalando que discriminar es “dar un trato desigual a una persona o colectividad”, podemos observar una primera cuestión relevante en torno a la ambigüedad o imprecisión de esta aseveración, en específico respecto de lo que representa el tratar desigualmente a otro.

Entendiendo que el “tratar a alguien” implica siempre la exteriorización de un comportamiento, éste puede tomar diversas formas. Es decir, “tratar a una persona” es siempre una actividad que puede ir en diferentes sentidos, por ejemplo; se puede decir algo de alguien y de esa manera estoy “tratando” a alguien de alguna forma, en efecto, si hablé bien de alguien se puede decir que lo traté bien, o por el contrario, el hablar mal de alguien, puede ser entendido como tratar a esa persona mal. Sin embargo, de igual forma,

¹ <http://fupadi.blogspot.com/2010/10/origen-etimologico-de-las-palabras.html>

se puede hacer algo en contra de alguien y en ese caso, para la definición entregada por la RAE también se estaría tratando alguien de alguna forma.

La duda que surge entonces es dilucidar si ambos comportamientos o tratos implican discriminar. Entendemos que para los términos lexicográficos dados por la Real Academia de la Lengua Española, sí, ambos casos podrían ser perfectamente nombrados como actos discriminatorios, ya sea decir o hacer algo en contra de alguien, con los demás requisitos de la definición.

No obstante, esa afirmación no resulta precisa en términos de sus efectos, tanto sociales como jurídicos, que es lo que interesa a esta investigación. Ambos “tratos” no son ni pueden ser equiparables, porque sus consecuencias son distintas. El fundamento de esta afirmación la encontramos en torno al enfrentamiento entre el derecho a la libertad de opinión con el derecho a la no discriminación, como se explicará a continuación.

Dado que toda persona por el hecho de ser tal está dotada de una dimensión subjetiva en donde se encuentran sus opiniones, gustos, deseos o preferencias, puede ocurrir que no siempre nos agraden ciertas personas, por motivos concretos, como no compartir creencias, pero inclusive sin ninguna razón aparente, como que el simple aspecto de una persona nos resulte desagradable. Pero corresponde preguntarse si esto es condenable, merece reproche o es inaceptable desde el punto de vista de las respuestas a dicha opinión y de sus consecuencias. De esta forma, si fuesen condenables los ejemplos anteriores, es decir, si en la sociedad no fuera aceptable que las personas manifestaran rechazo por otras o tuvieran opiniones negativas de otros, llevaría a “hacer obligatorio para la sociedad, un ideal de conducta moral o de decencia verbal que terminaría por limitar la libertad fundamental de expresar ideas propias” (Rodríguez, 2004, pág. 13) que comprende la esencia o el núcleo del derecho fundamental a la libertad de opinión. De esta forma, no existirá discriminación cuando se insulta o se ofende, por más chocante que pueda resultarnos esa manifestación, a menos que esto, obstaculice la realización del acceso a la igualdad, salud, educación o cualquiera otro a la cual se tenga derecho.

En efecto, el derecho a la libertad de opinión es de aquellos derechos esenciales, y que forman parte de los pilares fundamentales en un Estado democrático, por lo mismo es que si bien no son absolutos, es decir, puede ser limitado en determinadas ocasiones y

cumpléndose determinadas condiciones², esta limitación sólo puede ser ex post, y nunca a modo de censura previa. Su limitación ocurre como una forma de determinar responsabilidades posteriores a dichos de odio, y siempre que estos inciten a la discriminación, hostilidad o la violencia. Es esto lo que ha dicho la doctrina internacional de la Organización de las Naciones Unidas, así como la Organización de Estados Americanos, y es el pensamiento recogido en Chile, en el artículo 31 de la ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo³.

No obstante lo dicho anteriormente, es relevante detenerse a pensar y a discutir, qué es lo que se permite o se justifica bajo el derecho a la libertad de opinión, sobre todo si lo que se busca es lograr ser una sociedad cada vez más democrática y tolerante, puesto en no pocas ocasiones hemos visto como detrás de este derecho se encubren manifestaciones de odio, de intolerancia y de transgresiones claras a la dignidad de las personas.

El segundo problema que se advierte en la definición de discriminación en análisis, se encuentra en la utilización de una enumeración de motivos de discriminación, es decir, la elaboración de un listado para caracterizar los criterios de discriminación, acompañado al final de un “etc”. De esta manera la RAE señala que discriminar es “Dar trato desigual a una persona o colectividad por *motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.*” Listado que tiene su fundamento o inspiración en la técnica legislativa utilizada por las redacciones de las diferentes normas que regulan el tema de la discriminación, ya sea en instrumentos internacionales o en normativas internas de cada país, de rango Constitucional o inferior, incluyendo en ésta la normativa de nuestro país, que la utiliza por ejemplo, en el artículo 2° del Código del Trabajo que señala que “los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de

² La Corte Interamericana de justicia, a través de su jurisprudencia ha elaborado lo que se conoce como el test tripartito, que determina si las restricciones al derecho a la libertad de opinión son aceptables para los parámetros de la Convención Americana de Derechos Humanos. El test establece en primer lugar que las limitaciones estén previstas de manera clara y precisa en la ley, en segundo lugar, debe perseguir objetivos imperiosos para la Convención, y por último deben ser necesarias en una sociedad Democrática.

³ Ley 19.733, artículo 31 “El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales”.

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”.

Se ha dicho que esta técnica de la enumeración de criterios determinados, tiene su fundamento en el hecho de que “la teoría ha seguido a la experiencia social y, por ello, las definiciones que podemos aceptar como dominantes se han nutrido de las redacciones de una amplia serie de instrumentos o leyes internacionales que se han convertido en modelos para las legislaciones nacionales” (Rodríguez, 2004, pág. 17). En otras palabras, la teoría de la discriminación ha sido desarrollada de forma posterior a la recepción normativa del este asunto.

El conflicto que surge al utilizar esta técnica, es que inevitablemente al momento de incluir a algunos, lo excluye para otros. Como lo advierte del informe elaborado por el Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo de Argentina es que “entonces avanza en caracterizar a algunos afectados pero luego los restringe a un listado mínimo. Con lo cual estamos ante el problema de pensar a quiénes abarca y a quiénes no abarca la discriminación: el meollo de la cuestión” (Gaiano, Origen etimológico de las palabras discriminar y discriminación, 2010) y además agrega otra dificultad, puesto que, debido a lo anterior, “los jueces se pueden ver en el dilema de pensar en la letra de la ley o en el espíritu, y aplicarla de forma extensiva o restrictiva. Esto nos brinda un indicador importante en torno a pensar, tal como lo afirma el profesor Ugarte “que muchos problemas de delimitación jurídica derivan de problemas de delimitación lingüística.” (Ugarte & Lizama, Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa, 1998)

Otro conflicto que genera esta técnica es el hecho de que una enumeración jamás podría llegar a abarcar la totalidad de criterios que existen o que podrían surgir, y esto porque la discriminación es un conflicto dinámico, que por lo mismo, muta a través del tiempo, y si bien existen motivos que pueden ser considerados como “clásicos”, por ejemplo aquellos que tienen que ver con la raza, el género, la nacionalidad o el origen social, existen otros que van surgiendo a medida que las sociedades se complejizan (por ejemplo, nada tendría de extraño el pensar que en un futuro se distingan clases de personas en función de su código genético) y que si bien, pueden derivar de alguno de los clásicos motivos de discriminación, no se encuentran incluidos, y atraviesan por

dificultades de reconocimiento, que sin duda no aporta a la delimitación del conflicto y su ulterior solución.

Los que justifican el uso de esta técnica argumentan que dada la ambigüedad que tiene la palabra -ambigüedad que se reflejaba en que la palabra tuvo por mucho tiempo dos significados paralelos, como ya mencionamos-, fue necesario precisarlo a través de un listado.

En atención a esta situación, la doctrina desde sus diferentes ramas ha elaborado teorías que pueden servir como guía o criterio al momento de decidir sobre situaciones no contempladas por el listado, y también, ser de ayuda al momento de entender qué significa en términos concretos, estar incluido en dicho listado. Destaca en esta discusión, la pugna que se ha generado en la doctrina laboral en Chile, en torno al significado de esta enumeración. Discusión que será pertinente desarrollar más adelante.

d) Propuesta de una definición

Ahora bien, se han elaborado muchísimas definiciones en el afán por caracterizar este complejo fenómeno social, y así salvar los problemas que presentan las definiciones tradicionales, ya desarrolladas anteriormente.

Se ha dicho por ejemplo, que “la discriminación no equivale a distinción o desigualdad a secas, ya que ambas ideas se refieren a la conducta de diferenciar dos entidades para dispensar tratamientos distintos a cada una, sin embargo, y he aquí la diferencia, la primera es una distinción en que el criterio para efectuarla es arbitrario o injustificado, mientras que en el segundo caso, la distinción se hace a base de un criterio justificado, racional o razonable” (Ugarte & Lizama, Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa, 1998, pág. 200). Podemos apreciar que este concepto pone en el centro del asunto, la arbitrariedad como mecanismo de diferenciación prohibido y sancionado.

Otro aporte a la caracterización del concepto de discriminación es el realizado por el profesor Jesús Zepeda que señala que “se pierde de vista un elemento definitorio de todo acto discriminatorio, y que se refiere a sus consecuencias, reales o posibles, en relación con derechos subjetivos fundamentales o con oportunidades sociales relevantes”

(Rodríguez, Un marco teórico para la discriminación, 2006, pág. 23). Así, lo central es entender que la discriminación genera algo en la persona discriminada, es decir, conlleva consecuencias que son negativas para el grupo o individuo discriminado, por lo que debe entenderse la discriminación, en razón del daño que produce. Por ello, este autor define a la discriminación como “una conducta, culturalmente fundada, y sistemáticamente y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto - intencional o no- dañar sus derechos o libertades fundamentales” (Rodríguez, Un marco teórico para la discriminación, 2006, pág. 26).

También la fundación para la paridad y diversidad de Argentina ha realizados esfuerzos por definirla, y lo ha hecho señalándola como “aquella práctica de exclusión y privación que tienden a menoscabar u obstruir derechos e intereses de todo tipo, de integrantes de un grupo humano en forma individual o colectiva y que en sus formas más extremas busca matar o exterminar a quienes son objeto de la discriminación⁴”

II. Dimensión social de la discriminación: ¿Por qué discriminamos?

Ahora bien, superando ya la evolución conceptual de la discriminación, se torna necesario entender este fenómeno en su dimensión social, para luego pasar a su caracterización desde las ciencias jurídicas, específicamente laboral.

¿Por qué discriminamos?. Es una interrogante realmente compleja, y que ha suscitado diversas explicaciones desde la psicología, en específico, desde la psicología social. Abarcaremos aquí algunas de esas explicaciones para así avanzar en la caracterización de este variado fenómeno social y aportar a la discusión desde esta perspectiva, a modo de enriquecer el debate legal, que se abarcará en extenso dentro de los próximos capítulos.

Para cumplir con lo anterior se deben definir previamente conceptos que están íntimamente relacionados con la discriminación, y que forman parte de cualquier enfoque que pretenda explicarla, los cuales son: estereotipo y prejuicio, siendo la discriminación la última de las etapas, en cuanto exteriorización del acto o conducta, y donde adquiere

⁴ <http://fupadi.blogspot.com/2010/10/origen-etimologico-de-las-palabras.html>

existencia para los otros. En ese sentido, la discriminación no puede entenderse, sino en base a los otros dos elementos, que son a su vez, fenómenos sociales y requisitos previos en la discriminación.

El término estereotipo fue introducido y utilizado por Walter Lippmann en el año 1922, en su reconocida obra “Opinión Pública”. En su calidad de periodista lo que quería era comprender todo aquello que influye en la opinión dominante, de esa forma, caracterizó por primera vez el concepto de estereotipo, y que luego fue en extremo resumido (Cano, 1993, pág. 43) en el concepto de “imágenes en la cabeza”.

Posteriormente, este concepto fue utilizado y desarrollado por la psicología social para designar un fenómeno de esquematización o categorización que consiste, en seleccionar y simplificar un conjunto de creencias que permiten interpretar y juzgar el comportamiento de los demás en relación con esta simplificación (Prevert, Navarro, & Bogalska-Martin, 2012). La razón detrás de aquello se encontraría en que nuestra mente organiza las ideas en categorías de manera automática, dado que el “entorno real es conjuntamente demasiado grande, demasiado complejo, demasiado fugaz para un conocimiento directo (...). Aunque tenemos que actuar en ese entorno, tenemos que reconstruirlo en un modelo más simple antes de que podamos arreglárnoslas con él. Para atravesar el mundo, los hombres deben tener mapas del mundo” (Lippman, 1922, pág. 16).

Según Lippman, esta innata categorización que las personas realizan a diario, tendría como fundamento o como motivación original la búsqueda por la estabilidad y la coherencia en la percepción del mundo. De esa forma, hombres y mujeres a causa de la imposibilidad de comprenderlo todo y atendida la magnitud del entorno, simplifican en categorías la información, evitando la inestabilidad y la confusión que conllevaría no estereotipar, vale decir, no reducir la información. Sin embargo, no solo se le reconoce este componente y función cognitiva, mediante el cual los estereotipos se transforman en un mecanismo para conocer y organizar la información, sino que además, tiene un fuerte componente afectivo o emocional, en donde los estereotipos “están cargados de preferencias, impregnados de afecto o disgusto, ligados a miedos, ansias, fuertes deseos, orgullos y esperanzas” (Lippman, 1922, pág. 119), no obstante esta emoción, no es una emoción individual, sino que se encuentra vinculada a la emoción del grupo social al cual pertenecemos. Así, nos encontramos con el tercer componente del estereotipo; el social,

puesto que es en el núcleo social donde se generarían los valores sociales y los estereotipos.

Desde, lo que el autor llama el “conjunto social” se produce, a través de la socialización primaria, la transmisión de los estereotipos, y conjuntamente, la identificación del individuo con, y en, el grupo.

Ahora bien, Lippman afirma que los estereotipos pueden mutar, entregándole al individuo y a su conciencia, vale decir, a la introspección, la posibilidad de controlar los efectos negativos del estereotipo. Para este autor, existiría una clase de personas flexibles que tienen esta potencialidad de cambiar sus estereotipos negativos, y afirma que, “si la experiencia contradice el estereotipo, pueden ocurrir dos cosas. Si el hombre ya no es flexible, o si algún interés poderoso hace que le sea altamente inconveniente el reorganizar sus estereotipos, desprecia la contradicción como una excepción que prueba la regla, rechaza al testigo, encuentra un defecto en algún sitio y se las arregla para olvidarlo. Pero si todavía es curioso y abierto de mente, la novedad es incluida en la imagen y se le permite que la modifique” (Lippman, 1922, pág. 100)

Transitando este camino hacia el entendimiento de la discriminación en cuanto fenómeno social, se vuelve fundamental mencionar que muchos autores han justificado y explicado a los estereotipos y a los prejuicios en base al concepto de etnocentrismo, que “es concebido como la tendencia a expresar opiniones y actitudes que son hostiles hacia una variedad de grupos étnicos y acriticamente favorables hacia el grupo con el que se identifica el individuo” (Adorno, Frenkel-Brunswick, Levinson, & Sanford, 1950, pág. 45) de tal forma los individuos somos proclives a pensar en los valores del endogrupo como universales, y a rechazar lo que esté fuera de este, es decir, a negar al exogrupo.

Como un segundo concepto fundamental para la discriminación, se encuentra el prejuicio, que en muchas ocasiones se usa como sinónimo de estereotipo, sin embargo, esto no es correcto. Podemos señalar que los prejuicios son juicios hechos de sentimientos negativos hacia ciertos individuos por pertenecer a un grupo al que se le tiene rechazo. El prejuicio ha sido ampliamente estudiado por el psicólogo Gordon W. Allport en su libro “La naturaleza del prejuicio”, que fue publicado el año 1954. En éste, se definió al prejuicio en varios sentidos, recogeremos aquí algunas a modo de clarificar su significado.

Como primer concepto, Allport señaló que “quizás la más breve de todas las definiciones de prejuicio es: pensar mal de otros sin suficiente garantía”, luego la definió como “un sentimiento, favorable o desfavorable, hacia una persona o cosa, anterior a o no basado en experiencia real”. Y también como “una actitud aversiva u hostil hacia una persona que pertenece a un grupo, simplemente porque pertenece a ese grupo, y por tanto se presupone que tiene las cualidades negativas adscritas al grupo”.

Ahora bien, respecto a sus características, en primer lugar, los prejuicios están basados en un error, es decir no responden a patrones objetivos, es una apreciación infundada que no se ajusta a la realidad. “Los presuntos hechos en que los individuos dicen fundamentar sus prejuicios son por lo general bien rumores, es decir noticias sin fuente clara y sin contrastación, bien recuerdos seleccionados y sobre-generalizaciones a partir de las experiencias del sujeto”. (Cano, 1993, pág. 85). Como segunda característica, se ha dicho que tiene un fuerte contenido evaluativo, es decir emocional, es por esto que ante datos concretos de información el juicio negativo no se ve modificado o suprimido, si fuera netamente un error cognitivo, sin el componente evaluativo el prejuicio cedería con mayor rapidez, cuestión que no ocurre. Y como tercera característica, se ha señalado que es una decisión de tipo categorial, es decir, que afecta a todos los miembros de una categoría por el solo hecho de serlo, dicho de otra manera, es independiente de las actitudes del individuo miembro del grupo rechazado. Aquí es precisamente, donde podemos apreciar la principal diferencia entre el prejuicio y el estereotipo, puesto que este último se identifica con la parte cognitiva del prejuicio, es decir, el estereotipo está conformado por el contenido de la categoría⁵. De esta manera este autor considera que el afecto o el sentimiento corresponderían al prejuicio, y las ideas, a los estereotipos. Ahora bien, luego de definidos y explicados estos conceptos, podemos comprender de manera más adecuada el fenómeno de la discriminación desde sus entramados más profundos.

Existe relativo consenso en considerar que todas las personas para conocer el mundo y sus cosas, simplifican la información y la categorizan, este ejercicio mental de simplificación puede tener como resultado estereotipos positivos o negativos. A modo de ejemplo, un tipo de estereotipo positivo sería la creencia de que los judíos son personas buenas para los negocios, y negativo, que estos mismos son avaros. Estos estereotipos luego se traducen en un prejuicio, que sería el sentimiento que genera el estereotipo, por

⁵ Crítica que hizo el psicólogo Gordon W. Allport a Lippman, en cuanto señala que la categoría es neutra, siendo el contenido de la categoría el estereotipo.

ejemplo agarrar fuerte el bolso ante la presencia de una persona de color, por el estereotipo (o la idea) de que pueda ser delincuente, así si ese sentimiento se manifiesta con las características ya mencionadas a propósito del concepto de discriminación, es decir, si atenta o daña derechos y libertades de otros, es que estamos frente a un acto discriminatorio, propiamente tal.

En este punto, y dado lo ya analizado, es que podemos intentar responder ¿Por qué discriminamos?, igualmente se han entregado diversas respuestas desde muchas y diversas perspectivas. A modo de simplificación tenemos, por una parte, aquellas que enfatizan factores socioculturales, en los cuales se le atribuye importancia fundamental - además del contexto histórico y social- a las características y valores culturales transmitidos y heredados. Según este enfoque, discriminamos porque heredamos estereotipos y prejuicios que nos fueron enseñados y transmitidos, y con eso, heredamos ciertas estructuras de pensamientos, como por ejemplo; el valorar lo propio sobre lo ajeno, que por lo demás, es un mecanismo bastante habitual de enfrentarnos a la realidad. De esa forma nos señalamos como mejor que el otro, no solo porque es una forma instintiva de protegerse hacia lo extraño o peligroso, sino porque además, existen mecanismos de selección a lo largo de nuestra vida que nos llevan actuar en ese sentido, ya que nos vemos enfrentados a procesos de selección desde etapas muy tempranas, así para ingresar a la escuela, universidad, trabajo, etc. debemos pasar, generalmente, por un mecanismo de selección, y que tiene el efecto de desplazar o excluir al otro no seleccionado.

También se encuentra aquellas explicaciones que centra el análisis en las necesidades psicológicas del sujeto, se han desarrollados experimentos en los cuales se ha concluido que la personalidad autoritaria⁶ es proclive a la discriminación. Dentro de este mismo enfoque, el prejuicio es concebido como un rasgo de la personalidad, en ese sentido, se señala que las frustraciones son desplazadas hacia víctimas socialmente elegidas, ya que los individuos tienden a estigmatizar a otros luego de haber vivido un fracaso personal así, la función de los prejuicios sería la de reparar la imagen de sí mismo

⁶ El prejuicio es presentado como un síndrome que afecta a la totalidad de la personalidad del individuo y de su funcionamiento cognitivo, o sea a toda su vida. Este síndrome está vinculado entre otras cosas a la intolerancia a la ambigüedad, al conservadurismo y al deseo de poder, y tiene su origen en las frustraciones provocadas en la infancia por determinados modos de educación. Entre éstos considera preferentemente la educación supresiva, rígida y autoritaria, pero abro el abanico propuesto. (Cano, 1993, pág. 104).

(Fein & Spencer, 1997, págs. 31-44). Inclusive, se la ha llegado a relacionar a ciertas patologías, bajo el cual se ha concluido que existe cierta relación entre algunos rasgos paranoicos con una mayor tendencia a desarrollar prejuicios.

Lo que es claro, es que explicaciones de por qué las personas discriminamos las podemos encontrar en todos los sentidos, algunos resaltan el componente social por sobre el psicológico, y hay otros que consideran lo contrario. Lo cierto, es que hay motivos y razones como personas con prejuicios, tal como lo señaló el psicólogo G. Allport, “el prejuicio es en último extremo un problema de formación y desarrollo de la personalidad; no hay dos casos de prejuicio que sean exactamente iguales”.

III. Formas de discriminación

A lo largo de esta investigación pudimos constatar que la discriminación no es solo una, o única. La verdad, es que al ser un complejo fenómeno social, en su esencia se encuentra el ser un fenómeno dinámico. Por lo mismo, es que dentro de su evolución, esta ha tomado diferentes características, mezclándose y confluyendo unos en otros. En este apartado se buscará sistematizar los diferentes tipos de discriminación reconocidos por la doctrina y la teoría y así, ampliar el campo de visión respecto de lo que es la discriminación⁷.

Por una parte, encontramos la discriminación directa y la indirecta⁸, esta última con un notable desarrollo por parte de la doctrina en el último tiempo, reconocida en el

⁷ Algunos autores han diferenciado la discriminación en sentido amplio y en sentido estricto, la primera haría referencia a toda contravención del principio general de igualdad, en cambio, la discriminación en sentido estricto dice relación con aquella violación de la igualdad en la que, además, concurre alguno de los criterios de diferenciación prohibidos por el ordenamiento. (Garrido, 2009, págs. 14-15)

⁸ Un hito importante en la formación del concepto de discriminación indirecta se encuentra en el caso *Griggs v. Duke Power Company*, resuelto por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América el año 1971. En el que, a través de una *class action* (institución procesal establecida por el *common law*, en el que se faculta a un individuo para actuar en nombre propio y en el de un grupo o clase de personas que se encuentran en una situación similar), un grupo de trabajadores afroamericanos, buscaban que se resolviera si estaba permitido que un empleador, estableciera como requisito para la contratación o el ascenso de los trabajadores, exigencias como la de haber completado la educación secundaria o superar determinadas pruebas de inteligencia. El Tribunal constató que ninguno de esos requisitos eran relevantes para considerar si el

derecho internacional⁹ y en nuestro país, a través del dictamen ORD N° 3704/134 de la Dirección del Trabajo¹⁰

La discriminación directa es “aquella situación en la que una persona o grupo de personas recibe un trato diferenciado y perjudicial sobre la base de una categoría sospechosa, la cual es invocada explícitamente como motivo de la distinción o exclusión” (Salomé, 2017). Por su parte, la profesora Añón Roig agrega que también hay discriminación directa cuando se omite cumplir con una obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente.

La profesora Añón señala que la discriminación indirecta ocurre “cuando un tratamiento diferenciado se basa en un motivo aparentemente neutro, pero cuya aplicación tiene un impacto perjudicial e injustificado sobre los miembros de un determinado grupo o colectivo protegido por una cláusula antidiscriminatoria” (Añón, La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural., 2010a), misma idea recogida por en el dictamen ORD N° 3704/134 de la Dirección del trabajo de nuestro país, en el que se señala que “la virtualidad protectora del derecho a la no discriminación comprende la noción de *discriminación indirecta*, que sobrepasa la noción estricta de discriminación directa,

trabajador estaba o no calificado para desempeñar el trabajo. Y además señaló que, pese a que formalmente dichos requisitos se presentaban como neutros, no lo era en la práctica, pues operaba en perjuicio de los trabajadores afroamericanos, quienes por mucho tiempo tuvieron acceso a una educación de menor calidad debido a la segregación en las escuelas. (Salomé, 2017, págs. 255-290)

⁹ La discriminación indirecta está presente en los siguientes tratados; en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en ambos tratados se encuentra incluida en la definición de discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en una categoría sospechosa que tenga por objeto o “*por resultado*” (Lo subrayado es nuestro), menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, de los derechos y libertades en todas las esferas. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al no contener una definición de discriminación, el Comité de Derechos Humanos, ha tomado como referencia el contenido de las dos convenciones antes citadas. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su Comité, ha interpretado que tanto las formas directas como las indirectas de trato diferencial, constituyen discriminación. Por otro lado, también esta forma de discriminación, ha estado presente en varias directivas de la Unión Europea, por mencionar algunas; La 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, o en la 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 y también en la directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006. (Salomé, 2017)

¹⁰ ORD: N° 3704/134, que fija el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, referido al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral.

extendiéndola a comportamientos formal y aparentemente neutros no discriminatorios (conductas que utilizan como criterios diferenciadores aquellos permitidos por los ordenamientos jurídicos, en nuestro caso, la “capacidad” o “idoneidad personal” para el puesto de trabajo), pero de los que igualmente se derivan diferencias de trato en razón de las situaciones disímiles en la que pueden encontrarse los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo en relación a otro, produciéndose un resultado desventajoso para unos y para otros no”. Lo relevante será entonces, el efecto negativo o perjudicial para algunas personas, sin considerar el elemento intencional, que la doctrina ha determinado ser irrelevante a la hora de decidir ante este tipo de discriminación.

La diferencia entre ambos tipos de discriminación, quedó ilustrada con un ejemplo desarrollado por la profesora Liliana Salomé, que recogeremos aquí para una mejor comprensión de estos tipos de discriminación. Propuso el caso hipotético de que se exigiera, para postular a la escuela militar, una determinada altura (1.68 metros), dicha norma, a simple vista señaló, es neutra, porque se aplicaría por igual a cualquier persona que decidiera postular, sin embargo, si la altura promedio en dicho país fuera de 1.70 metros para los hombres, y 1.65 metros para las mujeres, ya no sería una norma neutra, puesto que es claro que este requisito, tendrá un impacto diferente y perjudicial para las mujeres, obstaculizando de manera desproporcionada su ingreso a dicha institución. Por lo que, si no existe una causa objetiva y razonable que justifique esa exigencia, estaríamos ante un caso de discriminación indirecta por razón de sexo.

Ahora bien, si dicha escuela de formación militar estableciera abiertamente y sin justificación alguna que solo admitirá a postulantes hombres, se hace evidente que ahí se habría configurado un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

Por su parte, la doctrina de la Dirección del Trabajo en Chile lo ha ejemplificado de la siguiente forma, “el supeditar el dominio de un idioma o un determinado nivel de enseñanza educacional como requisito para acceder a un cargo cuando dicha cualificación no resulte estrictamente necesaria para el mismo, afecta irremediabilmente a los miembros de todos aquellos grupos sociales que están en una condición desmejorada para formarse en un idioma o que pertenezcan a una determinada nacionalidad o que no pudieron terminar sus estudios”¹¹

¹¹ ORD N° 3704/134. Dirección del Trabajo.

Así, ante una situación de discriminación directa, al basarse en elementos regulados previamente por el sistema jurídico como discriminatorios, no será necesario realizar un juicio de razonabilidad o de proporcionalidad, en cambio frente a un caso de discriminación indirecta, al encontrarse fundado en motivos formalmente lícitos, deberá justificarse dicha medida. Es decir, no obstante produzca un resultado adverso, dicha medida puede ser lícita, en la medida que esté justificada o sea razonable.

Otro tipo de discriminación analizado en la doctrina en el último tiempo, es la discriminación por indiferenciación, que encuentra su fundamento en el concepto de igualdad concreta, el cual manda a aplicar una norma teniendo en cuenta la situación específica. Así, se generará este tipo de discriminación “cuando no se trata de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas o grupos de personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas” (Rey, 2012, pág. 29), este tipo de igualdad se encuentra en oposición al concepto de igualdad abstracta, el que indica que una regla se debe aplicar a todas las personas afectadas de la misma forma, es más bien un reflejo concreto de la aplicación de la regla de justicia señalado por Bobbio¹² y que encuentra amplia aceptación tanto en la doctrina nacional, como en la internacional.

En efecto, en muchas situaciones se puede discriminar aplicando una norma de igual manera a personas que se encuentran en situaciones diferentes, vale decir, el hecho de no tener en cuenta la diferencia puede llegar a ser discriminatorio. Un caso práctico que puede ilustrar este tipo de discriminación, es el caso en que si para el otorgamiento de un beneficio laboral, se ponderara la ausencia del trabajador, y se consideraran como iguales, la ausencia por maternidad (permiso pre y post natal) con otro tipo de ausencia, y por esto, se le negara el beneficio a las mujeres que tuvieron que ausentarse durante el permiso de pre y el post natal. No habría, desde la óptica de la igualdad abstracta, ningún tipo de discriminación. Sin embargo, si se considera que la ausencia por maternidad es un tipo diferente de ausencia, específicamente femenina, bajo un concepto de igualdad concreta, esto nos lleva a concluir la existencia de una discriminación sexual directa para las mujeres excluidas de una ventaja solo por el hecho de estar ausentes por pre o post parto.

¹² “Por regla de justicia se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual (...) La regla de justicia, en suma, atañe al modo con que el principio de justicia debe aplicarse: ha sido llamada, en efecto, correctamente, la justicia en aplicación” (Bobbio, 1993, págs. 64-65)

Podemos ver ya, un reconocimiento de este tipo de discriminación, por ejemplo en el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Thlimmenos vs Grecia*¹³, que interpretó el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en este sentido, señalando que “también se transgrede este artículo cuando sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente o significativamente diferentes”, misma opinión emitida por el Tribunal Constitucional de Perú, en el caso *Jane Cósar y otros*¹⁴. No obstante también existen opiniones en contra¹⁵ que niegan este tipo de discriminación.

Otro tipo de discriminación, es la discriminación interseccional¹⁶ o múltiple, que es aquella que “busca poner de manifiesto que los distintos factores de discriminación pueden presentarse, a la vez, dando lugar a una expresión de la discriminación que, por sus características, merece un análisis particular”, en otras palabras, es la situación de discriminación en donde confluyen más de un criterio prohibido de discriminación, y que por lo particular de la situación, su efecto es distinto a la suma de ellos o a su apreciación por separado. El enfoque interseccional, entrega una mirada diferente que propone analizar la situación desde el conjunto de factores de discriminación.

¹³ De fecha, 6 de abril del año 2000.

¹⁴ En el caso, se demandó a las tiendas de un supermercado porque no se les permitía ingresar a dichas tiendas en compañía de un perro de asistencia (perro guía), el Tribunal Constitucional consideró que impedir de manera general el ingreso de animales, sin exceptuar a los perros guías, constituía un acto de “discriminación por indiferenciación”. (Salomé, 2017).

¹⁵ El tribunal Constitucional Español, ha señalado que la discriminación por indiferenciación resulta ajena al núcleo de protección del artículo 14 de la Constitución Española; ello debido a que el principio de igualdad “no consagra un derecho a la desigualdad de trato” ni ampara la falta de distinción entre supuestos iguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual. (Salomé, 2017).

¹⁶ Concepto introducido desde el feminismo en los años 1970, donde se reflexionó sobre la forma en que inciden la acumulación de desigualdades basada en género, raza u origen étnico, la clase social, la orientación sexual, etc. Gran relevancia tuvo el texto llamado “Un manifiesto feminista negro”, publicado el año 1977 por un colectivo denominado *Combahee River Collective (Boston, Estados Unidos)*. En su manifiesto, dicho colectivo hace referencia a las opresiones múltiples y simultáneas que enfrentan las mujeres afroamericanas y cuestionan las estrategias de lucha existentes hasta ese momento por no tomar en cuenta que los sistemas de opresión están interrelacionados. El Feminismo Negro abrió las puertas a un análisis que rompió con la homogeneidad y unidireccionalidad imperante en el abordaje de las situaciones de discriminación. En el ámbito de la academia resulta relevante el trabajo realizado por Kimberlé Crenshaw, a finales de la década de 1980, que acuñó el término “interseccionalidad”. (Salomé, 2017).

Ahora bien, no hay consenso respecto de su terminología, para otros autores, hay diferencia entre la discriminación múltiple y la interseccional, la primera se referiría a la situación de una “persona que es discriminada por distintos motivos que operan en diferentes momentos. Se pone el ejemplo del caso de una mujer con discapacidad motriz que, en su centro de trabajo, es discriminada en el acceso a un alto cargo directivo por el hecho de ser mujer; y en otro momento se ve impedida de acceder a un edificio público porque este no es accesible para personas con silla de ruedas” (Añón, 2010a, pág. 274), en cambio, la discriminación interseccional ocurriría cuando distintos motivos de discriminación operan de manera simultánea, sin poder desenlazarse así, se pone el ejemplo de una mujer con discapacidad que es sometida a una operación de esterilización no consentida. (Makkonen, 2002, págs. 10-11).

Más allá de las distinciones en cuanto a su terminología, es relevante destacar que este tipo de discriminación ha tenido un desarrollo más doctrinal que legislativo o judicial, aunque en el plano internacional este concepto ya ha sido incorporado en algunos instrumentos¹⁷, incluso el Sistema de Naciones Unidas desarrolló una serie de observaciones y recomendaciones generales (emitidas por los comités que dan seguimiento a los tratados sobre derechos humanos) donde reconocen este tipo de discriminación, como por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General N° 25, reconoce que “las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones [...] (párrafo 12). En atención a ello, el Comité recomienda a los Estados Partes evaluar la adopción de “medidas especiales de carácter temporal” para hacer frente a esta situación¹⁸”. Así como también, lo podemos encontrar en los pronunciamientos de las Directivas del derecho de la Unión Europea¹⁹, por mencionar algunos (Salomé, 2017)

Otro tipo de discriminación que la doctrina ha distinguido, es la discriminación estructural o sistémica, y dice relación con “aquellas situaciones de desigualdad social, de

¹⁷ La encontramos presente en la Declaración de Beijing (1995), luego incorporada en la Declaración de Durban (2001), y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2006).

¹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2004). Recomendación General 25. Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW). 30° periodo de sesiones.

¹⁹ Considerando 14 de la Directiva 2000/43/EC, 2000/78/CE. Decisión del Consejo 2000/750/CE, entre otros.

subordinación o de dominación, en las que resulta difícil individualizar una conducta discriminatoria determinada pues se trata de dinámicas sociales reiteradas que llevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos, incluso en ausencia de motivos discriminatorios explícitos amparados por el derecho” (Añón, 2013b).

Se ha afirmado que el motivo se encontraría en el sistema económico imperante, que genera o construye clases favorecidas y otras empobrecidas y perjudicadas, que son históricamente dominadas y que por lo mismo, no gozan sus derechos como lo hacen o pueden hacer, los otros grupos. En nuestro país, el profesor Nash ha dicho que “se configura un supuesto de discriminación estructural cuando es la organización del Estado la que permite y facilita la violación de los derechos y libertades de ciertos grupos de la población” (Nash & David, 2010, págs. 159-186).

El derecho internacional también ha reconocido este tipo de discriminación, por ejemplo en el artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y de manera explícita por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el año 2009, en su observación general 20, que señaló que “la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”. También recogida en la Recomendación general 34, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Un caso relevante para Chile en este tema, fue el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desarrolla y recoge este tipo de discriminación, al conocer del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.

SEGUNDO CAPITULO.

I. Fundamento del Derecho a la no discriminación: El Principio de Igualdad

Luego de comprender los aspectos más generales de lo qué es y cómo se genera la discriminación, corresponde poner el foco de atención en lo que es el derecho a la no discriminación.

Lo primero que debemos entender es que la no discriminación, es una porción o parte del principio de igualdad. “la exigencia de no discriminación es una parte – y no todo- el principio de igualdad, ya que esta última supone, además, la exigencia de un trato diferenciado Porque, tal como lo señalan los profesores Lizama y Ugarte, “los principios de igualdad jurídica y de prohibición de discriminación no son distintos, sino que se trata de una misma idea enfocada desde ángulos diversos, en palabras simples, ambos principios no son sino dos caras de una misma moneda”, es por eso que para entender en qué consiste el derecho a la no discriminación, debemos comenzar por el principio de igualdad, máxime cuando su significado no es pacífico.

La caracterización más clásica y mayormente utilizada en el estudio del derecho, es aquella que señala que el principio de igualdad comprende dos tipos o clases de igualdad, en primer lugar; la igualdad ante la ley, o en la aplicación de la ley y en segundo lugar, la igualdad en la ley o en el contenido de la ley.

Por su parte, la igualdad ante la ley se vincula con la idea más primitiva de igualdad, en la que se identificaba solo con “la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos y la generalidad de la ley” (Santamaria, 1998, pág. 1248), para el profesor Evans “la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes (Evans, 1994)”.

El problema es que esta primera visión de la igualdad fue insuficiente, puesto que como lo señalaron los profesores Lizama y Ugarte, éste “tiene un sentido puramente declarativo, una pura igualdad de arranque; la instalación de las reglas del juego”. (Lizama

& Ugarte, 1998, págs. 188-190), en palabras del jurista Luigi Ferrajoli “las diferencias ...son valoradas y negadas, ya que todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad”, y agrega que “en el ámbito del *iure* las mujeres tendrían los mismos derechos, pero las discriminaciones y desigualdades provendrían del ámbito de *facto*, justamente porque las diferencias son penalizadas de hecho en virtud de “los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad” (lo subrayado es nuestro) (Contreras P. , 2003).

Ante la carencia que evidenciaba el concepto de igualdad, entendido solamente como igualdad ante la ley, se hizo necesario ampliar tanto su significado como su campo de aplicación, ya no bastaba solamente con que existieran normas obligatorias para todos y que fueran aplicadas igualmente a situaciones iguales, sino que se exigió además, que esas regulaciones fuesen igualitarias, configurándose de esa forma ,el otro concepto de igualdad; la igualdad en la ley, o lo que se conoce actualmente como la “igualdad de trato”, que se ha resumido en la conocida fórmula que señala que se debe tratar igual a los que están en iguales circunstancias y desigualmente a los que se encuentran en circunstancias diversas²⁰. Así, “la igualdad, reorientada de esta forma, se aleja del concepto clásico de la filosofía liberal, dejando de ser un concepto *absoluto* y pasando a ser un concepto *relativo* y *relacional*²¹ ”. (Contreras P. , 2003).

No obstante, esa fórmula también fue insuficiente ante la ausencia de categorías que permitieran agrupar lo igual y lo desigual en base a criterios legítimos. Ante esa situación, este concepto evolucionó una vez más, y permitió transitar de una justicia – y un concepto de igualdad- puramente formal hacia uno material, en donde no solo se ordena tratar igual a los iguales, sino que además “se prohíba dar un trato distinto a las personas consideradas distintas sobre la base de un criterio injustificado”. Lo que

²⁰ Se debe tener precaución en el uso de esta fórmula, no pocas veces se observa que en su extrema simplificación puede llegar a ser utilizado con una finalidad contraria a su objetivo, vale decir, para perpetuar privilegios, así se ha señalado erróneamente que dado que no existe una cosa igual a la otra, siempre se debe diferenciar. Por ejemplo, este fue el caso de los argumentos utilizados por los que estaban en contra de la ley de filiación, ante el cambio de la calidad de hijos (entre hijos legítimos e ilegítimos), aduciendo que efectivamente los hijos matrimoniales y no matrimoniales no eran lo mismo, porque se encontraban en circunstancias diversas.

²¹ Relativo porque toma en consideración “su diversidad en relación con sus manifestaciones en particular con respecto a la materia a tratar”, y relacional puesto que “no califica una característica inherente a un individuo sino cierta relación entre varios individuos” (Rodríguez-Piñero & Fernández, 1986, pág. 46)

conforme a lo planteado por Alexy, obligaría a que “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual, de esa manera, se establece la carga de la argumentación para los tratos desiguales” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 195). En otras palabras, si nos encontramos con dos personas que se encuentran en la misma categoría, y se dispensa un tratamiento diferenciado para alguna de ellas, ese tratamiento debe estar justificado²², dado que la regla general es que se traten de la misma forma, la excepción es la que debe soportar la carga de la prueba.

Ahora bien, respecto a la relación existente entre el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, creemos acertado partir por recoger lo señalado por Dworkin, en cuanto establece que “bajo el concepto de igualdad hay dos maneras de formular el derecho a la discriminación” por una parte, se encuentra el derecho a un “tratamiento igual”, que se identifica con la igualdad de trato en relación a la obligación de no establecer diferencias de tratos arbitrarias, ya sea en la distribución de cargas, oportunidades o recursos (Rodríguez, 2004, pág. 31)”. Idea que el profesor Rodríguez explica señalando que “en tal caso, no discriminar significa tratar de la misma manera a todos: a un hombre y a una mujer, a una persona con capacidades regulares y a una con discapacidad, a un blanco y a un negro, a un homosexual y a un heterosexual”. No obstante, éste “no es un criterio absoluto ni excluyente, junto a esta idea de igualdad, es admisible otra, capaz de admitir tratos diferenciados positivos o preferenciales, y que en ocasiones es tan necesaria que justifica la suspensión temporal de criterio de igualdad de trato”. Según Dworkin, la segunda forma de igualdad presente en la no discriminación consiste en el “derecho a ser tratado como un igual”, que es el derecho a ser tratado con el mismo respeto y atención que cualquier otro. Esta forma de igualdad, que el autor denomina igualdad constitutiva, admite, e incluso exige, la consideración de las diferencias sociales y de las desventajas inmerecidas, por lo que cabe en su ruta de ejercicio la ejecución de medidas de tratamiento diferenciado positivas a favor de los desaventajados por discriminación” (Rodríguez, Un marco teórico para la discriminación, 2006, pág. 45).

Esta forma de entender el derecho a la no discriminación se encuentra próximo a lo afirmado por el profesor José Luis Ugarte al señalar que el principio de igualdad

²² El autor argentino Segundo Linares Quintana, exige ciertos requisitos para que la diferenciación sea compatible con la igualdad: i) La distinción debe ser razonable, ii) no debe ser arbitraria ni obedecer a hostilidad, iii) no debe constituir un favor indebido o privilegio.

“supone dos mandatos distintos: primero, un mandato de trato igualitario y, segundo, uno de trato diferenciado” y agrega que, “en el primer caso, el mandato supone una prohibición: la de establecer tratos diferenciados entre personas situadas en condiciones de igualdad –prohibición de discriminación-. Y, en el segundo caso, el mandato se conforma como un imperativo: exige tratar de modo diferenciado a los que están en condiciones de desigualdad- promoción de la igualdad-“ (Ugarte J. L., 2013, pág. 9). “De este modo, para ejemplificar, vulnera el principio de igualdad que un empleador decidiera dar el mismo trato en un beneficio laboral determinado -paga extra de vacaciones, por ejemplo- a un trabajador X que ha cumplido con los requisitos legales para obtenerlo -un año de trabajo- que al trabajador Y, que no cumple con los mismos -tiene sólo meses de antigüedad”. (Ugarte J. L., 2013, pág. 10).

Como quedó establecido, y a pesar de que ambos derechos se utilizan comúnmente como sinónimos, el derecho a la no discriminación corresponde solo a una parte del principio de igualdad, puesto que éste comprende más de un aspecto que solo la prohibición. Así se ha dicho que “bajo el rótulo principio de igualdad ante la ley se encuentra un precepto con un contenido prescriptivo múltiple: que ordena igualar, permite distinguir y prohíbe discriminar” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 197).

II. El Derecho a la no Discriminación: Conceptos y precisiones.

Ahora bien, no queda tan claro, a diferencia de lo que ocurre con el principio de igualdad, qué es lo que comprende este derecho a la no discriminación, ya que, al igual que lo ya analizado a propósito del fenómeno social de la discriminación, éste es un derecho relativamente nuevo, en constante desarrollo, y que por lo mismo, no está falto de imprecisiones.

Se puede partir definiendo a la no discriminación de la manera más tradicional, como la prohibición de tratar de un modo diferente a las personas que están en situación de igualdad sin una justificación²³ objetiva y razonable o también, como “el derecho de

²³ El profesor Carlos Nino, hace la distinción entre dos tipos de razones; unas propias de la explicación y otras de la justificación, así, las razones explicatorias se identifican con los motivos, vale decir, con los estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones, una combinación de creencia y deseo. Por su parte, las razones justificatorias u objetivas no sirven

toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles” (Rodríguez, Un marco teórico para la discriminación, 2006, pág. 29).

Estas definiciones no han estado ausentes de críticas, así por ejemplo el doctor Jesús Rodríguez, argumenta que la deficiencia de estas definiciones se encontraría en su “falta de consecuencia con los datos históricos o sociológicos, dado que ellos muestran que tratar homogéneamente a las personas, no los faculta, siempre, como sujetos de derechos u oportunidades”. Para el profesor Rodríguez, idea que compartimos, la definición correcta debe hacer referencia a la desventaja inmerecida que supone la duración histórica de la discriminación, y desde ahí, derivar conceptualmente la obligación del Estado de compensar, retribuir o estimular de manera especial a grupos determinados, así este autor agrega a la definición del derecho a la no discriminación; la exigencia de medidas compensatorias, tratamientos preferenciales o acciones afirmativas.

Ante esta situación, una definición correcta y completa diría relación con “el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles; siempre y cuando un tratamiento preferencial temporal hacia ella o hacia su grupo de adscripción no sea necesario para reponer o compensar el daño histórico y la situación de debilidad y vulnerabilidad actuales causada por prácticas discriminatorias previas contra su grupo”. (Rodríguez, Un marco teórico para la discriminación, 2006, pág. 26), en el mismo sentido, la profesora Carmen Sáez señala que la idea de discriminación no solo contiene la noción de no distinguir en base a criterios prohibidos, como versión negativa del principio de igualdad, (distinción o preferencia arbitraria) sino además enfoca el problema desde la realidad de los grupos en desventaja, de las discriminaciones históricas, haciéndose cargo de la prohibición de discriminación en cuanto opresión de los grupos sociales menos poderosos, dando cuenta del momento colectivo de la discriminación arbitraria. Esta visión implica un plus respecto del rol del Estado, con miras a la igualdad de oportunidades y a la protección y promoción de grupos minoritarios (Saéz, 1994).

para entender por qué se realizó una acción, sino para valorarla, para determinar si fue mala o buena desde diferentes puntos de vista. (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 203)

Ahora bien, de la observación de ambos tipos de definiciones, podemos apreciar dos cuestiones centrales, en primer lugar la importancia de comprender el concepto de arbitrariedad, en atención a la prohibición general de arbitrariedad, esencia misma del principio de igualdad y por consecuencia, del derecho a la no discriminación, y por otro, la relevancia de evidenciar la desventaja histórica de los grupos discriminados, poniendo el foco en la necesidad de medidas compensatorias, o tratamientos preferenciales hacia ellos por parte del Estado.

En lo que respecta a la arbitrariedad, se la puede definir como la ausencia de justificación objetiva y razonable, por su parte, los conceptos de objetividad y razonabilidad se volverán entonces centrales para lograr comprender cabalmente qué es la arbitrariedad, y en definitiva, cómo puede estar justificada la discriminación.

De este modo, la objetividad dice relación con que “la distinción no debe obedecer a apreciaciones que están sujetas a interpretación, así por ejemplo la distinción entre mayores y menores de edad es una apreciación objetiva que separa a personas de más de dieciocho años, de personas que no han cumplido esa edad. No es el caso de las distinciones basadas en la estética (...) que no resulta ser objetivo. Por otra parte, dentro de la objetividad también cabe la exigencia de que se abarque a todas las personas que se encuentren dentro de las circunstancias particulares que justifican la diferenciación de trato. De este modo, si se exime del servicio militar a un grupo de personas debido a su religión, se entiende que deben ser igualmente eximida las demás personas que sustentan convicciones pacifistas equiparables.” (Palacios, 2006, pág. 35), en cambio, se ha dicho que para que algo sea razonable, se debe partir haciendo la comparación entre personas o grupos comparables, “por ejemplo hombres y mujeres, judíos y árabes, nacionales y extranjeros, etc (...), a pesar de que la regla general nos indica que estas personas deben ser tratadas igualmente, hay circunstancias particulares anexas que hacen que distinguir entre ellos sea legítimo. Estas circunstancias son las que deben ser razonables; es decir, deben obedecer a consideraciones de lógica y su propósito no debe ser ilícito bajo el orden jurídico en cuestión”. (Palacios, 2006, pág. 35).

Por su parte, el Tribunal Constitucional de nuestro país ha recurrido a diversos conceptos para explicar qué es la arbitrariedad, señalando por ejemplo, que una discriminación es arbitraria cuando la anima un “propósito de hostilidad” para una persona

o grupo de personas, o implique un “indebido favor o privilegio”²⁴, en cuanto a la razonabilidad, lo ha definido como aquello “contrario al bien común”²⁵, o “producto del capricho o fundada en el mero capricho”²⁶, entre otros. Estas definiciones se vuelven relevantes, ya que como el mismo Tribunal Constitucional lo ha precisado, “la razonabilidad y la objetividad evitan el libre arbitrio del legislador o de la autoridad”²⁷, a pesar de que como bien señala Alexy “la cualificación de la razón como suficiente es un problema de valoración”.

III. Recepción del Derecho a la no Discriminación en el ámbito laboral.

a) Antecedentes histórico-jurídicos.

En el siguiente acápite nos detendremos a revisar los conceptos ya estudiados a propósito de la discriminación, pero ya en sede laboral, puesto que es un área en donde se puede percibir con mayor nitidez cada una de las precisiones hechas respecto del complejo fenómeno de la discriminación.

Esta afirmación encuentra su fundamento en la especial relación que se da en el ámbito del trabajo y que no es posible encontrar en otra relación jurídica. Esta específica relación está dada por la confrontación de dos partes de la relación jurídica; una fuerte y otra débil, es decir; empleador y trabajador, tensión que se encuentra garantizada por el derecho, al otorgar la facultad de mando o de dirección al empleador, y al exigir la subordinación²⁸ del trabajador, subordinación que “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”²⁹. Sin embargo, esta afirmación que hoy parece tan elemental, no siempre tuvo ese carácter, fue largamente debatido y cuestionado el hecho de atribuir derechos a los trabajadores. De esta manera, no fue sino hasta el año 1917 que la

²⁴ Rol 2433-13, C°10, Rol 2431-13 C°10, Rol 1242-2008 C°17, Rol 1812-2011 C°27.

²⁵ Rol 1217-09 C°4, Rol 1242-08 C° 16.

²⁶ Rol 804-08 C°32.

²⁷ Rol 1217-09 C°3, Rol 1365-2010 C°33.

²⁸ El concepto más actual de subordinación no solo se encuentra determinado por la sujeción o dependencia personal o física del trabajador, sino que se le añade una noción “funcional” de control y dominio productivo. (Ugarte C. J., 2004)

²⁹ (Gamonal S. , Fundamentos de Derecho Laboral, 2009, pág. 5)

Constitución Mexicana, y en el año 1919, la Constitución de la República de Weimar, reconocen por primera vez, derechos laborales esenciales a los trabajadores.

Estos derechos son conocidos como “clásicos” o “específicos”, y fueron aquellos de carácter propiamente laboral, como el reconocimiento del derecho al trabajo, a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga. Fue así, que tuvo que pasar un largo tiempo para que otros derechos, específicamente fundamentales, fueran concedidos y admitidos como parte de aquellos a los que tenían derechos los trabajadores.

La discusión respecto de si los derechos fundamentales pueden ser reclamados por los trabajadores es reciente, tuvo su inicio y mayor desarrollo en la doctrina alemana en el año 1950, conocida como la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*³⁰, o Efecto Horizontal de los derechos fundamentales³¹, y su antecedente, tal como lo señala el profesor Christian Melis, se explica “fundamentalmente por: el creciente surgimiento y desarrollo de los centros de poder privado y el tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho (...) La concepción tradicional del constitucionalismo liberal de concebir a los derechos fundamentales como medios de defensa frente al poder del Estado, cambia radicalmente al comprobarse la existencia, cada vez más extendida, de entes sociales privados que ejercen cuotas significativas de poder”, en otras palabras, “El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad” (Bilbao, 1997, pág. 242), junto a estos antecedentes se debe señalar que además, la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales tuvo como “marco doctrinal la teoría de los valores”³², en el que los derechos y libertades contenidos en la Constitución se comprenden como valores que informan al conjunto del ordenamiento jurídico capaces de “convertirse en catalizadores de la construcción de un sistema ético-social compatible con una sociedad democrática y pluralista” (Melis, 2004, pág. 18).

³⁰ Elaborada a mediados del siglo XX en Alemania, inicialmente por Hans Carl Nipperdey y asumida, primero, por la jurisdicción laboral —Nipperdey fue presidente del Tribunal Laboral Federal desde 1954 a 1963—, y luego por el Tribunal Constitucional alemán.

³¹ El término de eficacia horizontal de los derechos fundamentales se encuentra en oposición a la interpretación de eficacia vertical de estos derechos, vale decir, particulares que esgrimen estos derechos contra los órganos del Estado. Bajo esta nueva interpretación, los particulares pueden esgrimir los mismos derechos en contra de particulares en sus relaciones privadas. (Contreras P. , 2003, pág. 25)

³² Que encuentra en la teoría de la integración de Rudolf Smend su punto de partida y en la filosofía de los valores y la “idea material de valor” desarrollada por Max Scheler y Nicolai Hartmann, su especificación y evolución.

De esa manera, nace esta doctrina derivada del ejercicio jurisprudencial que resuelve que los derechos fundamentales son exigibles y oponibles tanto a los órganos del Estado como a los particulares, y que además sostiene “la posibilidad de esgrimir frente a particulares la eficacia de los derechos fundamentales, o dicho de otra manera, consiste en determinar los límites al principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones *inter privados*”. (Contreras P. , 2003, págs. 24-25). Cabe destacar lo revolucionaria que parecía esta idea en ese entonces, pues vino a quebrar con lo que hasta ese momento se entendía y se consideraba como una máxima incuestionable respecto de la exigibilidad de estos derechos; que “el respeto por los derechos fundamentales solo era exigible del particular hacia al Estado, eran una barrera de intervención que los órganos del Estado estaban obligados a respetar” (Medina & Mera, 1996).

En la doctrina laboral estos derechos fundamentales ya aceptados, fueron conocidos como derechos laborales “inespecíficos”, llamados así, porque se apartan de aquellos que se generan por detentar la calidad de trabajador, sino que se tienen por el hecho de ser persona, su titularidad está determinada por la calidad de ciudadano o ser humano (Contreras P. , 2003, pág. 23).

Pues bien, no es curioso que sea en el ámbito laboral en donde esta teoría tuvo su inicio y su mayor desarrollo dado que “el derecho laboral es quizás uno de los ámbitos jurídicos en donde la falacia liberal de la igualdad jurídica-formal se hace más palpable” (Melis, 2009, pág. 15). Y porque además “la lógica empresarial, determinada sustancialmente por la búsqueda de la eficiencia y de la maximización de los beneficios, puede convertirse en un obstáculo, en una amenaza, a veces insalvable, para el ejercicio de estos derechos” (Del Rey, 1995, pág. 198).

Ahora bien, corresponde analizar cuál es la situación de esta teoría en la doctrina laboral de nuestro país, ya que si bien “en la Constitución chilena no existe un reconocimiento expreso de la eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales en las relaciones iusprivadas; no obstante, se puede sostener que tampoco existe apoyo para afirmar tajantemente, lo contrario” (Melis, 2009, pág. 26).

Existe abundante doctrina que afirma la vigencia de la “ciudadanía de la empresa”, o el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales al interior de la empresa en Chile, dicha premisa se sostiene en el artículo 6.2 de la Constitución Política de la

República, en donde se establece el principio de Vinculación Directa de la Constitución, bajo el cual los preceptos de la Constitución obligan a todos los órganos del Estado, a todas las personas y grupos. Así, “se vincula directamente a los individuos privados al contenido de la Constitución, del cual forma parte, en un lugar de privilegio, la normativa sobre derechos fundamentales sin necesidad de desarrollos legislativos ulteriores” (Melis, 2009, pág. 27). Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, así como ha sido, en innumerables ocasiones, reafirmada por la Dirección del Trabajo en diversos de sus dictámenes³³.

Por otra parte, concretamente respecto del derecho fundamental de la no discriminación, no cabe duda de su obligatoriedad tanto para la ley y las autoridades públicas, como también para los particulares, puesto que además de la vigencia del efecto horizontal de los derechos fundamentales en nuestro país, por las razones ya esbozadas, los profesores Lizama y Ugarte lo han afirmado específicamente respecto del derecho a la no discriminación laboral, basados en primer lugar, en la historia de la ley, en donde se refleja que una de las mayores preocupaciones de los comisionados en torno a la discusión de la ley constitucional que prohibiera la discriminación laboral fue precisamente, los problemas en relación al acceso al trabajo, así, y dado que evidentemente la mayor fuente de trabajo la configuran los particulares, la interpretación contraria haría que esta norma fuera, en los hechos, inútil (Bulnes, 1984, pág. 10), por otra parte, el tenor literal de la norma señala expresamente que “se prohíbe discriminar” (art.19 N° 16), sin distinguir, o estar dirigida a determinadas personas o clases de personas, señalan además que esta interpretación sería la única forma de darle coherencia al sistema jurídico nacional por cuanto el Convenio N° 111 de la OIT, en el informe de la Comisión de Expertos³⁴, así lo ha afirmado. En último lugar, los profesores se basan en que la extensión de la prohibición de discriminar a los particulares ha sido respaldada por la doctrina constitucional, así ponen como ejemplo a la profesora Luz

³³ Dictamen ORD N° 3704/134 “es posible afirmar con rotundidad que, de conformidad a las normas constitucionales y en particular al inciso primero, del artículo 5° del Código del Trabajo, los derechos fundamentales actúan, en nuestro sistema jurídico-laboral, como verdaderos ejes modeladores y conformadores de la idea de la «ciudadanía en la empresa».

³⁴ El informe de la comisión de Expertos de la OIT señalaba que “un trato discriminatorio puede consistir tanto en la adaptación de normas generales e impersonales que establezcan distinciones en criterios prohibidos, como en los comportamientos en casos precisos de una autoridad pública o de una persona privada que trate de manera desigual a los individuos o a los miembros de un grupo llamado a beneficiar de los mismos derechos o a obtener las mismas ventajas” (Lizama & Ugarte, 1998, págs. 232-233).

Bulnes Aldunate que especifica que “la prohibición que la Constitución impone para la ley y para la autoridad pública, tratándose de materias laborales es más amplia, pues se refiere también a los particulares, que el texto habla que se prohíbe discriminar, sin especificar, como en el caso de la igualdad ante la ley” (Bulnes, 1984, pág. 9)

Una vez establecida la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral, corresponde analizar en específico, uno de los derechos fundamentales el cual es la materia misma de este trabajo, el derecho a la no discriminación laboral.

b) Estatuto jurídico antidiscriminatorio laboral en Chile.

Para lograr el cometido propuesto en el apartado anterior, es necesario comenzar por recoger las normas jurídicas contempladas en tratados internacionales suscritos por Chile y que por lo tanto, son obligatorios para nuestro país.

En primer lugar nos encontramos con La Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 2º establece que *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen racial o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*, junto con el artículo 23 del mismo instrumento pero específicamente laboral, en el cual se señala que *“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”*.

Por su parte, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que los *“Estados partes deben garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*, y en cuanto a la discriminación laboral en el artículo 7 se establece el *derecho de los trabajadores a: a) “Una remuneración que proporciones como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor; sin distinciones de ninguna especie; en particular; debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”*.

Además, el artículo 1.1 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, y en su artículo 24 afirma que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Por otra parte, el Convenio N°111 sobre la discriminación en el empleo de la Organización Internacional del Trabajo señala que:

1. A los efectos de este Convenio, 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 con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. 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”.

Además, el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, en su Art. 2 señala:

“1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: (a) la legislación nacional; (b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; (c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o (d) la acción conjunta de estos diversos medios”.

En la misma convención, el artículo 3 N°3 prescribe que: “Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

Ahora bien, en cuanto a la normativa de derecho interno que regula la discriminación encontramos en primer lugar, y con la calidad de derecho fundamental, al artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República en su inciso tercero, dispone que: “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”.

Por su parte, el artículo 19 N°2 señala que la Constitución asegura a todas las personas: “2°.- 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”.

La prohibición de discriminación arbitraria en el ámbito laboral se encuentra recogida en el Artículo 2º, inciso tercer, del Código del Trabajo, que señala que “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. A continuación el inciso cuarto precisa que “los actos de discriminación son aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia social u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Además, el artículo 62 bis del Código del Trabajo señala que: “el empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en la remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.

c) La discriminación laboral: Concepto y elementos.

La discriminación laboral puede ser entendida como “toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política, o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación” (Lizama & Ugarte, 1998, págs. 218-219), por su parte, el derecho internacional lo ha entendido como un derecho de carácter fundamental y cuyo contenido ha sido comprendido como la facultad que asiste a los trabajadores de no ser objeto de diferencias de trato no razonables o sin justificación objetiva (Bernal, C- Ibídem p. 257).

De la anterior definición, podemos distinguir como primera cuestión; las etapas de la discriminación laboral. En concreto, podemos apreciar que ésta se puede dar con motivo de la relación laboral o dentro de ella, y con ocasión, es decir, fuera de la relación laboral, de esta forma, puede ocurrir de manera pre-ocupacional; luego de la oferta de empleo y hasta antes de la celebración del contrato de trabajo, como también puede originarse en la etapa ocupacional que comienza con la celebración del contrato de trabajo hasta su extinción, por cualquier causa legal. Y por último, también puede ocurrir de forma post-ocupacional, vale decir, cuando la discriminación se produce con ocasión del despido. De este modo, y dado que se puede menoscabar el derecho a la igualdad en cualquiera de estas etapas, es que el empleador está obligado a observar y respetar el principio de no discriminación en todas ellas (Contreras P. , 2003, pág. 38), a pesar de que el procedimiento de tutela laboral solo proteja a las discriminaciones ocurridas dentro de la relación laboral, ya sea durante de la relación laboral, o con ocasión del despido.

d) Elementos de la discriminación Laboral.

Ahora bien, en este apartado recogeremos la clasificación realizada por el profesor Ugarte (Ugarte J. L., 2013), en el que ha distinguido elementos propios de la discriminación laboral y que se establecen como aquellas condiciones necesarias para que estemos frente a un caso de discriminación laboral, dado que no toda diferencia de trato realizada por el empleador se traducirá, obligatoriamente, en una discriminación,

deben presentarse conjuntamente, los siguientes elementos, para que dicha diferencia de trato sea ilícita, a saber:

i. Un trato laboral diferenciado entre personas sustancialmente iguales; el profesor Ugarte afirma que “la conducta empresarial que trata distintos a trabajadores situados en posiciones diferentes, no logra configurar ningún tipo de discriminación laboral”, y lo reafirma en casos de jurisprudencia internacional, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, analizando el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, señaló que “ha llegado a la conclusión que la discriminación ilícita se produce cuando concurren dos requisitos, primero, debe haber un trato diferente entre personas que se encuentran en situaciones análogas o fundamentalmente similares” (Shelton, 2008, pág. 23). Por su parte, en el mismo sentido, se encuentra la postura de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Marcelino Henríquez *et al.* con Argentina”, y también así lo ha sostenido la Jurisprudencia Laboral Chilena al señalar que “la discriminación debe entenderse siempre en relación a otros sujetos en la misma situación”³⁵.

Ahora bien, surge rápidamente la duda acerca de que ocurriría si es que en el caso concreto no existiera otro trabajador con el cual hacer la comparación, deberíamos afirmar entonces, que, ¿Se desvanecería la posibilidad de configurar una hipótesis de discriminación?, el profesor Ugarte niega esta posibilidad, y afirma que la inexistencia de otro con quien comparar no obsta la existencia de un caso de discriminación, así, señaló que “no debe entenderse como la existencia de otro trabajador concreto y específico que recibió un trato favorable, sino como una cuestión de carácter normativo. De este modo, un empleador que solo tiene un trabajador y lo despidió en razón de su religión musulmana, ha establecido una distinción de trato discriminatoria, ya que aun cuando no existe otro concreto y real trabajador “no musulmán” con quien comparar – es el único empleado- el criterio sospechoso de “religión” se construye sobre una atribución normativa. De darse por acreditado que ese fue el motivo o razón de la medida de trato, se da por supuesto- por atribución de las normas- que de haber tenido otro u otros trabajadores sin ese rasgo “religioso” habrían recibido un trato más favorable.” (Ugarte J. L., 2013, pág. 19).

³⁵ RIT-T- 13 juzgado del Trabajo de Calama, de fecha 26 de julio de 2012.

ii. Que ese trato se funde en un criterio sospechoso o prohibido; el segundo elemento necesario para que se configure el ilícito de discriminación en la relación laboral, está referido a que la medida en contra del trabajador debe encontrarse motivada en un criterio sospechoso o prohibido. Tal como lo señalamos al inicio de esta presentación, las técnicas legislativas que han tratado la discriminación han utilizado, casi en su mayoría, la elaboración de listas o catálogos para explicitar los criterios que se consideran sospechosos, el más importante en el ámbito del trabajo, fue el Convenio N°111 sobre igualdad y no discriminación en el empleo de la OIT”. Por su parte, en el ámbito del derecho laboral nacional lo efectúa el artículo 2°, inciso tercero, del Código del Trabajo.

No obstante, hay una cuestión clara y que a su respecto existe amplio consenso; “tanto en el derecho internacional como en el chileno, que no deben ser entendidos de manera exhaustiva” (Ugarte J. L., 2013, pág. 21)”, vale decir, los criterios que integran el listado, no son los únicos prohibidos o sancionables, así lo ha interpretado el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual ha señalado que se “mantiene abierta la posibilidad de encontrar formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que de todos modos constituyen una violación al principio de igualdad asimilable a las categorías establecidas” (Dulitzky, 2011, pág. 19), así “en la actualidad, tales enumeraciones no pueden ser consideradas de ningún modo como taxativas, sino como puramente ejemplificativas”³⁶, misma interpretación se ha dado respecto del art. 2° del Código del Trabajo, tanto por la doctrina (Irueta, 2006, pág. 84) como por la jurisprudencia, como es el caso de la opción sexual del trabajador o de la discapacidad³⁷. Ahora bien, en lo que no existe consenso, es en determinar cómo, o sobre qué criterios, se construirá la sospecha o prohibición que se exige como presupuesto conceptual de la discriminación.

En este punto se vuelve relevante explicar la discusión que se ha generado en la doctrina chilena, respecto de cuál modelo antidiscriminatorio es el que se impone en nuestro país, habida consideración de la aparente contradicción entre la norma constitucional del artículo 19, número 16, inciso tercero, en relación al artículo 2° del

³⁶ Ya que la letra b) del art 1° señala expresamente que será considerado discriminatorio “*cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades...*”

³⁷ RIT T-1-2009 y RIT T-63-2011, del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago.

Código del Trabajo. En otras palabras, qué ocurre con categorías no contempladas en el catálogo del artículo 2 del Código del Trabajo, ¿Cuál debe ser su tratamiento?.

Se debe comenzar por caracterizar los diferentes modelos que han sido consagrados en los diferentes sistemas jurídicos comparados, así, en primer lugar, se encuentra el *modelo puro de clasificación razonable*, bajo el cual no se realizan distinciones entre “criterios, quedando, cualquier sea del que se trate, sometido a la exigencia de razonabilidad” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 214). En un segundo lugar, encontramos al *modelo puro de clasificación sospechosa*, en el que “se consagra una enumeración taxativa de criterios de distinción que se consideran, a priori de antemano, prohibidos”, la relevancia en la práctica de esta distinción será que, en el primer modelo, cualquier criterio de distinción es susceptible de ser considerado discriminatorio en ciertas circunstancias, en cambio, en el segundo modelo, los criterios no enumerados escapan, en principio, del reproche del sistema jurídico. Ahora bien, encontramos un *tercer modelo mixto o intermedio*, que vino a salvar las deficiencias de los anteriores modelos, y que “corresponde a aquellos sistemas jurídicos que consagra, por una parte, el principio general de prohibición de distinciones arbitrarias, y por otra, se elabora una lista específica de criterios considerados sospechosos” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 217), este último modelo es el más utilizado por los sistemas jurídicos modernos.

Luego de la precedente caracterización, cabe preguntarse ¿Cuál es el modelo utilizado en Chile?, “la particularidad del caso chileno, a diferencia de la experiencia internacional, es que en su norma fundamental, la Constitución, ha evitado esta clásica enumeración y ha señalado que se prohíbe todo acto discriminatorio que no se funde en la capacidad o idoneidad personal para el respectivo cargo” (Contreras P. , 2003, pág. 33), en ese sentido, la constitución de nuestro país “ha optado por una determinación negativa de dichos criterios” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 234) señalando así, que todos los criterios serían discriminatorios, salvo la capacidad e idoneidad personal. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, hizo una distinción de ambos términos, entendiendo como capacidad a la preparación técnica o profesional del trabajador, y a la idoneidad como la capacidad y las necesarias condiciones morales para el cargo, sin embargo en opinión del profesor Gamonal, esta interpretación no es adecuada, por cuanto entender a la idoneidad como un concepto valórico, en el sentido de idoneidad moral, puede permitir numerosas discriminaciones arbitrarias, de esta manera, el profesor Gamonal, señala que debe entenderse ambos conceptos como la preparación técnica o

educacional que requiere el trabajador para cumplir con las funciones encomendadas en el contrato de trabajo, sobre todo, por lo dispuesto en el artículo 2°, inciso quinto, del Código del Trabajo, que exige de ser considerada discriminatoria la diferencia hecha en base a calificaciones exigidas para un empleo determinado. (Gamonal S. , Fundamentos de Derecho Laboral, 2009, pág. 48).

Ahora bien, las tesis que se confrontan al momento de interpretar la norma constitucional con el artículo 2° del Código del Trabajo, se encuentra dividida entre, por una parte, los que opinan que “no cabe duda que cualquier distinción de trato que se base en un criterio que no corresponda a la capacidad o idoneidad personal debe ser considerada discriminatoria” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 239), “así para parte de la doctrina en Chile se establece un modelo de sospecha abierta: donde los únicos motivos lícitos para fundar una distinción de trato son la capacidad o la idoneidad personal, cualquier otro es prohibido, por consiguiente, “el trabajador tiene derecho a que no se le discrimine por causas ajenas a su capacidad o idoneidad para el cargo y función” (Irueta, 2006, pág. 81), misma opinión sostenida por el profesor Eduardo Caamaño que afirma que “debe destacarse que el constituyente ha entendido ampliamente el derecho a la no discriminación, lo que se manifiesta en la circunstancia de no haber introducido una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, con bastante acierto, cualquier motivo o criterio que no se base en la capacidad o idoneidad personal, esto es, prohíbe cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable” (Caamaño E. , 2003, pág. 7). Esta forma de comprender el modelo antidiscriminatorio que rige en nuestro país, se le ha conocido con el nombre de *modelo de sospecha abierto*; “en que cualquier criterio, aún sin estar enumerado como hace el artículo 2° del Código del Trabajo, es sospechoso y está sujeto a un escrutinio calificado, con excepción de la capacidad e idoneidad personal” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 234), mediante el cual *el sistema de sospecha cerrado* que consagra la norma laboral, “viene sólo a confirmar la extensa prohibición constitucional” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 239).

Por otra parte, se encuentran los que difieren de esta interpretación, como el profesor Sergio Gamonal que señala que “esta interpretación no es aceptable dada su amplitud. En efecto, (...) la prohibición constitucional es asimilable más a un modelo de razonabilidad como aquéllos que consagran la igualdad y la prohibición de discriminar en general sin un catálogo de criterios sospechosos”, y luego agrega que, “dado que, de

considerarse todos los criterios como sospechosos, sería prácticamente inejecutable el contrato de trabajo”³⁸ (Contreras G. S., 2009, pág. 47) para el profesor Gamonal, la prohibición y el estándar más estricto, es respecto de todos aquellos criterios que “puedan conformar una discriminación en cuanto estándar colectivo, de grupos en desventaja (...), el artículo 2° del Código del Trabajo, por tanto, (..) regula la garantía constitucional y le da sentido(...). Y conforma en nuestro derecho un sistema de sospecha cerrada” (Contreras G. S., 2009, págs. 47-48).

La importancia concreta de esta pugna, será que bajo la primera interpretación, aquella que afirma que nuestro sistema consagra un modelo de sospecha abierto, la consecuencia será la imposición de una carga argumentativa más gravosa para ambos tipos de criterios, aquellos que pertenecen al listado, y también para los que no, es decir, para cualquiera que no sea la capacidad o idoneidad personal. En cambio, según el segundo modelo, de sospecha cerrado, para “los criterios de distinción no enumerados explícitamente, impone un deber de menor intensidad argumentativa, ya que sólo es necesario acreditar que se trata de una distinción de trato objetiva y razonable” (Ugarte & Lizama, 1998, pág. 213), en consecuencia, los criterios enumerados deben soportar una carga mayor, siendo necesario no solo tener argumentos objetivos y relevantes, sino que éstos sean de tal intensidad que permitan revertir la presunción de ilicitud que rodea la utilización de dichos criterios, además, en el caso de un criterio sospechoso, como existe una “desconfianza inicial del sistema jurídico, el afectado de una distinción de trato sólo deberá acreditar que el criterio utilizado corresponde a uno de los enumerados para que, revirtiéndose la carga de la prueba, corresponda a la persona que efectúa la distinción acreditar que ella tiene un motivo poderoso y fundado para utilizarlo. Los criterios no sospechosos, como nada más tienen una condición neutra para el sistema jurídico, corresponde al afectado por la distinción, no solo acreditar la existencia del criterio mismo, sino, además, que su utilización no tiene un fundamento objetivo y razonable.” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 213).

iii. Que no exista una justificación razonable que legitime la diferencia. Corresponde preguntarse ahora, conforme a los anteriores elementos ya explicados, si, ¿Cualquier

³⁸Así, se da el ejemplo de que si un empleador debe ascender a un trabajador y los dos postulantes tienen la misma capacidad su elección sería discriminatorio, O, si requiere despedir a un trabajador por necesidades de la empresa, y lo elige de entre cuatro con las mismas capacidad también sería discriminatorio.

discriminación laboral -ya sea en base a un criterio sospechoso, o no- será antijurídica?, y la respuesta debe ser negativa, “no toda discriminación laboral es reprochable jurídicamente hablando” (Ugarte J. L., 2013, pág. 27), por cuanto, tal como se estudió anteriormente, la medida discriminatoria puede estar justificada legítimamente, lo que nos conduce a analizar entonces, cómo es que debe ser la argumentación correcta para descartar la discriminación.

En consecuencia, “se advierten en la literatura jurídica dos modos tradicionales de resolver el problema de la justificación del trato discriminatorio; en primer lugar, la idea de la razonabilidad de la diferencia y, en segundo lugar, la de proporcionalidad”. El primer modelo que es el tradicional y el más utilizado por los sistemas jurídicos comparados, entiende que una medida está justificada cuando carece de arbitrariedad, respecto de los conceptos de objetividad, razonabilidad y arbitrariedad, nos remitiremos a lo ya señalado a propósito de la definición del derecho a la no discriminación del apartado anterior, no obstante, en resumen, debe poder acreditarse la existencia de una razón objetiva y de peso que justifique la medida en consideración a la finalidad concreta, que debe ser asimismo, razonable. Ahora bien, dado que esta fórmula no resuelve de antemano y en concreto, cuándo y cómo es arbitraria una medida, el test de proporcionalidad pretende superar esas deficiencias. Este modelo, tiene como inspiración la distinción entre reglas y principios de la teoría del derecho, con amplia aceptación por parte de la doctrina laboral³⁹, en el cual se entiende que las reglas “se aplican preponderantemente de modo subjuntivo, los principios se someten a una deliberación por parte del juez -la denominada ponderación (...), Las reglas establecen un deber definitivo para el juez, quien debe, en caso que corresponda, aplicarlas sin cálculo de ningún tipo, debiendo imputar siempre la consecuencia jurídica establecida por la regla. Los principios sólo establecen un deber prima facie o condicional que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría” (Ugarte J. L., El derecho a la no discriminación en el trabajo, 2013, pág. 32), esto queda muchísimo más claro en el siguiente ejemplo; “la diferencia entre el principio que prohíbe la discriminación por razón de sexo y la regla que establece la obligación de

³⁹ En contra; el profesor Ignacio Covarrubias, en el que rechaza la aplicación del test de proporcionalidad en el procedimiento de tutela laboral de Derechos Fundamentales, “debido a la finalidad protectora de la tutela, pues el resguardo de los derechos del trabajador no puede depender del “peso” del derecho que aparece en contraposición, por lo que su abordaje ha de ser afrontado como si se tratara de reglas, lo cual contradice la propuesta mayoritaria de quienes promueven la tutela en Chile” (Covarrubias, 2017).

pagar un salario igual a hombres y mujeres estarían en que, cuando es aplicable la regla a un supuesto de hecho, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de realizar una deliberación sobre el contenido de la resolución a dictar y aplicar la solución normativa estipulada en la regla. En cambio, del mero hecho de que a un supuesto de hecho le sea aplicable el principio de prohibición de la discriminación por razón de sexo sólo se infiere que hay una razón para no discriminar, pero no una solución normativa para el caso, ya que esta razón tendrá que ser ponderada con cualesquiera otras razones que también sean aplicables al supuesto” (Rodenas, 2012, pág. 35) de esta manera, si existe algún conflicto entre dos reglas, una deberá perder validez por sobre la otra, “por la vía de las normas especiales para el efecto: *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*” (Tolonen, 1997, pág. 71) ahora bien, en cuanto a la posibilidad de pugna o conflicto entre principios, al juez le corresponderá resolver por la vía de la ponderación. Así, el profesor Ugarte señala que mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable” (Moreso, 2007, pág. 103) sin embargo, se debe aspirar a la menor pérdida posible del otro principio sacrificado, y es por ese motivo, que en el centro de esta teoría encontramos al principio de proporcionalidad. El fundamento estaría en lo afirmado por Alexy, resumida en la conocida fórmula que señala que “cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios., 2003, pág. 66) esta teoría, que es aplicable para todo el sistema del derecho en general, ha tenido reciente acogida en el derecho laboral en Chile⁴⁰, por consiguiente, ya no es suficiente que la medida discriminatoria esté justificado por ser razonable, sino que además se requiere que las razones utilizadas sean de una importancia tal que permitan desplazar la protección del derecho del trabajador, por ello se ha dicho que la relación entre la medida y la protección del principio o derecho fundamental, debe ser idónea, necesaria y proporcionada, este triple test denominado “test alemán”⁴¹, implica la realización de tres juicios, el primero; el juicio de idoneidad, que “exige que la medida que restringe el derecho fundamental del trabajador permita alcanzar efectivamente un fin legítimo, es decir, un interés de

⁴⁰ Es el caso de la sentencia del juzgado de Letras de Copiapó, RIT 1-2008, que señala que “en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, creado por la jurisprudencia alemana”.

⁴¹ Especialmente desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán.

naturaleza constitucional (Ugarte J. L., 2013, pág. 43), lo que se analiza concretamente es la relación entre el medio y el fin, en que el medio (la conducta que restringe el derecho fundamental), tiene que ser eficaz a la finalidad perseguida (la protección de un derecho constitucional, como lo es el derecho de propiedad o la libertad empresarial), bajo este test, la empresa debe cumplir dos condiciones: primero que el trato desigual persiga un objetivo constitucionalmente reconocido, es decir, un derecho fundamental, y en segundo lugar; que se logre ciertamente el objetivo con esa medida. Por otro lado, el segundo sub-test dentro del test de proporcionalidad, es el “juicio de necesidad”, en el cual se verificará que la medida restrictiva del derecho del trabajador sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo otra menos agresivas con el derecho fundamental restringido, o de menor intensidad, en la afectación del derecho del trabajador. Así, la única forma posible para que el empleador pueda utilizar esa medida, es que no exista otra medida alternativa para la realización del fin legítimo y constitucionalmente garantizado, menos violenta o atentatoria de los derechos del trabajador. En ese caso, la medida pasa el juicio de necesidad, y por lo tanto, es proporcionada.

Ahora bien, como tercer sub-test dentro de este mecanismo de análisis judicial hacia la medida desigual impuesta por el empleador, se encuentra el “juicio de proporcionalidad en sentido estricto” o “propiamente tal”, mediante el cual “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, 2007), el profesor Ugarte afirma que esta “operación supone tres pasos básicos: primero, determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental del trabajador; segundo, determinar el grado de importancia del derecho del empleador que opera en sentido contrario; y tercero, debe compararse a ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro.” (Ugarte J. L., 2013, pág. 47), lo que debe hacerse, es asignar peso a ambos derechos en pugna y su afectación. Para lo anterior se propone una escala de intensidad que va desde grave, media o leve (por un lado; en afectación de un derecho y por otro, en satisfacción del otro derecho), este triple test, en conjunto, genera como resultado que “se otorga el triunfo al principio que cuenta con mayor peso relativo en el caso concreto y, por ende, se resuelve el caso aplicando la solución normativa en él prevista, sin que tal solución suponga, por otra parte, que el principio derrotado sea expulsado del ordenamiento o pase a ocupar una jerarquía inferior en la escala de las fuentes del derecho” (Ugarte J. L., 2013, pág. 48), un caso relevante en la aplicación del principio de proporcionalidad es el caso

“kronos”⁴², del Juzgado del Trabajo de Copiapó, que revisando el derecho de intimidad o privacidad de la trabajadora, versus el derecho de propiedad del empleador, determinó que se había afectado gravemente el derecho de la trabajadora, y que no se encontraba compensado por la satisfacción del derecho del empleador. Ahora bien, en lo que se refiere especialmente al derecho a la no discriminación, debería suponer como resultado, la afectación leve en el derecho a la igualdad de trato del trabajador, y que la medida desigualdad aplicada por el empleador sea de una importancia y relevancia única para la finalidad perseguida.

TERCER CAPÍTULO.

I. Mecanismos judiciales de protección de los Derechos fundamentales del trabajador

Tan importante como la consagración de los llamados derechos inespecíficos de los trabajadores en la constitución y en un cuerpo normativo como el Código del Trabajo, resulta la consagración dentro del ordenamiento jurídico de aquellos medios adecuados para hacer valer de manera efectiva dichos derechos, de lo contrario éstos carecerían de toda eficacia.

Ahora bien, los medios de protección de los derechos fundamentales han tenido una evolución en el tiempo, buscando que la protección de los derechos inespecíficos sea realmente eficaz y que no deje al individuo en la indefensión, especialmente al trabajador, atendida su posición de desmedro en una relación de subordinación como lo es por definición la relación laboral. Y más adelante en la línea de tiempo, incluso centrando la protección ya no en el ámbito de las relaciones sociales en que se puede dar la transgresión de derechos fundamentales (relación laboral), sino más bien centrando el foco en el derecho en específico que se busca proteger, como sucede con el derecho a la no discriminación que estamos analizando en el presente trabajo.

⁴² T-1-20018, Juzgado del Trabajo de Copiapó. En el caso, se analiza el despido de un trabajadora fundado en la revisión no autorizada de conversaciones de Messenger, el fallo determinó que se había afectado gravemente el derecho de privacidad de la trabajadora, y que no se encontraba compensador por un interés relevante respecto del derecho de propiedad de la empresa, a pesar de que la revisión del computador le había permitido al empleador saber que la trabajadora había enviado documentos propiedad del empleador, documentos que eran meras copias de originales ya conocidos por el tercero.

Es así como resulta pertinente revisar en orden cronológico los medios de protección de los derechos fundamentales del trabajador poniendo especial atención en el derecho a la no discriminación. De este modo comenzaremos exponiendo las características principales del llamado “Recurso de Protección” como primer medio de protección de derechos fundamentales, que como bien sabemos no se refiere únicamente a la relación laboral sino que abarca todo tipo de relaciones entre el Estado y los particulares y entre particulares entre sí, revisaremos los aspectos procesales de la acción de protección y su aplicación para el caso de los derechos fundamentales de los trabajadores haciendo referencia al derecho específico en comento en este trabajo, es decir, la no discriminación, para luego realizar algunos comentarios respecto de sus fortalezas, debilidades, y cuales fueron en definitiva los motivos que dieron lugar a un procedimiento específico de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. A continuación y siguiendo con el orden cronológico haremos una exposición del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador, sus características principales, aspectos procesales y diferencias con el Recurso de Protección utilizado en materia laboral, también con respecto a este procedimiento haremos comentarios que son atinentes exclusivamente al derecho a la no discriminación, posteriormente realizaremos una crítica a este procedimiento y comparación con el Recurso de Protección. Al finalizar este capítulo, no podríamos dejar de referirnos, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales y específicamente el derecho a la no discriminación, a la Ley 20.609 conocida como “Ley Antidiscriminación” o, en virtud del caso que dio origen a esta ley, “Ley Zamudio”, que si bien no se enmarca en el Derecho Laboral exclusivamente, se puede utilizar para relaciones laborales pudiendo ser más o menos beneficioso para el trabajador según podremos apreciar al revisar sus características, objetivos y aspectos procedimentales. Atendido que esta ley hace referencia al derecho fundamental inespecífico en comento en esta tesis, aparece como necesaria una revisión de sus características para poder contrastarlo con el Recurso de Protección y el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales de los Trabajadores.

II. El Recurso o Acción de Protección como herramienta judicial de tutela de Derechos fundamentales del trabajador.

Como señalábamos, el primer medio existente para tutelar los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores fue el Recurso o Acción de Protección, que se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y señala en su inciso primero “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Algunos de los aspectos que consideramos relevantes para esta revisión son la legitimación activa, los presupuestos de procedencia, el concepto específico de discriminación que utiliza para enfrentar el derecho a la no discriminación, la prueba de los hechos, y la sentencia. Todos los cuales serán expuestos y comentados en detalle a continuación.

a) Legitimación Activa

Si bien no se trata derechamente de una acción popular, se trata de una acción establecida en términos amplios en la Constitución Política de la República. Según lo expuesto en el artículo 20 de la Constitución: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva”, es decir, pueden recurrir

las personas naturales o jurídicas e incluso agrupaciones de personas que, en términos formales, no posean personalidad jurídica.

Ahora, lo más importante para efectos de dar una respuesta a la pregunta de quién es el legitimado activo para incoar la acción de protección es determinar si la persona que ejerce la acción tiene un interés legítimo en el ejercicio de, y en resguardar el ejercicio de, a lo menos uno de los derechos garantizados con dicho recurso o acción⁴³. De esta manera, es claro que no se trata de una acción popular que pueda ser interpuesta por cualquier persona por un interés difuso, toda vez que sólo tiene la posibilidad de accionar, con legitimidad, la (o por la) persona o entidad cuyos derechos y libertades propias se han visto amenazadas, perturbadas o privadas.

Ahora bien, específicamente respecto del caso de la no discriminación, es decir la igualdad ante la ley, que se constata en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República. La igualdad ante la ley implica necesariamente que las leyes deben aplicarse de la misma forma para todas las personas sin imponer una u otra preferencia y la respuesta a la pregunta de quién puede interponer la acción de protección en este caso es un tema bastante complejo que la jurisprudencia chilena usualmente ha fallado diciendo que le corresponde a quien se ve afectado por este acto o la persona quién lo represente. Por lo que resultará de suma importancia acreditar que la persona que interpone el recurso, o la persona a nombre de la cual se interpone el recurso, tiene un interés legítimo y dicho interés lo tendrá la persona directamente afectada por un acto discriminatorio.

b) Presupuestos o Requisitos de procedencia.

Se configura una situación amparable por el Recurso de Protección sólo si se presentan los siguientes presupuestos de manera copulativa:

- i. Que existan actos u omisiones de la administración o de quienquiera;
- ii. Que dichos actos u omisiones sean arbitrarios o ilegales;

⁴³ Dado que este procedimiento no es de carácter declarativo, sino cautelar, su finalidad no es determinar la existencia y titularidad del derecho sino resguardar su legítimo ejercicio. Ver más sobre este tema en el Objeto de la Prueba (infra pág.61).

- iii. Que ellos produzcan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales; y
- iv. Que los derechos amenazados sean de aquellos que se encuentran protegidos expresamente en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

i) Que existan actos u omisiones de la administración o de quienquiera.

La expresión “acto” se refiere a conductas positivas, a un “hacer algo”. Esta conducta debe ser un comportamiento humano, y no un hecho de las cosas, por lo tanto existe un aspecto volitivo en el acto, lo que no implica la necesidad de que la conducta se haya desplegado con la intención de transgredir el derecho de un tercero sino que la lesión del derecho fundamental puede perfectamente ser una consecuencia no buscada por la persona que despliega la conducta, es en ese sentido en el que debe entenderse la palabra “acto”.

La expresión “omisión”, en tanto, se refiere a conductas negativas, a un “no hacer” o “una abstención”. Sobre estas omisiones, algunos profesores mantienen que la acepción “omisión” implica que la conducta que se deja de ejecutar debe ser jurídicamente obligatoria. Nosotras no participamos de esta idea, ya que la dualidad acción/omisión, a nuestro parecer, sólo se refiere al elemento conductual de la causal (hacer versus no hacer), mientras que la antijuridicidad estaría incluida en la expresión “arbitraria o ilegal”, que figura en el mismo artículo 20 de la Constitución Política de la República, de lo contrario sería una repetición innecesaria en la redacción de dicho artículo.

ii) Que dichos actos u omisiones sean arbitrarios o ilegales.

En cuanto a la arbitrariedad el profesor Soto señala que ella en general, “indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanzar, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o aun inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, o sea una actuación carente de fundamentación”. (Soto Kloss, 1982, pág. 189) La existencia de la posibilidad de ejercer la acción de protección en base a una arbitrariedad, y que no se haya limitado su ejercicio únicamente a la ilegalidad de la acción u omisión, es de gran importancia para efectos del derecho a la igualdad, considerando que en muchas oportunidades la discriminación puede verse encubierta por un halo de legalidad y el actuar de una persona o de un empleador puede verse aparentemente dentro del margen

de lo permitido por las leyes, pero a la vez tratarse de un acto discriminatorio. De hecho esto es lo que suele ocurrir cuando con ocasión del despido se transgrede el derecho a la no discriminación, ya que si bien el empleador invoca una de las causales legales de terminación del contrato de trabajo, ésta encubre un acto discriminatorio, que solo es posible apreciar a través de la figura de la arbitrariedad, al menos en este procedimiento y es una forma de exigir una justificación con razonabilidad y proporcionalidad al empleador. No obstante, dada la falta de uso de este medio de protección antes de la aparición del procedimiento de tutela, es difícil encontrar jurisprudencia de esa época en este sentido, no es sino tras la aplicación de la tutela laboral que los jueces empezaron a utilizar esta herramienta, más adelante, en el capítulo 4, podremos apreciarlo al realizar el análisis del casos.

El concepto de ilegalidad, por su parte, se ha interpretado en un sentido amplio o lato, y por lo tanto se ha concluido que consiste en la violación –por acción u omisión- de toda norma jurídica, incluyendo la Constitución, tratados internacionales ratificados por Chile, la ley, un reglamento, decreto o cualquier otra disposición.

iii) Que ellos produzcan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales.

Los conceptos de privación, perturbación y amenaza tienen estrecha relación con los momentos en que esta acción constitucional puede operar para proteger los derechos que la misma cautela. Así, dado que la intención del Constituyente fue crear un mecanismo amplio para brindar protección a los derechos fundamentales, intentó abarcar el momento posterior a la conculcación de su legítimo ejercicio a través del concepto de “privación”, también antes y durante, esto es, ante el peligro inminente de su transgresión, es decir, cuando exista una “amenaza” de verse quebrantados y cuando estén siendo actualmente infringidos, vale decir, durante su “perturbación” en los términos establecidos en la Constitución.

Como bien sabemos la igualdad ante la ley es un derecho garantizado en la Constitución y no implica un “hacer” es decir su ejercicio no implica ni requiere actos positivos de las personas sino más bien un no hacer por parte de terceros, es por ello que lo más común es que la transgresión se traduzca en una inmediata “privación” pero resulta un poco más extraño que exista algún caso de “amenaza”.

iv) Que los derechos amenazados sean de aquellos que se encuentran protegidos expresamente en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

El artículo 20 de la Constitución es claro al indicar cuáles son los derechos que protege y delimita su aplicabilidad a los siguientes numerales 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad del trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Mucho se ha escrito en relación a lo restringida que es la protección en cuanto a los derechos propiamente laborales, sin embargo esa discusión excede nuestro ámbito de estudio dado que nuestra intención es el análisis de los llamados derechos inespecíficos de los trabajadores, y en particular del derecho a la no discriminación o derecho a la igualdad, lo cual se encuentra consagrado en el numeral segundo del artículo 19 de dicho cuerpo normativo, lo cual es claramente abarcado en el ámbito de aplicación de la acción de protección. Ahora bien, otro tema a tratar y que resulta mucho más relevante para efectos del presente trabajo es exponer cuál es el concepto de discriminación que protege la Acción de Protección, lo cual se expondrá en el siguiente apartado.

c) Derecho a no ser discriminado: normas aplicables y concepto de discriminación.

Como ya señalábamos, el artículo 19, número 2 y número 16, inciso tercero, de la Constitución Política de la República tratan, el primero, acerca del principio de igualdad y el segundo inciso tercero acerca de la discriminación en el ámbito laboral sin embargo el artículo 20 respecto a la protección que entrega al artículo 19 numero 16 señala que sólo será en lo referente a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, por lo tanto no existe protección directa a la no discriminación en el trabajo a través de e4sta norma pero sí a través del artículo 19 número 2 que señala: “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”.

La redacción de este artículo presenta diferencias en cuanto a la redacción que existía en la Constitución de la República de 1925, y estas diferencias de redacción se

traducen en diferencias sustanciales en cuanto al concepto de discriminación que se protege y qué es lo que abarca.

Sobre este mismo tema exponen los profesores Lizama y Ugarte señalando que “La redacción del principio de igualdad ante la ley presenta una significativa innovación en la constitución de 1980, que se traduce en la agregación de la expresión “ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias (...) mientras bajo la Constitución de 1925, la igualdad jurídica se circunscribió a la generalidad en las leyes (igualdad ante la ley), en la Constitución de 1980 el principio se extendió, a resulta de la modificación señalada, a la prohibición de las distinciones arbitrarias (igualdad en el contenido de la ley)” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 226). Ya en el capítulo segundo tratábamos el tema de la diferencia entre la igualdad ante la ley y la igualdad en el contenido de la ley, pero esta vez lo hacemos con referencia exclusiva a lo que podemos apreciar en la normativa chilena. Así entonces, los profesores Lizama y Ugarte señalan que “Precisamente, el fundamento de la innovación constitucional es extender el sentido de la igualdad ante la ley como mera generalidad (aplicación del derecho) al contenido del derecho, mediante la incorporación de la expresión referida a la prohibición de las distinciones arbitrarias”. De manera que se extiende la aplicación a la igualdad de trato, es decir, considerando la ya existente igualdad ante la ley, siguiendo la premisa de dar un trato igualitario a quienes se encuentran en la misma situación, y además, siguiendo la premisa de dar un trato distinto a quienes se encuentran efectivamente en situaciones distintas.

En el mismo sentido Lizama y Ugarte: “Así, en esta perspectiva, el principio de igualdad comprende, en rigor, tres aspectos normativos que, sólo con afán expositivo, pueden considerarse distintos, como son: la exigencia de igualdad, la permisión de la desigualdad y la prohibición de la discriminación”⁴⁴ (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 196)

Resumiendo, y como ya se señaló en el capítulo anterior, la exigencia de igualdad se refiere al igual tratamiento de los iguales en términos genéricos, la permisión de desigualdad establece la posibilidad de distinguir si las circunstancias son efectivamente distintas y según un criterio justificado, y la prohibición de discriminación implicaría la imposibilidad de tratar distinto a quienes se encuentran en situaciones distintas pero sobre la base de criterios injustificados, es decir la justificación de la distinción realizada es del

⁴⁴ Luis Lizama Portal - Jose Luis Ugarte Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa Editorial Juridica página 196

todo relevante, sin embargo como se verá más adelante, en el Recurso de Protección la carga probatoria recae en el recurrente, que a la vez es el afectado por la discriminación, mientras que al recurrido, es decir al empleador no se le exigiría, en principio, justificar mediante criterios de razonabilidad ni proporcionalidad.

d) La Prueba de los Hechos

Con respecto a la prueba de los hechos que constituyen ya sea una acción u omisión de alguno de los derechos fundamentales resguardados por el recurso de protección hay tres aspectos esenciales que tratar: en primer lugar, el objeto probatorio; en segundo lugar, la carga de la prueba; y en tercer lugar, los medios probatorios específicos que se utilizan en este procedimiento.

I. El Objeto Probatorio

A pesar de que se habla de que el legitimado activo para ejercer la Acción de Protección debe ser el titular del derecho que está siendo amenazado, privado o perturbado, la verdad es que la titularidad de dicho derecho no es algo que se discuta ni que deba probarse mediante este procedimiento, lo anterior toda vez que la acción de protección, no tiene las características ni la finalidad de un procedimiento declarativo, sino que se trata de un procedimiento cautelar cuyo objetivo es resguardar el legítimo ejercicio del derecho. Por consiguiente, lo que deberá probar quien ejerce la Acción de Protección es que se ejerce un derecho de forma legítima y que éste ejercicio se ha visto amenazado, perturbado o privado por la acción u omisión de un tercero.

Así, como bien ha señalado el profesor Andrés Bordalí Salamanca “el Auto Acordado que regula el procedimiento de protección no contempla un período de discusión ni de prueba. Esto ha traído varios problemas para las Cortes del país para comprender en qué casos puede dar la tutela solicitada por los ciudadanos. La construcción jurídica que han elaborado esas Cortes ha sido la exigencia que el derecho debe ser indiscutido. Esta es una tesis muy utilizada por las Cortes del país y pretende hacerse cargo de esta particularidad que consiste en que los tribunales de justicia deben decidir sobre un conflicto referido a derechos subjetivos públicos de las personas sin que el procedimiento contemple un espacio para que se establezca la verdad de los hechos

discutidos. Así como en la tutela cautelar tradicional del proceso civil los tribunales acceden a decretar medidas cautelares bajo el concepto de verosimilitud de los hechos afirmados y no de verdad sobre los mismos, y bajo el supuesto de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), en sede de protección como procedimiento cautelar autónomo, las Cortes han construido un término semejante al *fumus boni iuris*, que se lo denomina existencia de un derecho indubitado o indiscutido” (Bordalí Salamanca, 2015).

II. La Carga de la Prueba

Como regla general en nuestro ordenamiento jurídico la carga de la prueba la tiene la parte que afirma un hecho que constituye un supuesto para la aplicación de la norma jurídica que invoca. Esta Regla General está consagrada en el artículo 1698 del Código Civil que señala “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, siendo ésta norma aplicable a todo el ordenamiento jurídico a menos que exista norma especial al efecto, en virtud del artículo 4 del Código Civil, lo cual no ocurre en el Recurso de Protección, no habiendo norma especial en el respectivo Auto Acordado.

Atendido lo anterior, la carga de la prueba recae en el sujeto activo de la acción de protección, es decir, para aquellos casos en que la transgresión ocurre dentro del margen de la relación laboral, la carga probatoria la tendrá el trabajador cuyos derechos han sido amenazados, privados o perturbados. El hecho de que se encuentre así establecida la carga probatoria, tanto en términos generales para la defensa de todos los derechos fundamentales del trabajador como para efectos del derecho a la no discriminación resulta ser un traspié fundamental ya que se dificulta la posibilidad de acceso a una protección eficaz de los derechos inespecíficos del trabajador. Como se ha dicho anteriormente, una de las principales dificultades que enfrentan los trabajadores al momento de defender su derecho a la no discriminación es la prueba de la transgresión del mismo, tanto por la posición desmejorada que tiene el trabajador frente al empleador para efectos de recopilar la prueba necesaria como por la frecuencia con la que este tipo de transgresión es encubierta con un hecho distinto que aparentemente cumple con todas las exigencias legales. Desmantelar situaciones de infracción del derecho a la no discriminación implica un gran esfuerzo por parte del trabajador y si además se libera de carga probatoria al empleador, sin que exista la obligatoriedad de justificar su actuar, sino sólo obligándolo a

informar sobre lo sucedido según lo que indica el artículo 3 del Auto Acordado sobre la materia⁴⁵, esta tarea se hace casi imposible.

Finalmente cabe señalar que la Corte de Apelaciones está facultada para decretar medidas probatorias de oficio según el artículo 5 del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección y Garantías Constitucionales⁴⁶, atendido el carácter de urgente y cautelar de este procedimiento, sin embargo como veremos a continuación, los medios probatorios en específico que se suelen utilizar en este procedimiento tampoco dan muchas alternativas a la Corte de Apelaciones para poder acercarse un poco más a la verdad material.

III. Medios Probatorios específicos.

No existe una norma especial con respecto a los medios de prueba en particular que se pueden utilizar en el Recurso de Protección, por lo cual nada obsta que se pueda utilizar cualquiera de ellos. Ahora bien, a causa de las limitaciones de ser un procedimiento escrito, cautelar y sumarísimo no todos los medios de prueba son compatibles con el Recurso de Protección.

Así las cosas, es indiscutible que la prueba instrumental es procedente, siendo consecuentes con la forma escrita del procedimiento. Con respecto a la prueba confesional tendremos que distinguir entre la prueba confesional espontánea, que las partes hacen en sus propios escritos sin que haya una solicitud o conminación de la contraria, y la prueba confesional provocada, absolución de posiciones. La confesión judicial provocada es contraria a los principios del Recurso de Protección dado que se materializa en a lo menos un comparendo -generalmente dos para hacer efectivo el apercibimiento indicado en el artículo 393 y siguientes del Código Civil – y por lo tanto atenta contra la rapidez del procedimiento, elemento esencial de la acción de protección.

⁴⁵ Artículo 3° Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección y Garantías Constitucionales: “Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe...”

⁴⁶ Artículo 3° Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección y Garantías Constitucionales: “Para mejor acierto del fallo se podrán decretar todas las diligencias que el Tribunal estime necesarias.”

Sin embargo la confesión espontánea, atendido que se realiza dentro de los mismos escritos de las partes no implica retrasar el procedimiento y por lo tanto no habría problema con que se utilice como medio de prueba. Siguiendo con la misma idea, el informe de peritos, por su parte, implica una serie de actos procesales, además del estudio que debe realizar el profesional encargado de la pericia, por lo que evidentemente va contra el espíritu del Recurso de Protección, sin embargo, como ya se señaló, si bien no es el medio de prueba más escogido por la Corte, puede perfectamente ser solicitado de oficio o a solicitud de parte. Por las mismas razones de celeridad, la prueba testimonial resulta difícil de producir en este procedimiento ya que implicaría una serie de sesiones en la corte de Apelaciones de entrevistas a los testigos.

Queda en evidencia lo limitante que resulta en términos probatorios el Recurso de Protección para el trabajador cuyos derechos han sido vulnerados. Finalmente las alternativas reales son la prueba instrumental y confesional, siendo ellas de muy difícil alcance por parte del trabajador.

e) Sentencia y finalidad del Recurso de Protección

Atendido que, en primer lugar, el Recurso de Protección busca ser un remedio pronto y eficaz para prestar inmediato amparo al afectado (cada vez que una garantía de libertad o un derecho fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales de una autoridad o un particular), la sentencia de un Recurso de Protección no buscará una indemnización económica sino el restablecimiento del derecho, lo que por cierto puede abarcar una amplia gama de posibilidades.

La Corte de Apelaciones está facultada, por el mismo artículo 20 de la Constitución, para decretar las providencias que estime necesarias, también llamadas medidas de protección. Éstas pueden estar constituidas por cualquier medio que la Corte de Apelaciones considere pertinente para lograr el restablecimiento del imperio del derecho en cada caso concreto. Dichas medidas no están enumeradas ni se encuentran taxativamente definidas en ningún texto legal.

De esta manera, para el caso del trabajador cuyos derechos han sido vulnerados y específicamente para el trabajador que ha sido discriminado –la mayoría de las veces con ocasión del despido- el ejercicio de esta acción sólo implicará volver a la situación en la que se encontraba, es decir por ejemplo ser reincorporado al trabajo, en un ambiente aún más hostil y sin que haya una reparación pecuniaria por el daño causado. Es decir, en términos prácticos no siempre el restablecimiento del derecho va a ser la solución buscada por el trabajador que demanda en un caso de transgresión de derechos fundamentales, especialmente si se trata de un acto discriminatorio.

f) Comentarios sobre el Recurso de Protección como medio de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y en particular del derecho a la no discriminación.

No obstante la existencia de este medio de protección de derechos fundamentales, que aparece como una alternativa para regular las transgresiones que pudiera cometer el empleador en una relación laboral, existen varios inconvenientes que hemos descrito a medida que se ha ido exponiendo las características de este procedimiento. La dificultad probatoria y la finalidad del mismo – considerando que el restablecimiento del derecho no siempre va a satisfacer las expectativas del trabajador- son las principales a nuestro parecer.

Por otra parte, es de conocimiento general que el ejercicio de esta acción no fue lo suficientemente extendida –que por lo antes dicho no es de extrañar. En este sentido los profesores Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte Cataldo en su libro Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa plantean: “...la falta de intentos efectivos de ejercicio de este mecanismo de conservación de los derechos en esta materia es manifiesta, y la explicación, a nuestro juicio, podría encontrarse en dos causas concurrentes:

En primer lugar, el costo económico que para un trabajador significar recurrir a esta vía, la que no tiene por objeto obtener una compensación económica o pecuniaria, y que si bien es una acción que no requiere asistencia profesional de abogado, en los términos exigidos por las normas sobre comparecencia en juicio, su “praxis judicial” en los hechos

la hace exigible, más aun por la regulación de que ha sido objeto en los auto acordados respectivos de la Corte Suprema.

En segundo lugar, y quizás más importante que lo anterior, corresponde al evidente riesgo que el ejercicio de esta acción genera, en términos de estabilidad en el empleo, para el trabajador con una relación laboral vigente. En efecto, no es difícil imaginar que el empleador adopte represalias contra el trabajador que ha recurrido de protección en su contra, fundado en sus derechos fundamentales, disponiendo para ello de un efectivo mecanismo a nivel legal como el despido por “necesidades de la empresa”, que salvo el pago de la indemnización respectiva, y una tan inaccesible como ínfima sanción de indemnización adicional de un 20 por ciento, no trae aparejada ninguna consecuencia ulterior para el empleador.” (Lizama & Ugarte, 1998, págs. 178-179).

Lo anteriormente señalado por los profesores Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte Cataldo se refiere a cualquiera de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores, pero se hace aún más evidente con la transgresión del derecho a la no discriminación, y ni hablar de la posibilidad de Recurrir de Protección si la discriminación ocurrió con ocasión del despido ya que el reintegro del trabajador como forma de restablecer el imperio del derecho es una consecuencia no deseada por ninguno de los sujetos procesales.

Con respecto al mismo tema, la falta de uso que ha tenido la Acción de Protección como medio de resguardo de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores el profesor Christian Melis Valencia nos plantea su punto vista y señala: “... desde un punto de vista material la acción jurisdiccional de protección constitucional ha sido notoriamente subutilizada y concretizada de manera sumamente ideologizada, acaparando a protección jurisdiccional casi exclusivamente el derecho de propiedad, produciéndose con ello un sobredimensionamiento de dicha garantía en desmedro de las demás. En el plano laboral el recurso de protección se ha transformado más que en un instrumento de amparo de los derechos fundamentales del trabajador- es un instrumento idóneo para ello aunque no único- en un mecanismo que casi exclusivamente se ha limitado a coartar y cuestionar las atribuciones y facultades de la Dirección del Trabajo” (Melis, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, 2009, pág. 66).

La acción de protección ha sido utilizada con un trasfondo ideológico claro en pos de la protección de la propiedad, y en ese sentido, protección de los derechos del

empleador. En efecto, y tras las sentencias que hemos leído para la redacción del presente trabajo, es posible afirmar que se ha utilizado más bien para coartar las atribuciones de la Dirección del Trabajo⁴⁷.

Finalmente, hay que destacar lo importante y trascendente que resulta la existencia de un legislador que sea activo en la materia ya no sólo para buscar el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador sino como una forma más tangible de tutelar estos derechos a través de una legislación al respecto. Este primer paso en términos de tutela de derechos fundamentales resultó notoriamente insuficiente, por todos los motivos esgrimidos y dando paso a la subutilización del mismo tanto por las deficiencias normativas en términos de finalidad del recurso y medios probatorios, como por factores externos como el factor económico señalado por los profesores Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte Cataldo y el factor ideológico planteado por el profesor Cristian Mellis Valencia.

III. Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales

Con la promulgación de la Ley 20.087 el poder legislativo agregó a nuestro ordenamiento el llamado “Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales” con el cual pretende dar solución a varios de los problemas que surgen a partir de la inexistencia de un procedimiento especializado que resuelva sobre la materia en sede laboral. El problema de la dificultad que resulta para el trabajador la prueba de los hechos que configuran una transgresión de sus derechos fundamentales inespecíficos, o la imposibilidad de que una causa sobre derechos fundamentales inespecíficos que se transgreden dentro de una relación laboral sea fallada por un juez del trabajo, la inexistencia de un resarcimiento pecuniario, incluso la dificultad que proviene del temor a

⁴⁷ En efecto, el profesor y abogado Enrique Pérez Silva defendía la posibilidad de coartar las facultades de la Dirección del Trabajo por esta vía y señalaba “Pues bien, en el ejercicio de las funciones de fiscalización que la ley les impone con mucha frecuencia los inspectores laborales sobrepasan las facultades que he resumido (facultades de fiscalización de la Inspección del Trabajo), constituyéndose en verdaderos tribunales que emiten resoluciones con pretensión de imperio. Y es en este punto precisamente donde ha surgido una gran cantidad de discusiones judiciales en sede de protección, porque al actuar como verdaderos tribunales los inspectores y la misma Dirección del Trabajo transgreden la garantía del artículo 3° inciso cuarto de la Constitución Política, es decir, el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales o derecho al juez natural”.

la existencia de una represalia por parte del empleador, son problemas que intentan ser subsanados con la introducción de este mecanismo de resguardo especial de Derechos Fundamentales del Trabajador frente a las facultades del empleador. Si bien con lo recién planteado se adelantan un poco las diferencias que existirán entre uno y otro en este párrafo es necesario que realicemos una revisión de las características de este procedimiento en este capítulo para poder analizar qué fortalezas y que debilidades presenta en comparación con el Recurso de Protección y más adelante con el procedimiento establecido en la Ley 20.609, llamada Ley Antidiscriminación.

Como acertada y precisamente señala el profesor Claudio Palavecino Cáceres “el procedimiento de tutela laboral es una modalidad procesal que tiene por objeto conocer de lesiones a ciertos derechos fundamentales de los trabajadores y, en caso de que la lesión se confirme, obtener el cese de la lesión antijurídica y medidas reparatorias” (Palavecino Cáceres, 2014). En esta definición el profesor Palavecino resume alguno de los aspectos más distintivos del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales de los Trabajadores como su objeto, ámbito de aplicación y la finalidad de dicho procedimiento. A continuación haremos una revisión de los aspectos que resultan más importantes para efectos de hacer una comparación y de vislumbrar las diferencias que se pueden dar en la defensa del derecho a la no discriminación a través de éste procedimiento.

a) Legitimación activa.

El artículo 486 del Código del Trabajo trata de la legitimación activa en el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, indicando así quienes están legitimados para ejercer esta acción, a la vez que señalando las limitaciones para el ejercicio de la misma.

1. El Trabajador.

Como resulta lógico la primera persona legitimada para ejercer esta acción es aquella cuyos derechos fundamentales fueron transgredidos, es decir el trabajador. Así, el artículo 486 establece “Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá

requerir su tutela por la vía de este procedimiento”. El mentado artículo otorga legitimación activa al trabajador y a la organización sindical siempre que concurren los siguientes elementos:

- a) Se debe invocar un derecho o interés legítimo.
- b) Se deben considerar lesionados los derechos fundamentales de un trabajador.
- c) Dicha lesión debe haberse llevado a efecto dentro de la relación laboral.
- d) Las relaciones laborales en las cuales se llevó a cabo la transgresión de los derechos fundamentales debe ser de aquellas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral.
- e) Existe también un requisito que agregar a estos señalados en el artículo 486, pero que se encuentra en el inciso final del artículo 485, ambos del Código del Trabajo. Se trata de la imposibilidad de impetrar la acción de Tutela de Derechos Fundamentales si ya se ha interpuesto un Recurso de Protección por la misma materia. El inciso final del artículo en comento señala expresamente: “Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

Cabe destacar, con respecto a la posibilidad de que tanto el trabajador como la organización sindical sean los legitimados activos para impetrar la acción de tutela, que ésta tiene una excepción consignada en el artículo 489 del mismo cuerpo normativo, en el que se estipula que “Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”. Es decir, cuando ocurran estos dos hechos de manera conjunta: a) Ocurra una vulneración de derechos fundamentales; y b) Que dicha vulneración ocurra con ocasión del despido del trabajador y no con otro motivo, sólo será el trabajador el legitimado activo para ejercer esta acción.

2. Organizaciones Sindicales.

Como se puede apreciar en el numeral anterior, las Organizaciones Sindicales pueden ejercer la acción de tutela de derechos fundamentales al igual que el trabajador y a nombre de este último si concurren los requisitos ya señalados y con la excepción relativa a todas aquellas vulneraciones que se den con ocasión del despido del trabajador, en cuyo caso las organizaciones sindicales dejan de estar legitimadas para entablar la acción.

Además y en base a artículo 486 del Código del Ramo, las Organizaciones Sindicales también pueden hacerse parte de un procedimiento ya iniciado por el trabajador como tercero coadyuvante, no siendo ello obligatorio sino más bien una potestad facultativa para las organizaciones sindicales.

3. Inspección del Trabajo

El tercer legitimado activo para impetrar la acción de Tutela de Derechos Fundamentales es la Inspección del Trabajo, que tiene una misión importante en este ámbito ya que su rol en el inicio de este procedimiento no es facultativo sino imperativo “Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo 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 conforme a las normas de este Párrafo” según claramente lo señala el artículo 486 del Código del Trabajo, indicando a la vez los requisitos para que sea efectivamente obligatorio para la Inspección del Trabajo denunciar la transgresión de los derechos fundamentales del trabajador, es decir, los siguientes requisitos copulativos: a) que la Inspección actúe dentro del ámbito de sus atribuciones y sin exceder las facultades que legalmente le han sido otorgadas; b) se impetra dicha acción sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de la Inspección; c) Se debe haber llegado al conocimiento de los hechos sólo a través del ejercicio de las funciones de la Inspección del trabajo, es decir a través de actividades que constituyen el actuar legal de la Inspección, por ejemplo, si al llevarse a cabo una mediación por otro tema, aparece de manifiesto que hubo una vulneración de derechos fundamentales, y d) los derechos vulnerados deben ser de aquellos protegidos por este procedimiento.

Distinto es su rol dentro del procedimiento, en el que la ley le otorga la posibilidad facultativa de hacerse parte en aquellos procedimientos incoados por el trabajador, o por la organización sindical, y respecto de los cuales el Tribunal le ha pedido presentar un informe respecto de los hechos denunciados.

b) Presupuestos o requisitos de procedencia.

El Código del Trabajo en el artículo 485 inciso primero señala respecto del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales que “se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas, en la relación laboral, por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política (...), cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”

A partir de lo establecido en la norma legal en comento es posible vislumbrar cuales son los presupuestos de aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales que pasaremos a revisar.

1. Cuestiones suscitadas en la relación laboral.

En primer lugar, uno de los presupuestos de aplicación del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales es que la vulneración de derechos tenga lugar dentro de los márgenes de una relación laboral. El profesor Cristian Mellis al efecto plantea “Una de las características que definen la especialidad de este procedimiento dice relación con la limitación del objeto procesal que de conformidad a lo dispuesto en los nuevos artículos 485 y 487 del Código el Trabajo queda limitada en primer término a tutelar los derechos fundamentales cuando éstos resulten afectados o lesionados en el marco de la relación laboral” (Melis, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, 2009, pág. 73)

El primer presupuesto que debe darse para que sea aplicable este procedimiento, es a la vez la primera limitación al ámbito de aplicación de la norma y la restringe a los actos que constituyan una violación a los derechos fundamentales que surjan dentro de la relación laboral, es decir, a partir del vínculo contractual laboral que los une.

2. Por aplicación de normas laborales

El Código del Trabajo habla específicamente de “normas laborales” sin embargo la doctrina lo ha interpretado en distintos sentidos. Algunos han señalado, por una parte, que dicha nomenclatura implica necesariamente la referencia en primer lugar a las normas legales relegando a un segundo lugar o a un segundo análisis la aplicación de las normas constitucionales, sin embargo, y de acuerdo a nuestro parecer, esta interpretación pierde sentido toda vez que invertiría el orden de aplicación normativo del ordenamiento jurídico en general, transgrediendo con ello la misma norma Constitucional. Es por ello que coincidiendo con una segunda postura al respecto, consideramos que esta elección de palabras debe interpretarse de manera amplia abarcando tanto las normas Constitucionales referidas al ámbito laboral o que puedan ser aplicadas en las relaciones laborales, como lo son los derechos inespecíficos de los trabajadores, así como también las normas de rango legal.

3. La vulneración debe afectar derechos fundamentales del trabajador.

El mismo artículo 485 menciona los derechos fundamentales susceptibles de tutela a través de este procedimiento, y señala de manera textual: “ que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

Como podemos ver de la redacción de este artículo se menciona en un inciso separado el tema de los actos discriminatorios y se remite al artículo segundo del mismo Código, el cual analizaremos en el apartado siguiente. Sin embargo cabe destacar en esta sección de nuestro trabajo que esta norma exceptúa aquellos contemplados en el inciso sexto del artículo 2º del Código del Trabajo, esto se refiere a : “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”. Es decir, se reitera la idea de que las transgresiones o violaciones de los derechos fundamentales deben ser realizadas dentro de la relación laboral o con ocasión de su término, pero no incluye los aspectos previos a la configuración de la relación laboral, especialmente la oferta laboral, ámbito de aplicación que creemos debiera ser cubierto por este procedimiento atendida la importancia del respeto a los derechos fundamentales del trabajador en tanto persona, durante todo el desarrollo del iter contractual.

c) La no discriminación en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Respecto de la discriminación en materia laboral, el legislador ha señalado en el artículo 2° del Código del Trabajo que “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” Ahora bien, como se comentó en el capítulo segundo, existen distintos modelos escogidos por cada país para organizar el estatuto jurídico antidiscriminatorio y el utilizado por Chile es un modelo mixto en que se consagra, por una parte, el principio general de prohibición de distinciones arbitrarias, como ocurre en nuestra Constitución Política que ha evitado esta clásica enumeración y ha señalado que se prohíbe todo acto discriminatorio que no se funde en la capacidad o idoneidad personal, y por otra, se elabora una lista específica de criterios considerados sospechosos, como ocurre en el artículo 2 del Código del Trabajo (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 271).

En un comienzo la discusión radicaba en la taxatividad del artículo 2 del Código del Trabajo, señalando una parte de la doctrina que sólo sería posible accionar de tutela en virtud de uno de los criterios ahí sindicados, sin embargo la pugna existente entre dicha

norma y el mandato Constitucional que encontramos en el artículo 19 número 2 y número 16, debió necesariamente resolverse por jerarquía, primando la norma Constitucional por sobre la norma legal.

Ahora bien, cuál sería entonces el sentido o la implicancia de que una de las categorías se encuentre efectivamente consagrada en el artículo segundo, esta es una de las preguntas respecto de las cuales aún existe discusión. Por una parte hay quienes plantean que no habría diferencia alguna entre las categorías señaladas expresamente en el Código del Trabajo y aquellas que no lo están, en virtud de la primacía de la norma Constitucional, así para parte de la doctrina en Chile se establece un modelo de sospecha abierta: donde los únicos motivos lícitos para fundar una distinción de trato son la capacidad o la idoneidad personal, cualquier otro es prohibido, es decir, estaríamos frente a un modelo desospecha abierto en que cualquier criterio puede ser sospechoso y debe ser revisado como criterio sospechoso ya sea que se encuentre numerado en el listado del artículo segundo del Código del Trabajo o no, salvo la idoneidad y capacidad personal. Lo que en términos prácticos implica que el demandado tendrá que alcanzar el mismo nivel de convicción en el juez para lograr destruir la sospecha que viene asociada a cualquier tipo de discriminación. Por otra parte, se encuentran los que difieren de esta interpretación, como el profesor Sergio Gamonal que señala que “esta interpretación no es aceptable dada su amplitud. En efecto, (...) la prohibición constitucional es asimilable más a un modelo de razonabilidad como aquéllos que consagran la igualdad y la prohibición de discriminar en general sin un catálogo de criterios sospechosos”, y luego agrega que, “dado que, de considerarse todos los criterios como sospechosos, sería prácticamente inejecutable el contrato de trabajo” (Contreras G. S., 2009, pág. 47), para el profesor Gamonal, la prohibición y el estándar más estricto, es respecto de todos aquellos criterios que “puedan conformar una discriminación en cuanto estándar colectivo, de grupos en desventaja (...), el artículo 2° del Código del Trabajo, por tanto, (...) regula la garantía constitucional y le da sentido(...). Y conforma en nuestro derecho un sistema de sospecha cerrada” (Contreras G. S., 2009, pág. 48) Es decir, para esta parte de la doctrina sí existe una diferencia entre los criterios de discriminación planteados en el artículo 2 del Código del Trabajo, y esta diferencia implica que estos últimos estén cubiertos de una presunción que será más difícil de derribar para el denunciado, mientras que en los casos no contemplados en dicho artículo la prueba en contrario para el denunciado no será tan gravosa.

Sin perjuicio de dicha discusión, tanto la jurisprudencia como nuestra doctrina nacional mayoritaria plantea que ese listado en caso alguno constituye una enumeración taxativa, siendo el principio de igualdad consagrado en el artículo 19 n°2 de la Constitución Política de la República, la norma crucial que inspira cualquier otra regulación al respecto. Así, la discriminación en el trabajo está proscrita salvo que descansa en los motivos permitidos por la Constitución, esto es, idoneidad personal para el cargo, y edad o nacionalidad en determinados casos.

Ahora bien, existiendo una distinción de trato, ya sea que ésta se encuentre dentro o fuera de las categorías sospechosas del artículo 2, es de crucial importancia para determinar la existencia de discriminación poder establecer previamente si hubo una justificación para tratar a un trabajador de forma distinta. Dicha determinación no va a ser simple, tal como lo señalaron los profesores Lizama y Ugarte: “Se llega en este punto a un problema clave de la reflexión del principio de igualdad, acerca de cuándo ha de entenderse que un criterio cualquiera ha de ser considerado justificado para fundar en él una distinción de trato y que no sea considerada discriminatoria” (Lizama & Ugarte, 1998, pág. 202) Ante dicho cuestionamiento, parte de la doctrina responde con que dicha justificación debe ser razonable, es decir debe existir una razón objetiva y de peso como para que se entienda que no hubo discriminación sino una diferencia de trato razonable; otra parte de la doctrina va un paso más allá y señala que no sólo debe ser razonable sino que además debe ser proporcional. Este segundo modelo, tiene como inspiración la distinción entre reglas y principios de la teoría del derecho, en el cual se entiende que las reglas “se aplican preponderantemente de modo subjuntivo, los principios se someten a una deliberación por parte del juez -la denominada ponderación (...) Las reglas establecen un deber definitivo para el juez, quien debe, en caso que corresponda, aplicarlas sin cálculo de ningún tipo, debiendo imputar siempre la consecuencia jurídica establecida por la regla. Los principios sólo establecen un deber prima facie o condicional que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría” (Ugarte J. L., El derecho a la no discriminación en el trabajo, 2013, pág. 32) Es decir, que la justificación del trato desigual debe no sólo ser razonable y objetiva sino que además tiene que pasar por un escrutinio de ponderación de los principios que se encuentren en pugna. Así, el profesor Ugarte señala que mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable” (Moreso, 2007), sin embargo, se

debe aspirar a la menor pérdida posible del otro principio sacrificado, y es por ese motivo, que en el centro de esta teoría encontramos al principio de proporcionalidad. El fundamento estaría en lo afirmado por Alexy, resumida en la conocida fórmula que señala que “cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios., 2003, pág. 66), en base a esta teoría, ya no es suficiente que la medida discriminatoria esté justificada por ser razonable, sino que además se requiere que las razones utilizadas sean de una importancia tal que permitan desplazar la protección del derecho del trabajador, por ello se ha dicho que la relación entre la medida y la protección del principio o derecho fundamental, debe ser idónea, necesaria y proporcionada, tal como se expuso con mayor detención en el capítulo segundo.

Finalmente, resulta de vital importancia para que se produzca el despliegue de la actividad argumentativa de la forma antes descrita que exista un cambio en cuanto a la carga probatoria, ya que procesalmente debe ser carga del denunciado dar esta justificación, la cual en caso de cumplir con los elementos antes descritos puede comprobar la inexistencia de discriminación en un determinado caso.

d) Carga Probatoria: Sistema de prueba indiciaria

El artículo 493 del Código del Trabajo señala: “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”.

Como ya se ha adelantado en el presente trabajo, resulta bastante evidente la necesidad de que el trabajador se vea beneficiado con una reducción de la carga probatoria seguida de un desplazamiento de la misma, lo cual aliviaría la necesidad de reunir pruebas que, por lo general, no están al acceso del trabajador por los siguientes motivos:

a) Por una parte el carácter manifiestamente oculto de las conductas lesivas de derechos fundamentales, las que se suelen encubrir en conductas aparentemente lícitas y no

lesivas, lo que hace, sino imposible, muy difícil la acreditación del móvil o de la finalidad discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales. Como se ha destacado en la doctrina comparada, dichas conductas nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascarados y ocultos. (Garrido Cortés, 2017).

b) Por otro lado, el entorno probatorio hostil que enfrenta el trabajador que demanda tutela de sus derechos fundamentales. En efecto, como se ha destacado ampliamente en la doctrina sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio. (Garrido Cortés, 2017).

Esta es una de las características a nuestro parecer más garantista de los derechos del trabajador atendida la existencia de un “desplazamiento” de la carga probatoria ante la existencia de “antecedentes que constituyan indicios suficientes de la existencia de una vulneración”. Dado lo anterior, cabe señalar que no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga formal de la prueba (onus probandi). En efecto, no es suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria, y por ello, en rigor, a pesar de la confusión de algunos, no se altera el axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega, fundado en lo dispuesto en el artículo 1968 CC.: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”. Se trata de una técnica más suave. El actor o denunciante no está absolutamente liberado de prueba, debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva de derechos, para que en ese caso, y sólo en ese caso pueda aprovecharse de la regla prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo. Es decir, si bien la carga probatoria en un principio radica en el trabajador, se trata de una carga probatoria disminuida ya que no se pretende lograr la convicción fehaciente de la ocurrencia del hecho vulneratorio de los derechos fundamentales sino que se busca, por parte del demandante, lograr la convicción en el sentenciador de la “probabilidad de un hecho” (Baylos Grau, Cruz Villalón, & Fernández López, 1995, pág. 211) esto es, un “principio de prueba”. Así las cosas, no se requiere que el trabajador presente una prueba completa, sino sólo una “cierta actuación del denunciante en orden a formar convencimiento en el juez no de la existencia necesaria de la vulneración sino de su posible ocurrencia en atención a los hechos concretos (situación del trabajador en

relación al tipo y forma de la medida implementada) no bastando la simple alegación en la denuncia de la vulneración (Melis, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, 2009, pág. 75). Es una regla que altera o modifica en razón de dar tutela efectiva a los derechos fundamentales del trabajador, la denominada carga material de la prueba, esto es, la distribución del costo del hecho que ha quedado inciertamente determinado por los medios de fijación o de prueba que han operado en la etapa probatoria del procedimiento de tutela. En ese sentido, la carga material de la prueba despliega su eficacia cuando en el litigio no ha quedado acreditado algún hecho relevante, de tal forma que si los hechos permanecen inciertos o dudosos, se habrán de desestimar las pretensiones de la parte a quién correspondía su acreditación probatoria.

De este modo como ha afirmado la doctrina, que la regulación de la carga de la prueba va dirigida únicamente al órgano judicial para ser aplicada por él cuando a la hora de dictar sentencia, y a pesar de haberse practicado uno o varios medios de prueba sobre uno o varios hechos tenga dudas de la certeza de los mismos. Es decir, la carga de la prueba sólo opera en la redacción de la resolución judicial. Precisamente, en tutela laboral, esa alteración modifica la respuesta a la pregunta de quién debe soportar el sacrificio del hecho que no ha quedado suficientemente probado en juicio pero sobre el cual recae una razonable sospecha de su ocurrencia. Y explicada así la regla del 493 del Código del Trabajo, no corresponde en sentido estricto a una regla de la etapa probatoria, sino a una regla de juicio, esto es, una regla que opera cuando el juez, al momento de dictar sentencia, debe resolver quién debe soportar el costo del hecho que en el proceso no haya quedado plenamente acreditado un hecho, pero de cuya ocurrencia, por la presencia de indicios al respecto, se guarda razonable duda (Ugarte Cataldo, 2009). En este caso, el hecho cuya razonable duda queda en el proceso- que no es sino el hecho de haber ocurrido la conducta lesiva de derechos fundamentales- afectará, a diferencia de la pauta distributiva normal de un proceso judicial, al demandado, quien sabe desde el inicio del proceso que en la acción de tutela existe, por expresa disposición legal, una distribución alterada de la carga material de costo probatorio.

Así, es perfectamente posible que no sea necesario aplicar la regla de juicio contenida en el artículo 493 del Código del Trabajo, en dos casos opuestos: 1) el trabajador logró la prueba del hecho lesivo mediante la aportación de prueba directa sobre el hecho; o 2) el empleador logró acreditar hechos constitutivos de una justificación objetiva y proporcionada de la conducta. En estos casos el hecho de una conducta lesiva no

se encuentra incierto o dudoso, sino todo lo contrario, hay certeza probatoria de que ella ocurrió o de que, por el contrario, no es efectiva. En el medio se encuentra la situación que da operatividad a la regla legal de distribución de carga probatoria del 493 del Código del Trabajo, esto es, que el hecho de la conducta lesiva haya quedado, mediante los indicios exigidos, inciertamente acreditado. En dicho caso, y ante ausencia de prueba del empleador que destruya la incertidumbre, el costo del hecho incierto o dudoso debe ser soportado por el demandado. Como es fácil de advertir, si esta es una regla legal de juicio, entonces, se entiende conocida por las partes en el proceso. (Garrido Cortés, 2017)

Tampoco podemos dejar de mencionar la importancia que en este punto tiene el análisis de las circunstancias de caso, y cómo el criterio del juez para determinar si se configura el principio de prueba necesario como para que se produzca este desplazamiento de la carga probatoria, va a tener directa y estrecha relación con las circunstancias específicas que rodean al caso de vulneración de derechos y también habrá una influencia en este ámbito según cuál sea el derecho que se vulneró, atendido que en algunos casos será más fácil que en otros presentar este indicio que convenza al juez de la probabilidad o verosimilitud de la ocurrencia del hecho vulneratorio. Especial dificultad se presenta en los casos de discriminación atendida la necesidad de comparar el trato discriminatorio con el trato “normal” hacia los otros empleados. En este sentido se trataría más bien de un análisis relativo a cuán idóneo o cuán apto es el medio empleado para vulnerar el derecho fundamental, pero siempre desde una perspectiva casuística.

Esta fórmula garantista, propia de los procesos de tutela de los derechos fundamentales, particularmente aquellos relacionados con la discriminación, se explica no sólo en virtud de la búsqueda de volver a equilibrar las posiciones de los actores de la relación laboral, sino además, en virtud de la naturaleza de los derechos contrapuestos (iusfundamentales) y del método de resolución aplicable (juicio de proporcionalidad) (Melis, Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, 2009, pág. 76).

De esta manera una vez que el trabajador presenta estos indicios a los que se refiere el artículo 485 del Código del Trabajo ya mencionado, queda al empleador probar la racionalidad y la proporcionalidad de la medida utilizada y que pudo (con cierto indicio de verosimilitud) lesionar los derechos fundamentales del trabajador. Tal como lo planteamos en el apartado anterior al señalar que la discriminación sólo se va a configurar ante la inexistencia de una justificación razonable, objetiva y proporcional.

Una de las principales hipótesis de lesión de derechos fundamentales corresponde a la conducta que se despliega con ocasión del despido, cuestión que, entonces, nos coloca dentro de la hipótesis de una nueva categoría del despido que se ubica entre el injustificado y el despido nulo, y cuya consecuencia es un recargo indemnizatorio previsto expresamente por la ley (Ugarte Cataldo, 2009). Aquí opera plenamente la regla del artículo 493 Código del Trabajo ya analizada y por tanto, al trabajador le corresponde, salvo que tenga prueba directa disponible, acreditar indicios suficientes de que el motivo del despido ha sido la lesión de sus derechos fundamentales inespecíficos y no la justificación dada por el empleador. Ahora bien, como el despido en Chile está sujeto a un sistema de causalidad prevista en la ley entre los artículos 159 y 161 del Código del Trabajo es altamente probable que dicha conducta – el despido- esté aparentemente cubierto por una causal que lo justifique, cuestión que nos lleva directamente a la pregunta: ¿puede justificar el empleador la proporcionalidad del despido simplemente acreditando la efectividad de la causal legal de término respectiva?, dicho de otro modo, puede el empleador, ante los indicios presentador por el trabajador, destruir la sospecha razonable de que se trata de un despido lesivo de derechos fundamentales acreditando la efectividad de la causal legal de termino de contrato de trabajo.

En rigor, desde el punto de vista conceptual, nada impide que el empleador haya tenido efectivamente una causal legal para poner término al contrato de trabajo, y al mismo tiempo, lesione con esa conducta los derechos fundamentales del trabajador. En palabras simples, es perfectamente posible que el empleador teniendo efectivas necesidades de la empresa haya decidido utilizar esta justificación para despedir precisamente al trabajador que es homosexual y realice de manera encubierta un acto de discriminación.

Esto es lo que en la doctrina se denomina despido pluricausal, esto es, aquella hipótesis en que el empleador frente al panorama indiciario de lesión de derechos fundamentales aportado por el trabajador, logra acreditar la existencia de una causal legal de termino de contrato de trabajo. En estos casos se trata de la concurrencia de dos causales en el mismo despido, causales que por cierto se mueven en un plano distinto: una causa legal que justifica el despido del trabajador desde el punto de vista de las normas previstas para la terminación del contrato de trabajo, y una causal anticonstitucional, consistente en la afección y lesión de un derecho fundamental del trabajador. En este sentido, es perfectamente posible que dentro del procedimiento de

tutela el empleador acredite la causal legal de término de contrato de trabajo respectivo, pero no esté en condiciones de justificar la no lesividad o la proporcionalidad del despido en términos de derechos fundamentales. En dicho caso, la conducta del despido ha efectivamente lesionado las garantías del trabajador, y por tanto, las consecuencias jurídicas del mismo, serán las previstas en las nuevas normas de tutela. El despido pluricausal es, a fin de cuentas, un despido lesivo de derechos fundamentales.

e) Sentencia y efectos de la sentencia.

En el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el trabajador, podrá obtener distinto tipo de prestaciones, dentro de las cuales resulta interesante destacar que la jurisprudencia ha estado aplicando medidas como la asistencia obligatoria a ciertas charlas con respecto al derecho a la no discriminación o la realización de las mismas para los funcionarios de la empresa sentenciada, lo cual nos parece acertado y cumple la finalidad de seguir generando conciencia respecto de este fenómeno social que a la mayoría de las personas aún resulta ajeno, y la mayoría de las personas aún no sabe identificar. Ahora bien, además de estas medidas que buscan resarcir el daño generando conciencia, y a diferencia de lo que ocurre con el Recurso de Protección e incluso con el procedimiento establecido en la Ley Antidiscriminación, en este procedimiento encontramos indemnizaciones directas para el trabajador, y para revisarlas antes debemos poner atención a lo señalado en el artículo 495 señala que “La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;
2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;
3. La indicación concreta de 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 apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y

4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código. En cualquier caso, 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.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro.

Al señalar este artículo “las indemnizaciones que procedan” lógicamente se refiere también a la indemnización por daño moral, que se puede producir en un contexto de vulneración de derechos fundamentales y que debe ser resarcido. Como ya hemos señalado, este procedimiento cubre situaciones producidas dentro de la relación laboral y con ocasión del despido. Es respecto de estas últimas que existe otra norma adicional que analizar en cuanto a las indemnizaciones que procedan, se debe tener a la vista el artículo 489 del Código del Ramo: “En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”.

No es del todo claro en la doctrina y la jurisprudencia cuál es la naturaleza jurídica de esta indemnización y en virtud de esta falta de claridad es que se ha desplegado una discusión doctrinaria al respecto de la posibilidad de solicitar junto a esta indemnización una indemnización por daño moral.

Parte de la doctrina sostendría que “esta indemnización especial de seis a once meses es por el daño material y moral causado al afectado, en especial por este último al afectarse los intereses extrapatrimoniales del trabajador” (Gamonal S. , Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno, 2012). El fundamento principal de esta parte de la doctrina es que esta indemnización correspondería a una, o a lo menos se asemejaría más a una, indemnización tarifada es decir una indemnización cuya evaluación ha sido previamente determinada por el legislador para facilitar y unificar la decisión judicial, a la vez que dar un poco más de certeza a las partes atendida la existencia de un mínimo y un máximo, pero que en este caso abarcaría tanto el daño material como el daño moral.

Otra parte de la doctrina señala que la indemnización establecida en el artículo 489 corresponde a una indemnización punitiva o sancionatoria del actuar del empleador y por lo tanto no abarcaría el daño moral efectivo sufrido por el trabajador. Ugarte señala que "En el caso particular del despido lesivo de derechos fundamentales, de seguro el que generará mayor número de demandas por tutela, la reparación económica se encuentra expresamente prevista y tasada en el haz de indemnizaciones que ya explicamos, pero que no cubre, a nuestro juicio, el plus de daño moral eventualmente causado por el despido". (Ugarte Cataldo, 2009, pág. 90).

Esta segunda tesis ha sido más aceptada por la jurisprudencia, no obstante existen sentencias que presentan la primera postura, la Corte de Apelaciones ha declarado que la indemnización especial (de 6 a 11 meses) es de naturaleza punitiva, lo cual permite adjuntar otra por el daño moral. Los argumentos para esta conclusión son los siguientes:

- a) La indemnización especial del art. 489 no excluye una eventual indemnización del daño moral.
- b) La naturaleza de la indemnización especial es punitiva, ya que busca sancionar el despido abusivo, cumplir una función disuasiva frente a la violación de bienes especialmente valiosos, no está sujeta a prueba del daño y su monto mínimo y máximo está predeterminado.
- c) El principio de reparación integral del daño permite acumular otra indemnización por el daño moral.

Esta última postura nos parece la más acertada toda vez que con el carácter sancionatorio de esta indemnización se buscaría también desincentivar las conductas discriminatorias, y no habría contradicción alguna al otorgar una indemnización por daño moral, teniendo en cuenta que este daño tiene que quedar suficientemente probado en juicio y no está contemplado en la indemnización que establece el artículo 489 del Código del Trabajo.

f) Comentarios respecto del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador y comparación con la Acción de Protección.

Uno de los aspectos que debemos destacar con respecto al Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales es la ampliación de la legitimación activa para ejercer la acción, especialmente cuando la lesión a los derechos fundamentales se verifica durante la relación laboral, lo cual es un gran avance considerando que es durante la relación laboral cuando los trabajadores serán más reticentes a demandar por el temor que existe a perder su fuente de trabajo, lo cual por cierto queda también resguardado con la garantía de indemnidad. La posibilidad que se otorga al Sindicato de ejercer la acción a nombre del trabajador permitirá, a juicio del profesor Caamaño “que en controversias complejas, como son aquellas en que va envuelta la vulneración de un derecho fundamental, los trabajadores afiliados cuenten con el respaldo y asesoría de su sindicato, con lo cual se está reforzando también los fines principales de estas organizaciones (...) A su vez, la intervención de los sindicatos en estos procesos contribuirá sin duda a romper la inercia constatada en muchas situaciones de vulneración de derechos fundamentales (...) particularmente, frente a controversias que por estos hechos se susciten durante la vigencia de la relación laboral, atendido el temor de los trabajadores a sufrir represalias por parte del empleador y, por sobre todo, el riesgo de ser despedidos” (Caamaño E. , 2004) En el mismo sentido se orienta la decisión del legislador de imponer a la Inspección del Trabajo la obligación de denunciar los hechos vulneratorios de derechos fundamentales de que tenga conocimiento en virtud del despliegue de sus funciones.

Como punto aparte, nos parece razonable hacer un comentario acerca de lo positivo y lo negativo de que uno de los requisitos de procedencia –que a la vez deviene limitante del objeto de aplicación- sea que el acto ocurra dentro de la relación laboral ya que quedarían excluidos de este procedimiento tutelar, los actos lesivos de derechos fundamentales que se pueden producir con ocasión del proceso de selección del trabajador, es decir, el equivalente a las tratativas preliminares de un contrato civil, lo que tiene gran relevancia en el caso del derecho a la no discriminación, toda vez que puede darse con no menor frecuencia que exista discriminación en el proceso de selección y que no esté fundamentada en la idoneidad del trabajador sino en otras causales generalmente presentadas de manera oculta, que no debieran ser consideradas para el cargo que se

pretende llenar. El aspecto positivo es que enmarcarlo dentro de la relación laboral es justamente lo que le da la especialidad a este procedimiento que debe enmarcarse en un procedimiento del área laboral, y debe ser dirimido por jueces laborales que puedan analizar el problema con un completo conocimiento de las normas laborales, característica que no vemos presente en el Recurso de Protección ni en el procedimiento establecido mediante la Ley 20.609

No podemos dejar de realizar un comentario acerca de la importancia que tiene la existencia del sistema de prueba indiciaria para efectos de alivianar la carga probatoria del demandante y generar en el demandado la obligación de justificar la decisión tomada dentro de un margen de razonabilidad y proporcionalidad. Creemos que esta es la pieza clave para que se pueda producir una protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile.

IV. Procedimiento descrito en la ley 20.609.Ley Antidiscriminación.

El procedimiento señalado en la Ley 20.609 es un mecanismo judicial que busca lograr el restablecimiento del derecho de manera eficaz toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria, ya sea por el Estado o por acción de particulares, por lo que esta acción no está circunscrita únicamente al ámbito laboral sino que es de aplicación general, no obstante lo cual un trabajador afectado por un acto discriminatorio podría perfectamente optar por este mecanismo de protección.

En este contexto, nos parece relevante exponer las diferencias del procedimiento que implementó la Ley 20.609 en el año 2012, respecto al ámbito laboral, e identificar los criterios que nos puedan ayudar a dilucidar cuál procedimiento dentro de los estudiados resulta más beneficioso para el trabajador.

a) Legitimación Activa.

De acuerdo al artículo 4 de la Ley 20.609 esta acción puede ser incoada por los siguientes sujetos:

- a) Cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación.

- b) El representante legal de la persona cuyos derechos fueron lesionados, en representación de aquel.
- c) Quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado.
- d) Cualquier persona a favor del que se ha visto afectado con el hecho discriminatorio cuando éste se vea imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o aun teniéndolos, estos se encuentren también impedidos de deducirla.

La redacción de esta norma se asemeja en amplitud a lo establecido en el Recurso de Protección en que sin ser una acción popular, entrega a otras personas, incluso a cualquier persona, la legitimidad activa para incoar la demanda en favor de la persona cuyos derechos fueron lesionados, por lo que no se puede invocar un interés general.

b) Requisitos de Procedencia.

Para poder aproximarnos a los requisitos de procedencia de la Acción Antidiscriminación debemos diseccionar la definición de discriminación que será analizada con mayor detención en el próximo capítulo, pero a modo ilustrativo mencionaremos cuáles son los requisitos que se deben dar para que una persona pueda demandar por esta vía.

- 1) Que se trate de una distinción, exclusión, o restricción.
- 2) Que dicha distinción, exclusión o restricción carezca de justificación razonable.
- 3) Que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes
- 4) Que no se haya ejercido Acción de Protección, Amparo ni Tutela de Derechos Fundamentales por el mismo motivo que se ejerce la Acción de No Discriminación.

Este último elemento no está expresado en la definición de discriminación sino que se encuentra en el artículo 6° de la Ley 20.609, la que señala “no se admitirá a tramitación

la acción de no discriminación arbitraria en los siguientes casos: a) Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo”. De esta manera que expresamente señalada la incompatibilidad de estas acciones.

c) Derecho a no ser discriminado: Concepto de Discriminación utilizado.

La Ley 20.609 se cometi6 la tarea de establecer una definici6n de discriminaci6n arbitraria y en su art6culo 2 se6ala: “Definici6n de discriminaci6n arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminaci6n arbitraria toda distincion, exclusi6n o restriccion que carezca de justificaci6n razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privaci6n, perturbaci6n o amenaza en el ejercicio leg6timo de los derechos fundamentales establecidos en la Constituci6n Pol6tica de la Rep6blica o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situaci6n socioecon6mica, el idioma, la ideolog6a u opini6n pol6tica, la religi6n o creencia, la sindicaci6n o participaci6n en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientaci6n sexual, la identidad de g6nero, el estado civil, la edad, la filiaci6n, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categor6as a que se refiere el inciso anterior no podr6n invocarse, en ning6n caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden p6blico.

Se consideraran razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio leg6timo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los n6meros 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del art6culo 19 de la Constituci6n Pol6tica de la Rep6blica, o en otra causa constitucionalmente leg6tima”.

El legislador escogi6 algunas variables para incorporar en su definici6n, la primera de ellas son las modalidades que puede ocupar la discriminaci6n, es decir “toda distincion, exclusi6n o restriccion”, todas las cuales se pueden dar en el 6mbito p6blico o privado y adem6s se pueden dar por acci6n o por omisi6n. Como segunda variable la ley

establece “y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales” abarcando así distintos momentos en los cuales puede producirse la discriminación, tal como lo hace el Recurso de Protección que tiene una idéntica redacción en este aspecto.

A continuación esta definición entrega, al igual que el artículo 2 del Código del Trabajo un listado de categorías sospechosas, que han sido ya definidas en el capítulo segundo y en este mismo capítulo a propósito del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, en el caso de la Ley 20.609 el catálogo de categorías es un poco más extenso que el del artículo 2 del Código del Trabajo. No obstante ser un catálogo más amplio, siempre existen situaciones no contempladas dentro del catálogo para lo cual se podría producir una discusión similar a la ocurrida en virtud de las categorías sospechosas en sede laboral sin embargo, en este caso hay una diferencia crucial, este procedimiento no contempla la existencia de prueba indiciaria, por lo que no habría, en principio, un traslado de la carga probatoria y por lo tanto sería más fácil adherir a la idea de que toda categoría, ya sea que esté incluida en el listado del artículo 2 o no debe tener el mismo tratamiento y debe soportar la misma carga probatoria, sin que las categorías señaladas gocen de una presunción especial de ilicitud, sino más bien hagan evidentes aquellos casos más emblemáticos de discriminación. Aun así, los argumentos expuestos por una y otra parte respecto del significado y finalidad de la existencia de ciertas categorías sospechosas para efectos de determinar quién debe soportar la carga de la prueba son perfectamente aplicables a la Acción Antidiscriminación especialmente considerando que en la definición de discriminación señala que “se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable” estableciendo la razonabilidad como elemento que legitima una distinción de trato, sacándola de la categoría de discriminación, a la vez que indica “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima” de manera que consagra también la proporcionalidad como elemento exonerador. Y en este caso la proporcionalidad es vista de manera más explícita, toda vez que indica cuáles son los derechos fundamentales que podrían estar en pugna con el derecho a la no

discriminación, quedando lógicamente, entregada la decisión al juez según el peso de los argumentos y de las pruebas presentadas.

d) Carga de la Prueba.

En el caso del procedimiento establecido en la Ley 20.609 se aplican las reglas generales del Onus Probandi, no existiendo regla especial al respecto y operando plenamente la consagrada en el artículo 1698 del Código Civil, al igual que lo ocurrido con el Recurso de Protección.

Es curioso que no se haya establecido ninguna forma de disminución probatoria y claramente es lo que produce que este procedimiento se encuentre en desventaja versus el Procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

e) Sentencia y finalidad del procedimiento.

Si se declara la existencia de una discriminación arbitraria, se dejará sin efecto el acto discriminatorio, se dispondrá que no sea reiterado o se ordenará que se realice el acto omitido, fijando en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. También se podrán adoptar otras providencias que se consideren necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho y para asegurar la debida protección del afectado. Además se aplicará una multa que puede ir desde cinco a cincuenta Unidades Tributarias Mensuales, a beneficio fiscal.

Por el contrario si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, se aplicará al demandante una multa de dos a veinte Unidades Tributarias Mensuales a beneficio fiscal.

Esta acción, al igual que el Recurso de Protección, no tiene la finalidad de reparar pecuniariamente el daño causado al demandante en caso de verificarse la ocurrencia de actos discriminatorios, sino tiene la finalidad expresa de reestablecer el imperio del derecho, lo que como mencionamos respecto del Recurso de Protección para efectos de su aplicación en el ámbito laboral puede muchas veces significar al reincorporación a su trabajo y rodearse de las personas que ejercieron la discriminación, este resultado puede

ser buscado para algunas personas pero es de esperar que para la mayoría no sea así. De todas maneras se puede buscar una compensación por la vía de educar y extender el conocimiento respecto de las circunstancias que originaron la discriminación, procurando que ello no vuelva a ocurrir, sin embargo el daño material y moral causado no será reparable por esta vía.

f) Comentarios acerca de la Acción de Antidiscriminación contemplada en la Ley 20.609.

Este mecanismo judicial, relativamente nuevo, se acerca mucho más a las normas estudiadas respecto del Recurso de Protección, y por ello soporta de las mismas deficiencias, lo que a nuestro parecer no resulta ser un avance en la materia, se precisa de algunos cambios sustanciales que ayuden a quien ha sido víctima de discriminación para que este procedimiento sea considerado un avance respecto del estatuto jurídico ya existente antes de su creación.

Podemos ver, en cuanto a su legitimación activa, que ésta se encuentra establecida en los mismos términos que el Recurso de Protección, en cuanto a la carga probatoria, considerando que no existe dentro del procedimiento de la Ley Antidiscriminación norma alguna que disminuya la carga probatoria para el demandante ni tampoco de desplazamiento de la misma, como sí ocurre en el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

También hay similitudes referentes a las prestaciones que el demandante puede llegar a obtener con el ejercicio de la acción ya que al igual que en el Recurso de Protección se trata del restablecimiento del imperio del derecho, que implica la adopción de medidas en particular según el caso concreto, a lo que se puede sumar una multa a beneficio fiscal pero en ningún caso se contempla una indemnización directa para el demandante, a diferencia de lo que antes señalábamos respecto del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

Ahora bien, con respecto al concepto de discriminación arbitraria utilizado por el procedimiento establecido en la Ley Antidiscriminación, encontramos mayores semejanzas con el concepto utilizado en sede laboral, toda vez que esta ley también establece un catálogo de categorías sospechosas, que por cierto es más amplio incluso

que las categorías señaladas en el artículo 2 del Código del Trabajo, y dejando en claro de la misma redacción de la definición de discriminación arbitraria que dicho catálogo no es taxativo, no obstante lo cual, sería igualmente aplicable la discusión doctrinaria que explicamos existe en torno al concepto de discriminación en sede laboral, la existencia de categorías sospechosas y cuál es el sentido de la existencia de dichas categorías que, como ya sabemos, no son taxativas.

CUARTO CAPÍTULO.

I. Presentación de las características de los medios de protección judiciales del derecho a la no discriminación a través de casos.

A continuación expondremos cuatro casos, un Recurso de Protección, dos acciones de Tutela de Derechos Fundamentales y una acción ejercida vía Ley 20.609 en sede civil, con la finalidad de presentar las características de cada uno de estos procedimientos y las comparaciones realizadas entre ellos en el capítulo anterior, esta vez con un enfoque en la aplicación práctica de dichas características y señalando también las particularidades que nos muestran los casos cuidadosamente elegidos para dicha finalidad.

II. Denuncias de Discriminación vía Recurso de Protección

1.- Recurso de Protección 31729-2018 “Palma con Ministerio de Bienes Nacionales” Corte de Apelaciones de Santiago.

a) Resumen de los hechos

En la presente causa don Rodolfo Palma Jazme interpone recurso de protección en contra del Ministerio de Bienes Nacionales, institución a la que habría ingresado a trabajar en junio del año 2014 en calidad de contrata, renovándose de manera sucesiva su vínculo, siendo la última renovación desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre del año 2018. Desde el año 2016 el actor se desempeñó como Jefe de la Unidad de Patrimonio y Territorio dependiente de la División de Bienes Nacionales, siendo evaluado en lista 1 de distinción durante los años 2015, 2016 y 2017.

No obstante lo anterior en el mes de abril del año 2018, la Jefa de la División Administrativa del Ministerio de Bienes Nacionales le notificaron el término anticipado de su contrata por “necesidades del servicios” fundando dicha decisión en que sus “competencias técnicas no dicen relación con el nuevo perfil profesional requerido para el cargo”.

Señala el demandante que la resolución que lo destituye establece que se hace necesario implementar un cambio en la composición de la Unidad que “entre otras medidas, se traduce en la necesidad de modificar la dotación de personal a aquellos que sean estrictamente necesarios y que cuenten con las capacidades idóneas para el cumplimiento de los fines y objetivos encomendados para sus fines propios”. Además señala que la Unidad tendrá un nuevo nombre y un nuevo enfoque por lo que el encargado “deberá ser un profesional con experiencia en materias de manejo y planificación territorial, desarrollo urbano y gestión de proyectos, entre otras”.

Además señala el actor que su profesión es Doctor Arquitecto de la Università La Sapienza, Roma, Italia. Aprobó un Máster en “Arte del Giardini” (Arquitectura del Paisaje) en el Instituto Quasar de Roma, Italia, y es Precandidato al Doctorado Patrimonio Cultural y Ambiental U. de Sevilla – U. Central de Chile, además de haber realizado una serie de diplomados y pos títulos relacionados con Arquitectura, Urbanismo, Planificación y Políticas Públicas.

Es en virtud de lo anterior que el actor señala que no existe motivación para poner fin anticipado a su contrata, agregando que dicho actuar obedece al actuar arbitrario y caprichoso de la autoridad y recurre de protección por vulneración del artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, es decir, el principio de igualdad, ya que ninguna autoridad puede establecer diferencias y discriminaciones arbitrarias.

Por su parte el Ministerio de Bienes Nacionales señaló, tal como señala la sentencia de primera instancia respecto de lo planteado por la denunciada, “que el acto cuya impugnación se persigue ha cumplido íntegramente con el requisito de expresar los antecedentes de hecho y de derecho en que se sustenta la decisión de la autoridad. En efecto, agregó que la política de austeridad a que alude el acto administrativo es un hecho de público conocimiento y los restantes argumentos anotados guardan relación directa con dicha circunstancia, toda vez que las nuevas condiciones presupuestarias del Servicio han obligado a reducir personal, el cual no ha sido reemplazado a la fecha. Además

sostiene la legalidad del acto debido a que la potestad ejercida por la autoridad administrativa para poner término al vínculo que genera para el funcionario la situación a contrata, se encuentra regulada en la Ley N°18.834 sobre Estatuto Administrativo, norma que en su artículo 3° letra c)⁴⁸ establece expresamente que el empleo a contrata es aquel de carácter transitorio, y por tanto, a diferencia del cargo de planta, la contrata se encuentra definida por su duración siempre limitada en el tiempo.

Tras ambas exposiciones la sentencia de primera instancia rechaza el recurso de protección, y la de segunda instancia lo acoge. A continuación revisaremos las pruebas presentadas en primera instancia y la lógica utilizada en cada uno de los fallos –de primera y segunda instancia-. Para finalmente analizar el resultado que tuvo en definitiva el caso, es decir el resultado planteado por la Corte Suprema.

b) Respeto de la prueba presentada.

Es del todo atinente destacar que, a pesar de que en la sentencia no hubo un análisis pormenorizado de la prueba, se puede observar en el procedimiento que sólo se presentó prueba documental por ambas partes acompañada de los respectivos alegatos, que por cierto en ningún caso constituyen prueba alguna. Esta es una de las características que mencionábamos respecto de este procedimiento, toda vez que si bien no se han prohibido otros medios probatorios, los demás medios en específico atentarían contra el espíritu de celeridad que requiere este procedimiento. Además cabe resaltar que en este caso se trata de un trabajador que estaba a contrata y cuyo empleador es un Ministerio y por lo tanto todas las instrucciones, órdenes y determinaciones tomadas por sus superiores deben constar por escrito como resoluciones o en otras modalidades, por lo que resulta un poco más fácil para el trabajador evidenciar de dónde proviene la toma de decisiones del empleador, cuestión que no es tan usual con respecto a trabajadores de una empresa privada, en que el proceso de toma de decisiones está más alejado del trabajador y la ocurrencia de actos discriminatorios se produce de manera aún más encubierta.

⁴⁸ Artículo 3° letra c) del Estatuto Administrativo “Para los efectos de este Estatuto el significado legal de los términos que a continuación se indican será el siguiente: c) Empleo a contrata: Es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución.

c) Delimitación de la normativa aplicable y lógica utilizada por la sentencia de primera instancia

Nos parece adecuada la decisión de la Corte de Apelaciones de exponer cuál es el margen normativo aplicable al trabajador en este caso, es menester mencionar los artículos aplicables pertenecientes al Estatuto Administrativo que por especialidad primarían por sobre el Código del Trabajo. Sin embargo, como se analizará posteriormente, un error del sentenciador de primera instancia fue mirar estas normas sin analizar el caso en particular y realizar un análisis meramente legalista del acto que por el demandante fue considerado como discriminatorio. La Corte de Apelaciones se habría ceñido de manera literal a lo señalado en estas normas que exponemos a continuación sin mirar la profundidad del caso ni realizar exigencia alguna de razonabilidad a la medida adoptada por el Ministerio de Bienes Nacionales.

Así, la sentencia señala “Que para la acertada resolución de esta acción de protección conviene tener presente los siguientes conceptos legales determinados por la ley 18.834: Artículo 3º.- Para los efectos de este Estatuto el significado legal de los términos que a continuación se indican será el siguiente: “Planta de personal: Es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5º”; “Empleo a contrata: Es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución” y “Carrera funcionaria: Es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad”. A su vez, respecto de los cargos a contrata el artículo 9º expresa: “Los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos.”

Luego se establece como un hecho de suma relevancia que “la unidad en la que se desempeñaba el recurrente, referida precedentemente, fue modificada mediante Resolución Exenta 374 de 04/04/2018, pasando a denominarse Unidad de Gestión de Proyectos y Patrimonio, determinándose que su encargado deberá ser un profesional con

experiencia en materia de manejo y planificación territorial y de desarrollo urbano y gestión de proyectos”.

Y en virtud de este hecho, la Corte de Apelaciones desprende la siguiente conclusión: “el acto reclamado se ajustó a derecho, por cuanto el cargo ejercido por Palma Jasme se caracteriza por ser eminentemente transitorio, a diferencia de lo que ocurre con los de planta, por lo tanto la autoridad puede, a su arbitrio, no renovar las designaciones a contrata a la fecha de su expiración, o bien si se dan las condiciones, hacer efectivo el derecho que le otorga la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios””. Indica entonces que a partir de las normas señaladas y atendida la naturaleza del trabajo a contrata la autoridad puede arbitrariamente no renovar las designaciones, es decir, no toma en consideración en lo absoluto el mandato constitucional establecido en los numerales 2 y 16 del artículo 19 de la constitución y se limita a verificar si la naturaleza de la relación es a contrata, y verificada dicha condición, se aplica la ley que le autoriza a despedirlo por “necesidades del servicio”, sin que se exija una justificación razonable para tomar esa decisión, ni tampoco se analice que la razón dada por el Ministerio era al menos dudosa considerando las calificaciones del demandante, que por cierto quedaron probadas mediante la aportación de prueba documental que daba cuenta de sus grados académicos y sus puntajes de desempeño en ese mismo cargo.

Este es un ejemplo de lo que pasaba con la jurisprudencia en esta materia antes de la existencia de la Tutela Laboral, respecto del Recurso de Protección y es también uno de los motivos por los cuales dicho recurso fue tan subutilizado para la protección de derechos inespecíficos del trabajador como el derecho a la no discriminación. La nefasta interpretación legalista de las normas, que importan un análisis vacío en que sólo se evalúa si los hechos se subsumen a la norma para poder afirmar si el despido se adecuó a derecho, implican obviar la misma redacción del artículo 20 que no sólo se refiere a la legalidad del acto u omisión, sino también a su arbitrariedad. Esto es especialmente evidente en torno al despido en sede laboral ya que se obliga al empleador, incluso si el empleador es el Estado o algún ente de derecho público, a dar una justificación razonable para que se efectúe el despido, por lo cual la decisión no puede ser arbitraria.

d) Delimitación de normativa aplicable y lógica utilizada por la sentencia de segunda instancia

Por su parte la Corte Suprema, como veremos a continuación, no se queda con el simple análisis de legalidad que realiza la Corte de Apelaciones para sustentar su decisión y hace un análisis de la exigencia de fundamentación que debió acompañar a la desvinculación del demandante. De hecho, el tribunal de alzada ya en su considerando tercero identifica de mejor manera la postura del demandante al señalar “el actor funda la ilegalidad del acto recurrido en la infracción al deber de motivación establecido en los artículos 11 y 41 de la Ley N°19.880 ratificado por las instrucciones impartidas por la Contraloría General de la República como en los Dictámenes 85.700 de 2016 y 6400 de 2018. Al respecto, resulta efectivo que estas instrucciones establecen que el término anticipado de una designación a contrata dispuesta con la fórmula “mientras sean necesarios sus servicios”, debe materializarse por un acto administrativo fundado, correspondiendo, por tanto, que la autoridad que lo dicta exprese los motivos -esto es, las condiciones que posibilitan y justifican su emisión-, los razonamientos y los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de sustento y conforme a los cuales ha adoptado su decisión”

Justamente en virtud de estas normas la Corte Suprema sentará la obligación del Ministerio de Bienes Nacionales de justificar la decisión de desvincular a un trabajador, ya que en tanto trabajador tiene derecho a que los motivos por los cuales sus servicios ya no son necesarios sean razonables y objetivos.

Para la sentencia de primera instancia el motivo señalado por el Ministerio que indicaba que el actor no reuniría las condiciones del perfil profesional necesario, parecía suficiente justificación, sin atender a las numerosas pruebas que se presentaron para demostrar que el actor estaba suficientemente calificado para desarrollar la función, que por cierto, ya llevaba desarrollando por tres años con las mejores calificaciones. Esta contradicción, entre las calificaciones académicas que demostró tener el demandante en contraposición al motivo esbozado por el Ministerio para la destitución parece ser para la Corte Suprema un indicio suficiente -y esto es lo que nos parece más interesante del caso- que en el desarrollo de las ideas, la Corte Suprema se asemeja mucho más a lo que sucede en sede laboral con el Procedimiento de Tutela, aunque sin aplicar la prueba indiciaria derechamente. A continuación vamos a mostrar las partes de la sentencia que

nos hicieron pensar en que hubo una aplicación de la ley más cercana al Código del Trabajo, situación que nos parece correcta y esperamos que se siga fallando en este sentido. La sentencia en su inciso séptimo señala “Que se ha incurrido entonces en desviación de poder, por cuanto se desprende que el fundamento expuesto en la decisión impugnada no guarda relación con la alta calificación profesional del recurrente, como tampoco su experiencia en el rubro de gestión territorial y de patrimonio, por lo que la referida decisión deviene en carente de razonabilidad, sin perjuicio de fundarse en una reestructuración que se sancionaría mediante una resolución que se dictó con posterioridad al acto de desvinculación del recurrente”. Queda de manifiesto aquí que para la Corte Suprema, que el actor haya acreditado tener todas las calificaciones necesarias para el cargo es indicio suficiente de que algo anda mal con la justificación dada para la desvinculación por el Ministerio, acto seguido se exige razonabilidad y objetividad a la destitución, considerando, la Corte Suprema, que el Ministerio no pudo dar una justificación razonable para su actuar, no siendo más que una desviación de poder.

Finalmente la sentencia reafirma lo que ya habíamos señalado respecto de la falta de fundamentación de la decisión del Ministerio y confirma que la necesidad de justificación que se le exige al Ministerio viene dada por lo señalado en la Ley 19.880.

e) Medidas tomadas para el restablecimiento del derecho por la Corte Suprema

En definitiva, la Corte Suprema indica que “se revoca la sentencia apelada de diez de julio de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección deducido por Rodolfo Eliseo Palma Jazme, en contra del Ministerio de Bienes Nacionales, por lo que se deja sin efecto la Resolución Exenta N°324/290/2018 de fecha 2 de abril de 2018, debiendo reincorporarse al actor a sus funciones y procederse al pago de todas las remuneraciones devengadas desde su separación del servicio” La medida tomada por la Corte para reestablecer el imperio del derecho es la reincorporación del trabajador a sus funciones y además el pago de las remuneraciones por el período intermedio, atendido que lo consideró un acto arbitrario e ilegal. Aquí encontramos una diferencia sustancial con el Procedimiento de Tutela dado que el trabajador en este caso no podía optar a la reincorporación o al pago de las indemnizaciones correspondientes con sus respectivos recargos, sólo se pide que se declare la ilegalidad del acto y declarada ella, se reincorpore al trabajador a sus funciones.

III. Denuncias de Discriminación vía Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador

1. Causa Rit T-134-2017 “Páez con Universidad de La Serena” del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena

a) Resumen de los hechos

En esta causa comparecen como denunciantes 24 funcionarios académicos de la Universidad de La Serena, todos quienes habrían ingresado a trabajar en dicha institución en distintas fechas pero cuya característica común es el hecho de haberse acogido al sistema de pensiones por vejez. La particularidad de la jubilación de dichos funcionarios radica en que previo a tomar la decisión de acogerse al sistema de pensiones por vejez, los académicos y denunciantes en estos autos consultaron a las autoridades correspondientes en el área de Recursos Humanos de la Universidad acerca de la posibilidad de seguir trabajando como académicos una vez que se jubilaran, a lo que la Universidad contestó de manera afirmativa emitiendo certificados donde consta que no estaban sometidos a la normativa de los artículos 149⁴⁹ y 162 letra a)⁵⁰ de la Ley N°18.834, es decir se certificó que el hecho de jubilarse no constituía causal de cese de sus funciones en la Universidad.

No obstante lo anterior, es señalado por los denunciantes que la Resolución de Acreditación de la Institución N°395 de la Comisión Nacional de Acreditación, de 14 de diciembre de 2016, indica que el rango etario de los profesores hace inminente que la institución disponga de una política de recambio y señalan a la vez los denunciantes que la Universidad en lugar de diseñar esta política de recambio, les desconoció la calidad de funcionarios en forma retroactiva desde el momento en que se habían pensionado, decidiendo en base a sus edades de forma discriminatoria y arbitraria. También se afirma

⁴⁹ El artículo 149 de la Ley N°18.834 indica “El funcionario que jubile, se pensione u obtenga una renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo público, cesará en el desempeño de sus funciones a contar del día en que, según las normas pertinentes, deba empezar a recibir la pensión respectiva”.

⁵⁰ El artículo 162 letra a) de la Ley N°18.834 señala “Los funcionarios que ejerzan las profesiones y actividades que, conforme al inciso segundo del artículo 43 de la ley N° 18.575, se regirán por estatutos de carácter especial, serán los siguientes: a) Académicos de las instituciones de Educación Superior”.

que aquellos funcionarios que tenían calidad de Directores de algunos de los Departamentos de la Universidad cesaran en sus cargos de manera inmediata.

Por su parte, la Universidad de La Serena expone en su defensa, los siguientes hechos, señala que en el mes de mayo del año 2017 el abogado de la Universidad fue consultado por un directivo sobre la aplicación de la Ley de Incentivo al Retiro y que dicho directivo le informó que estaba jubilado al igual que varios de los académicos en funciones, información que posteriormente habría sido puesta en conocimiento del Contralor Interno de la Universidad y que siguiendo el conducto regular habría sido puesta en conocimiento de la Contraloría Regional y a la Superintendencia de Pensiones.

A continuación indican que la contraloría Regional dispuso que se debía dictar a la brevedad un acto administrativo formal que señalara que todos estos académicos habían cesado sus funciones al obtener sus pensiones de jubilación, lo que se hizo efectivo con la dictación de la resolución que ya los denunciantes mencionaron en la denuncia. Finalmente y en resumen, se niega por parte de los denunciados un trato discriminatorio ya que no sería la edad de los denunciantes lo que provocó el cese de funciones sino el hecho de haberse acogido a un régimen previsional determinado.

b) Respetto de la prueba presentada.

Resulta bastante evidente en este caso, y atendido el número de denunciantes, que la principal prueba presentada fue documental. Esto también se produce dado que la Universidad de La Serena es una Corporación de Derecho Público y por lo tanto debe emitir Oficios y Resoluciones que son Públicas y a las cuales pueden tener acceso los trabajadores, así como también Certificados de Actas de la Junta Directiva de dicha Institución en la que se plasmaron las discusiones que ahí ocurrieron. Estas herramientas fueron claves para que posteriormente la jueza pudiera tener una determinada postura frente al caso y lograra cierto nivel de convencimiento respecto de los hechos expuestos por los denunciantes, sin embargo estas herramientas no existen en todos los casos y muchas veces no existe registro alguno de las decisiones tomadas por el empleador, siendo un punto ciego respecto del cual el juez no podrá formarse una opinión tan fácilmente. Esto es de suma importancia si recordamos que en este procedimiento existe el sistema de la prueba indiciaria y es necesario que para invertir la carga probatoria el juez o la jueza considere que existen indicios suficientes de que se han transgredido los

derechos señalados por el trabajador en la denuncia, más adelante se verá nuevamente en la sentencia analizada.

c) Delimitación de la normativa aplicable a los trabajadores como funcionarios públicos.

En primer lugar la jueza en el considerando octavo indica que “respecto al régimen jurídico aplicable a los docentes denunciados, cabe recordar que según el artículo 1° del DFL N° 158, la Universidad de La Serena es una corporación de derecho público, autónoma, con patrimonio propio. Por su parte, el artículo 43 de este cuerpo legal dispone que los funcionarios de la Universidad, sean académicos o administrativos, serán empleados públicos y estarán regidos por este Estatuto, las ordenanzas de la Junta Directiva, las Leyes que les sean aplicables por referencia directa a la Universidad y por el artículo 389 letra c del DFL N° 338 de 1960”, para posteriormente cerrar dicho considerando indicando que “Así las cosas, la remisión que el artículo 162 de la Ley 18.834 hace al artículo 43 de la Ley N° 18.575, nos permite afirmar que los académicos de la Universidad de La Serena, se rigen en primer término por su propio Estatuto contenido en DFL N° 158 y en lo no previsto por éste, se sujetan a las normas del Estatuto Administrativo”. Nos parece que el tribunal hizo lo indicado utilizando esta técnica argumentativa y comenzando por delimitar la normativa aplicable al caso para comenzar a dilucidar qué es lo que debió pasar con los trabajadores al tomar la determinación de jubilar y luego contrastarlo con lo que efectivamente sucedió para poder fallar al respecto. En virtud de lo señalado en el considerando octavo, se indica en el considerando noveno que a la luz del artículo 149 del Estatuto Administrativo, los académicos debieron haber cesado en sus funciones al jubilar y señala además que el certificado emitido por la Universidad en el sentido de excepcionar a los trabajadores de dicha norma no pudo haber tenido la virtud de excepcionales efectivamente ya que ningún certificado de esta naturaleza podría dejar una Ley sin aplicación.

Ahora bien, sentada la normativa que debió aplicarse de manera correcta desde un principio, esta sentencia pasa a tratar el tema de la discriminación y cómo se vislumbra en este caso que en los hechos tuvo además una nefasta aplicación del Estatuto Administrativo.

d) Acerca del concepto de discriminación.

Así las cosas, con respecto a la denuncia de vulneración de la Garantía de la no discriminación indica: “Y a este respecto cabe señalar, que el artículo 485 del Código del Trabajo, luego de enumerar los derechos de diseño constitucional protegidos por la acción de tutela laboral, añade como conducta lesiva de derechos fundamentales, y por tanto, como acreedora de este procedimiento, los actos de discriminación a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo. En esta línea de ideas, podemos afirmar que 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” (El Derecho a la no Discriminación en el empleo, Eduardo Caamaño Rojo)”. Desde este momento la sentencia en estudio empieza a delimitar el concepto de discriminación a la vez que lo convierte en algo más concreto, señalando también lo que ya indicamos en este trabajo con respecto al concepto de derecho de discriminación que protege el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales que incluye la protección de la igualdad ante la ley y en el contenido de la ley, centrándose en la prohibición de hacer distinciones que carezcan de una fundamentación objetiva y razonable.

A continuación se expone en la sentencia “Y como corolario de todo lo anterior, el artículo 2° del Código del Trabajo, sin ser una norma taxativa, viene a reforzar aquellas áreas más comúnmente afectadas por actos de discriminación, entre las que se incluye la edad, es decir, justamente el factor que denuncian los demandantes como el verdadero fundamento de su desvinculación, al ser personas ya mayores”. Nos parece muy interesante cómo la jueza en este párrafo señala la postura mayoritaria con respecto a la taxatividad del artículo 2° del Código del Trabajo, indicando que esta norma NO es taxativa, a pesar de que no era necesario para este caso, toda vez que la edad sí es una de las categorías sospechosas presentadas en dicho artículo. Nos parece del todo adecuado que se vaya planteando en todas las sentencias de manera que se pueda unificar esta postura, y cada vez menos jueces excluyan ciertos tipos de discriminación sólo por el hecho de no estar consagradas como categorías sospechosas en el Código del Trabajo.

e) Aplicación del sistema de Prueba Indiciaria

Posteriormente en esta sentencia, la jueza del trabajo pasa a analizar lo planteado por la Universidad de La Serena en su defensa, en cuanto a que sólo tuvo conocimiento de que había funcionarios en ejercicio que ya habían jubilado por hallazgo al consultarlo con el abogado de la Institución, y al respecto es clara en señalar que la Universidad no sólo conocía esta situación sino que además había aceptado expresamente la compatibilidad de ella con la permanencia en las funciones de los trabajadores, en virtud de lo señalado en los certificados emitidos por la Institución. Señala el punto décimo cuarto: “Como primera conclusión en este punto, y en virtud del efecto que ha tenido el otorgamiento de los certificados tantas veces mencionados, donde la Universidad de La Serena sostuvo que la causal de cese de funciones como consecuencia de pensionarse por vejez no resultaba aplicable a los docentes (certificado que no podemos olvidar que se otorgó justamente para que estos docentes iniciaran sus trámites de jubilación y obtención de pensiones) podemos decir que no es posible dar crédito a la tesis de un “hallazgo” de información que los llevó a realizar consultas en la Contraloría General de la República, limitándose a seguir las instrucciones del órgano contralor en orden a dictar un acto formal de cese de funciones.

Y no es posible dar crédito a esta tesis por la simple razón de que no existe tal hallazgo: tal como ya hemos señalado, el hecho de extender los certificados dando cuenta de una política de aceptación de la continuidad docente pese a la obtención de pensiones por vejez es una prueba irrefutable de conocimiento **y por lo tanto lo que la Universidad nos tendría que haber explicado, son las razones por las cuales después de tanto tiempo de aplicar esta política, que no puede ahora desconocer, decide simplemente cambiar de criterio y poner fin a los servicios de los denunciantes”**.

Nos parece de suma importancia esta parte de la sentencia en relación a todo lo ya señalado en el capítulo anterior respecto de la prueba indiciaria en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, en primer lugar porque resulta un poco más claro cómo para el juez la apreciación respecto de la existencia de indicios suficientes para hacer el traspaso de la carga probatoria se hace ex post, es decir una vez que se han presentado todas las pruebas, se han revisado y analizado, de manera que al ver el conjunto de la prueba sea posible determinar si es necesario que el denunciado justifique su actuar de una manera objetiva y razonable; y en segundo lugar, porque evidencia no sólo en qué momento debe realizar este análisis sino también cuál es el razonamiento del

juez o cuáles son los elementos que debe considerar para efectos de determinar la existencia de indicios suficientes que inviertan la carga de la prueba y que hagan posible exigir del denunciado una justificación objetiva y razonable de sus actos.

De hecho, lo anteriormente señalado es aún más evidente en el siguiente considerando: “**DÉCIMO QUINTO:** Que, siguiendo esta línea de razonamiento podemos sostener, como segunda conclusión, que la Universidad no solamente no nos ha brindado esta explicación, sino que muy por el contrario, tenemos indicios suficientes en orden a que el cese de funciones efectivamente está motivado por la edad de los docentes que ahora reclaman:

1.- Informe de Acreditación: Según se lee en Resolución N° 395 de 14 de diciembre de 2016, la Comisión Nacional de Acreditación, ya en esa fecha, advertía a la Universidad de La Serena que el rango etario de los profesores hacía inminente disponer de una política de recambio, añadiendo además que la docencia de pregrado contaba con un cuerpo de académicos calificados, llamando nuevamente la atención sobre el rango etario de éstos (páginas 4 y 17 del citado informe);

2.- Que, según consta en Acta de sesión N° 3 de la Junta Directiva de la Universidad, el día 19 de mayo de 2017, el Vicerrector Académico, en lo que él mismo calificó como una consideración “preventiva” y relacionada con el proceso de acreditación, manifestó que había miles de doctores del Programa Becas Chile que estaban retornando al país intentando insertarse en las instituciones de educación superior, añadiendo que las estadísticas demostraban que las personas jóvenes estaban produciendo mucho más;

3.- Que, por otra parte, llama mucho la atención la forma en que la Universidad ha pretendido (sin éxito por cierto) alegar que desconocía absolutamente que en su planta de funcionarios había personas pensionadas. En este punto, cabe recordar que el asesor jurídico de la Universidad afirma, en la contestación de demanda, que a comienzos del mes de mayo de 2017 un directivo superior le consultó por los procesos de incentivo al retiro y le manifestó que estaba pensionado, al igual que muchos otros docentes. Añade el asesor jurídico que esta información, que desconocían, fue puesta en conocimiento del Contralor Interno quién inició una investigación interna”.

Señalando a continuación dicho considerando que no resulta verosímil la forma en que la Universidad habría tomado “conocimiento” de la situación en la que se encontraban

algunos de sus trabajadores especialmente porque las fechas presentadas por la denunciaba no se condecían.

Así, en el considerando Décimo Sexto y relacionado con lo recién expuesto, creemos que la sentencia es muy acertada al señalar: “Que, si bien en apariencia, estos indicios pudieran parecer débiles, no podemos perder de vista la naturaleza de este procedimiento. Cuando hablamos de vulneración de garantías fundamentales, los autores de tal trasgresión actúan de manera encubierta, solapada, hipócrita, ocultándose frecuentemente bajo la forma de una actuación aparentemente lícita”. Para terminar señalando “En este contexto, resulta innegable que la discriminación se mueve entre la sombras, asesta sus estocadas en la penumbra de los espacios más personales, donde se asegura de no tener testigos y esto hace que sea extremadamente difícil encontrar prueba directa de discriminación y lo normal será entonces la existencia de un conjunto de circunstancias menores, detalles, hechos sospechosos, sin explicación, que constituyan indicios de que efectivamente la acción discriminatoria existe, situación que obliga al acusado de discriminación a explicar su conducta de modo suficientemente razonable para eliminar ese “aroma” de incorrección”. Con estas últimas consideraciones con respecto a la prueba indiciaria esta sentencia da en el clavo con respecto a cómo los jueces deben enfrentarse a la prueba en un procedimiento como es el de Tutela de Derechos Fundamentales, especialmente en atención a las dificultades probatorias que puede tener el trabajador, a qué implica que el trabajador logre presentar indicios de la existencia de un acto discriminatorio y hacer tangible el beneficio que este procedimiento le entrega al trabajador. Recordemos que ésta característica del procedimiento es una de las principales para lograr que exista una tutela real y efectiva del trabajador en la materia.

Finalmente la sentencia declara que hubo discriminación por edad en este caso y pasa a hacerse cargo de las peticiones concretas de los denunciantes como veremos a continuación.

f) Respecto a las peticiones concretas de los denunciantes.

Nos parece importante destacar a este respecto que algunos de los denunciantes solicitaron la reincorporación a sus labores pero, dadas las características especiales de este caso, y las normas del Estatuto Administrativo que son aplicables, no fue posible para la sentenciadora tomar esta determinación. Ello se explica en el considerando vigésimo sexto: “Que, desde otro punto de vista, cabe recordar que la gran mayoría de los

denunciantes optó por pedir la reincorporación en lugar del pago de indemnizaciones (audiencia de 4 de abril de 2018). A este respecto, el artículo 489 del Código del Trabajo le otorga al trabajador un derecho de opción cuando el despido discriminatorio sea declarado grave, pudiendo elegir entre la reincorporación o el pago de indemnizaciones.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, no se accederá a las peticiones de reincorporación desde que ello implicaría ordenar la comisión de un acto ilegal, lo que resultaría completamente improcedente. En efecto, ya hemos concluido que la obtención de pensiones por vejez efectivamente provocó el efecto previsto en el Estatuto Administrativo, perdiendo los denunciantes su calidad de empleados públicos y también hemos dicho que al no existir norma especial que solucionara esta particular situación, debíamos recurrir al Estatuto común de los trabajadores, que no es otro que el Código del Trabajo. Pero una cosa es recurrir a este Estatuto común como única vía para calificar servicios ya prestados y además terminados, y otra muy distinta sería mantener la irregular situación contractual provocada por la propia Universidad de La Serena, al mantener docentes que luego del cese no se ajustaban ni al personal de planta, ni a las contrataciones ni a los servicios a honorarios”. De esta manera si bien existe para el trabajador la posibilidad de optar entre la indemnización y la reincorporación, en este caso sólo era posible para los trabajadores obtener la indemnización.

g) Lo resolutive de la sentencia.

Así las cosas, se resuelve en esta sentencia:

- I. Que la Universidad de La Serena vulneró la garantía de no discriminación;
- II. Se obliga a la denunciada a pagar una indemnización equivalente a once remuneraciones respecto de cada denunciante;
- III. Que la Universidad de La Serena deberá organizar una ceremonia de despedida formal de los docentes denunciantes;
- IV. Que la Universidad de La Serena deberá realizar una charla sobre la garantía de la no discriminación, resultando obligatoria la asistencia de los señores Rector y Vicerrector de la Universidad;

- V. Que siendo además incausados los despidos deben pagar la indemnización sustitutiva de aviso previo y la indemnización por años de servicio con la reajustabilidad del artículo 172 del Código del Trabajo.
- VI. Se condena al pago del feriado proporcional;
- VII. Incrementos según artículo 63 y 173 del Código del Trabajo.

Una de las características de este procedimiento es que existe una forma pecuniaria de resarcir el daño que se hace efectiva en esta sentencia a través de la indemnización por once remuneraciones, además de esta determinación por parte del juez es bastante ejemplar la sentencia al indicar además otras formas de enmendar el daño moral, esto es, a través de una ceremonia de despedida formal de los docentes y, por otra parte, una forma de educar y generar conciencia en torno a la discriminación obligando a la Universidad de La Serena a realizar una charla sobre la garantía de la no discriminación. La variedad de medidas que se puedan adoptar, sumado a la posibilidad del trabajador de recibir una indemnización hacen que en términos de las pretensiones que puede alcanzar el trabajador, este procedimiento sea más fuerte y más eficaz en comparación a los otros dos que han sido estudiados en el presente trabajo.

2. Causa Rit T-71-2017 “Alvear con Ilustre Municipalidad de Lo Espejo” del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel.

a) Resumen de los hechos

Don Álvaro Alvear Figueroa, profesor de Historia y Geografía, interpone, en lo principal, demanda de Tutela de Derechos Fundamentales en contra de la Ilustre Municipalidad de Lo Espejo y señala que desde el año 1988 se desempeñó como docente en el Centro Educacional Cardenal José María Caro, dependiente del Municipio de Lo Espejo, además señala haber sido durante toda su carrera dirigente gremial y en dos oportunidades presidente de la directiva comunal del Colegio de Profesores. Refiere que el año 2010 fue diagnosticado con Cáncer de Linfoma No Hodking, Macroglobulinemia de Waldenstrom, iniciando un proceso de quimioterapia por 6 meses realizando parte de ese

tratamiento en sus vacaciones de enero y febrero y sin utilizar licencia durante dicho periodo con la finalidad de que la municipalidad no aplicara la causal de despido de salud incompatible que indica el artículo 72 letra h) del Estatuto Docente⁵¹. Señala el demandante que si bien debe realizarse un control cada seis meses, su salud le permitió trabajar con normalidad hasta el año 2015, momento en el que debió someterse a una cirugía de su rodilla izquierda, tras lo cual tuvo que hacer reposo por un período prolongado, no obstante regresó a su trabajo antes de lo indicado por el médico con la finalidad de evitar su despido y declaración de vacancia del cargo por la causal antes mencionada.

Así las cosas, en el año 2015 la Sra. Mónica Caroca Vivar inició su gestión de directora del establecimiento donde él se desempeñaba e indica que su relación con los trabajadores era autoritaria, en tanto trasladó a varios docentes y desvinculó a otros que trabajaban a contrata, debiendo él intervenir en varias oportunidades como delegado gremial. Añade que en junio del 2016 en el marco de una movilización nacional se realizó un paro y toma del establecimiento por los estudiantes, correspondiéndole a él acompañarlos en su calidad de asesor del Centro de Alumnos, lo que derivó en que se le acusara formalmente de incitar y apoyar la toma tras lo cual la directora le descontó un día de trabajo como represalia y castigo por apoyar a los estudiantes.

El demandante sostiene haber sido víctima de discriminación por ser delegado y representante del Colegio de Profesores, toda vez que la directora se negara a que él participara de reuniones del equipo de gestión como delegado de escuela.

Relata que posteriormente, el 24 de febrero del año 2017, mientras se encontraba de vacaciones, el Secretario Municipal Subrogante se presentó en su domicilio arrojando un papel en el antejardín que consistía en el decreto y notificación de vacancia de su cargo, notificación que no recibió ni menos firmó. Ante este hecho se dirigió a la

⁵¹ El texto refundido y actualizado de la ley 19.070 llamada “Estatuto Docente” señala en su artículo 72 letra h) lo siguiente: “Los profesionales de la educación que forman parte de una dotación docente del sector municipal, dejarán de pertenecer a ella, solamente, por las siguientes causales: h) Por salud irrecuperable o incompatible con el desempeño de su función en conformidad a lo dispuesto en los artículos 72 bis y 72 ter”. A su vez el artículo 72 bis de la misma norma señala “El alcalde podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, a que se refiere la letra h) del artículo 72, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable”

Inspección del Trabajo para consultar por su situación, tras lo cual se presentó a su lugar de trabajo, acompañado por dos testigos, e ingresó a la oficina de la directora para que se le notificara correctamente de su despido o bien firmar el libro de asistencia, a lo cual la directora respondió que no contaba con el documento que daba cuenta de su despido, el denunciante le pidió que obtuviera dicho documento y que él esperaría en las dependencias del establecimiento. Tras ello, 3 abogados de la municipalidad llamaron a la fuerza pública para proceder a su detención, por cuanto según ellos él ya estaba desvinculado desde una fecha anterior y porque estaba cometiendo el delito de usurpación de función pública, acusándolo a viva voz del ejercicio ilegal de la profesión docente. Llegado el personal policial, se negó a su detención dada la inexistencia de una orden de arresto a su respecto, no obstante la insistencia por parte de los abogados para que el profesor fuera sacado a la fuerza del establecimiento.

Concluye el actor que toda esta persecución y hostigamiento culminó con su desvinculación por salud incompatible, haciendo presente que a la fecha del Decreto alcaldicio del 14 de febrero de 2017 él no cumplía el plazo establecido al efecto en el Estatuto Docente.

Por su parte, la denunciada opuso en primer término la caducidad parcial de la acción de tutela laboral argumentando que los hechos señalados por el actor ocurren en dos momentos distintos, en el año 2015 y después en el año 2017, de modo que a la fecha de interposición de la demanda ya habría transcurrido con creces el plazo señalado en los artículos 486 inciso final y 489 inciso segundo del Código del Trabajo⁵². A continuación la denunciada contesta derechamente el libelo pretensor alegando inexistencia de hostigamiento y discriminación denunciados. Se limita a confirmar que el actor fue despedido por salud incompatible con su cargo e indica que aquella causal se sustenta en el principio de servicialidad y en la imposibilidad de interrumpir el servicio que la Municipalidad tiene la obligación de prestar, señalan de esta forma dar cumplimiento a la finalidad legal de los municipios, sin que exista otro propósito oculto o de persecución a

⁵² Artículo 486 inciso final del Código del Trabajo: “La denuncia a que se refieren los incisos anteriores deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Este plazo se suspenderá en la forma a que se refiere el artículo 168”. Artículo 489 inciso segundo “La denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contado desde la separación, el que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168”.

dicho docente. Señalan como prueba de ello que tal resolución se adoptó respecto de todos los casos de docentes, no docentes y funcionarios del Departamento de Salud a cuyo respecto las respectivas unidades municipales informaron que habían hecho uso de licencias médicas por más de seis meses, en forma continua o discontinua, en los últimos dos años de su desempeño laboral, algunos de los cuales posteriormente habrían presentado solicitud de reincorporación por lo cual dicha decisión en esos casos habría sido revisada y algunos de ellos reincorporados.

En cuanto a la notificación del despido la denunciada señala que no es efectivo que la notificación se le haya entregado en el antejardín sino que se le habría entregado personalmente al actor, quien se habría negado a firmar, por lo que el ministro de fe le dejó copia de la resolución respectiva y de la notificación.

b) Respecto a la prueba presentada.

Se puede apreciar en el caso analizado que los medios probatorios fueron bastante variados e incluyen prueba documental presentada por ambas partes, en este caso, existe bastante prueba documental en virtud de los procedimientos establecidos en el Estatuto Docente, tal como ocurre en los casos en que es aplicable el Estatuto Administrativo. Además en este caso el demandante fue bastante diligente y se dirigió a la Inspección del trabajo cada vez que ocurrían conductas denunciables por parte de la directora, ya sea para denunciar o bien para dejar constancia de la forma de actuar, como por ejemplo al acercarse a dejar constancia de la forma de notificación de su despido. Ahora bien debemos tener presente que esta actitud tan diligente del denunciante se debe a que lleva mucho tiempo siendo Director Gremial y participando del colegio de Profesores, motivo por el cual ha estado apoyando el respeto de los derechos de otros profesionales de su área y tiene los conocimientos suficientes para procurar dejar constancia de las acciones que le parecen contrarias a derecho, lo cual en la mayoría de los casos no ocurre dado que el trabajador no sabe cuáles son las vías por las cuales puede resguardarse, o bien porque su situación de subordinación lo mantiene más bien pasivo frente al actuar del empleador. Además de a prueba documental, ambas partes solicitan absolución de posiciones y presentan testigos.

La demandante además solicita exhibición de documentos y presenta una filmación del día en que llegaron las fuerzas policiales al establecimiento. Recordemos que existe amplitud en las pruebas en este procedimiento y además al ser de lato conocimiento se

dan las instancias necesarias para que todas estas pruebas sean producidas en el juicio, a diferencia de lo que sucedía con el Recurso de Protección.

c) Aplicación del sistema de prueba indiciaria.

Una vez que la jueza separa los hechos denunciados como discriminación dentro de la relación laboral de aquellos relacionados con el despido, y tras declarar la caducidad parcial de la acción respecto de los primeros pasa a plantear los hechos, si ellos quedaron probados y si ellos constituyen indicios suficientes de actos discriminatorios, para luego examinar los argumentos de la denunciada. De hecho en este sentido indica en el considerando undécimo: (tras citar el artículo 493 del Código del Trabajo y señalar la exigencia de que el denunciante presente indicios suficientes) “generada una sospecha razonable en tal sentido, corresponderá a la parte empleadora probar la fundamentación de cualquier medida adoptada y la proporcionalidad de la misma”. Nos parece de suma importancia que la magistrado considere aquí no sólo la razonabilidad de la medida adoptada sino la proporcionalidad, que no sólo indica que la medida sea objetiva y razonable, sino también analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida para ver si el derecho planteado por la denunciada tiene un peso similar o superior al derecho que ha sido transgredido.

A continuación, en el considerando duodécimo señala cuáles hechos han sido debidamente acreditados para poder confirmar o rechazar la existencia de indicios suficientes y para ello es bastante clara y sistemática. Indica que:

- El día 24 de febrero concurrió al domicilio particular del actor el Secretario Municipal Subrogante a fin de notificarle el decreto Alcaldicio que dispuso su desvinculación laboral, sin que el denunciante haya firmado el acta. Estos hechos fueron acreditados con el documento que da cuenta de la notificación y la declaración del testigo que justamente fue el funcionario que realizó la notificación.
- Que los días 1 y 2 de marzo el denunciante concurrió a la Inspección del Trabajo para requerir orientación respecto de su situación. Probados por constancias de comparecencia en la Inspección del Trabajo.
- Que el día 1 de marzo, mientras el actor se encontraba en el establecimiento, llegaron al lugar tres abogados del municipio, quienes requirieron la presencia de funcionario de Carabineros para la detención del actor, imputándole la comisión de

un delito. Hechos acreditados con constancia ante la Inspección del Trabajo, declaración de testigo presencial presentado por la demandante y la filmación realizada esa fecha y exhibida al tribunal en audiencia de juicio.

- Que la desvinculación del actor se produjo por vacancia de su cargo por la causal prevista en el artículo 72 letra h) del Estatuto Docente. Hecho acreditado con las copias del decreto alcaldicio.
- Que en una reunión efectuada en el municipio el Alcalde se comprometió ante diversos dirigentes del Colegio de Profesores a reincorporar a los docentes desvinculados. Hechos acreditados por los testigos de la demandante (dos testigos presenciales).
- Que sólo algunos de los funcionarios fueron reincorporados. Hecho que se comprueba con los decretos que los despiden y luego solo respecto de algunos existe documento de reincorporación.

Como se puede apreciar, la magistrado realiza un listado pormenorizado de todos los hechos acreditados -y los medios por los cuales han quedado acreditados- que constituyen indicios suficientes en los términos exigidos por el legislador en el artículo 493. Resulta interesante que en este caso si bien existe bastante prueba documental, también resulta de suma importancia la prueba testimonial, que en el Recurso de Protección veíamos materialmente imposible de producir, así como el video que se filmó el día que intentaron sacar al profesor del establecimiento por medio de fuerza pública.

Acreditada la existencia de estos indicios cabe preguntarse ahora por la justificación presentada por la denunciada, y a este respecto la sentencia en comento señala: “en su contestación de la demanda, el municipio refirió que el Decreto Alcaldicio que declaró la vacancia del cargo del actor tiene su fundamento en la causal de desvinculación del artículo 72 letra h) del Estatuto docente, y a fin de acreditar dicha aseveración incorporó un documento emitido por el Departamento de Educación Municipal de Lo Espejo. Del examen de dicho instrumento se advierte que en cuanto a su contenido, aquel se contrapone al informe histórico de licencias médicas emitido por la Isapre Consalud en el cual consta que a partir del año 2015 el demandante se le otorgó licencia médica por un total de 177 días, cantidad que es inferior a los 6 meses (180 días) exigidos por la norma antes aludida. Así las cosas, dada la contradicción existente entre los documentos antes

citados esta sentenciadora dará mayor credibilidad a aquel emitido por aquella entidad que es un tercero ajeno al juicio, por tratarse de la institución de salud previsional encargada del pago de los subsidios por incapacidad laboral, todo lo cual redundaría en que la causal esgrimida por la parte demandada para declarar vacante el cargo del actor y desvincularlo no se tendría por acreditada.

Así, al momento de hacer el traslado de la carga probatoria, tras haberse acreditado la existencia de indicios suficientes de la existencia de discriminación, el argumento de la denunciada no fue satisfactorio, la medida no sólo no era razonable sino que realizado el conteo de las licencias médicas por la Isapre Consalud quedó en evidencia que a causal aplicada no correspondía y por lo tanto el argumento de la denunciada era más bien un argumento a favor de la denunciante quien señaló que el verdadero motivo por el cual se le estaba despidiendo era discriminatorio y estaba siendo escondido detrás de la causal del artículo 72 letra h) de Estatuto Docente.

d) Respecto a las peticiones concretas del denunciante.

Con relación a lo expresamente solicitado por la parte demandante en este caso hay dos asuntos que nos parece pertinente tratar. El primero de ellos y de mayor importancia para nuestro trabajo es el hecho de que el denunciante haya solicitado de manera conjunta y como ítems separados la indemnización especial de Tutela de once remuneraciones y una indemnización por daño moral que la denunciante estimó equivalente a \$200.000.000.- Ahora bien, más allá de la cuantía en la que el denunciante estimare el daño moral, lo interesante es destacar que la sentenciadora hace suya la doctrina que señala que la indemnización especial del procedimiento de tutela que va desde 6 hasta 11 remuneraciones no es equivalente a una remuneración por daño moral y por lo tanto no la reemplaza, de hecho, señala en el considerando décimo séptimo respecto de la indemnización por daño moral “la misma no se encuentra establecida en nuestra legislación como una pena o una sanción para el empleador negligente, sino que una compensación al trabajador que ha sufrido un daño...” Caso en el cual se debería probar la existencia del daño, de la vulneración del derecho y de la vinculación o nexo causal entre ellas, siendo este tipo de indemnización un concepto absolutamente distinto al planteado de manera especial en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

e) Lo resolutive de la sentencia.

Antes de entrar derechamente a las prestaciones otorgadas por el sentenciador al demandante, creemos necesario señalar lo que la sentenciadora indicó con respecto a la indemnización por daño moral, y al informe psicológico presentado por la parte denunciante, refiriendo que éste “resulta suficiente para estimar acreditado el sufrimiento y afección psicológica que constituye el daño moral experimentado por el actor a raíz de la vulneración de derechos que sufrió con ocasión de su desvinculación y también el nexo causal entre esta última y tales perjuicios de índole moral, razón por la cual se accederá a dicha pretensión fijando su quantum en la suma de \$3.000.000.-, considerando además que la misma legislación laboral en el procedimiento de tutela otorga al trabajador la posibilidad de demandar otras indemnizaciones que procedan, como a su vez que no puede entenderse que los daños morales podrían estar comprendidos en las indemnizaciones que dispone el artículo 489 inciso tercero del Código del Trabajo” Es decir, esta sentencia del mismo modo que la anterior, adhiere a la postura de que la indemnización de entre 6 a 11 remuneraciones establecida para el Procedimiento de Tutela tiene una finalidad sancionatoria y que por lo tanto hay cabida para la aplicación de una indemnización adicional por daño moral, siempre que éste quede debidamente acreditado, al igual que el nexo causal que lo vincula con el acto discriminatorio.

Finalmente, la sentencia analizada establece en su parte resolutive que:

- I. Que se acoge la excepción de caducidad parcial opuesta por la demandada Ilustre Municipalidad de Lo Espejo.
- II. Que se acoge la denuncia de tutela y se declara que la Ilustre Municipalidad de Lo Espejo ha vulnerado las garantías fundamentales consagradas en el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica y el artículo 2° del Código del Trabajo, respecto del actor.
- III. Que a denunciada, ya mencionada deberá pagar a don Álvaro Alvear as siguientes sumas, por los conceptos que se indican:
 - a) \$11.068.736.- por concepto de indemnización adicional prevista en el artículo 489 inciso tercero del Código del Trabajo
 - b) \$1.383.592.- por concepto de indemnización sustitutiva del aviso previo

- c) \$15.219.512.- por concepto de indemnización por años de servicio (11)
- d) \$3.000.000.- por concepto de indemnización por daño moral

IV. Denuncias vía Acción de no Discriminación de la Ley 20.609.

1.- Rol C-1901-2014 “Riesco con Paul” del 1° Juzgado Civil de Chillán.

a) Resumen de los hechos

Comparece como denunciante doña María Rebeca Riesco, abogada de la Universidad de Concepción, quien señala tener el grado de Magíster en derecho de la misma Universidad. Indica también que tiene una discapacidad visual genética y de carácter progresivo llamada “retinitis pigmentosa”, por lo que actualmente su visión es muy escasa, y ha sido diagnosticada como ciega, sin que esto le haya impedido desarrollarse en el área laboral. El 1 de marzo de 2011 ingresa al Servicio de Salud de Ñuble como abogada, asesora del Director del Servicio de Salud de Ñuble. La actora señala que, consciente de su discapacidad, el Director del Servicio autorizó la adquisición de un computador para su uso personal, el cual tiene un software que permite leer en voz alta todos los documentos que se encuentran en archivos Word, Excel y la navegación por internet, como también enviar y recibir correos electrónicos leyendo también los documentos que digita. Además de lo anterior se autorizó la contratación de una persona que tenía por función ser su asistente personal, y que dentro de sus tareas se contemplaba la lectura de los documentos que le llegaban en soporte papel y también la lectura de los documentos que debían salir con su firma, además de acompañarla a reuniones, tomar nota, manejar su agenda, acompañarla a capacitaciones y otras actividades.

Además señala la denunciante que con fecha 25 de abril del 2011, el Director del Servicio le encomienda la función de Subdirectora de Recursos Humanos del Servicio de Salud, en dicho cargo, a juicio de la actora, la necesidad de la asistente personal y del computador con el software ya indicado fue cada vez más necesaria y vital.

En el año 2013 la denunciante señala haber ganado un concurso público para el cargo de Jefe del Departamento, con funciones de Subdirector de Recursos Humanos, cargo que aceptó con fecha 4 de noviembre de 2013.

Indica la demandante, que con ocasión del cambio de gobierno, el día 17 de marzo de 2014 asume la dirección del Servicio de Salud don Iván Paul Espinoza, quien con misma fecha procede a destinarla como asesora jurídica de la Subdirección de Recursos Físicos y Financieros del Hospital Clínico Herminda Martín de la ciudad de Chillán y consecuentemente con ello le informa de la pérdida de parte de su remuneración consistente en una asignación por funciones críticas, ya que dicha asignación se había otorgado en razón de desempeñar la función de Subdirectora de Recursos Humanos y no la de asesora jurídica.

La denunciante hace presente que en esa misma oportunidad se le señala que la destinación no puede implicar el contar con una asistente, como la que disponía en la Dirección del Servicio de Salud, siendo su fundamento el que en el Hospital Herminda Martín hay dos funcionarios que son no videntes y que ninguno de ellos cuenta con asistente personal. Frente a este hecho, consultó al Director del Hospital Clínico Herminda Martín y al Subdirector de Recursos Físicos y Financieros si podía contratar por su cuenta una asistente, a lo cual accedieron en forma verbal, y sin embargo cuando contrató a la persona le informan que por un tema legal y reglamentario argumentado por la abogada del Hospital, no es posible autorizarla a que se desempeñe como su asistente.

Por su parte la demandada señala que “la destinación de la funcionaria no tuvo otras razones que la legítima atribución legal de toda autoridad de organizar el trabajo y los equipos que lo lleven a cabo, considerando las necesidades y requerimientos de la institución” y agrega “Por otro lado, la destinación de la funcionaria recurrente es una facultad del jefe superior del servicio, por lo que no requiere su consentimiento”, lo que se encontraría ratificado por la contraloría en varios dictámenes. Señalan también como argumento que la institución había adquirido un computador especial, de alto costo, con todas las características que se señalan en la demanda, para que cubriera las necesidades derivadas de su limitación visual. Indican además como defensa que la actora pasó un período de tres meses sin contar con una asistente y pudo desarrollar su labor con total normalidad.

En cuanto a la diferencia de sueldo que habría con el nuevo cargo de la actora tras la destinación al hospital de Chillán la demandada señala que se le mantuvo la remuneración del cargo de jefe del departamento de que era titular en virtud de concurso público.

b) Delimitación de la normativa especial aplicable al caso.

En este caso en particular, además de las normas sobre discriminación que hemos analizado latamente en este trabajo, existe normativa especial en dos sentidos, por una parte son aplicables las normas del Estatuto Administrativo y la Ley Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado por tratarse de una funcionaria pública y por otra parte, dado que la discriminación alegada es a causa de una discapacidad física es aplicable la Convención sobre Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por Chile, y la Ley 20.422 que establece normas sobre la igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Estas últimas normas van a ser esenciales para efectos de determinar la existencia de discriminación toda vez que imponen un deber al Estado en cuanto a adoptar medidas de acción positivas con la finalidad de integrar a las personas discapacitadas a la vida laboral.

Pasaremos a revisar los artículos en específico que resultan relevantes para el caso en comento. En primer lugar nos vamos a referir a su situación como funcionaria pública, y a este respecto señalar que efectivamente la destinación de los funcionarios públicos es una facultad del Jefe Superior del Servicio respectivo y no requiere consentimiento del funcionario público, ello se encuentra amparado por el artículo 73 del Estatuto Administrativo⁵³, no obstante cabe señalar que claramente la norma indica que el funcionario debe quedar en un puesto de trabajo con la misma jerarquía; en el artículo 23 letra g) del DFL 1/2005 que crea, entre otros, el Servicio de Salud⁵⁴; y en el artículo 46

⁵³ Artículo 73 del Estatuto Administrativo: “Los funcionarios sólo podrán ser destinados a desempeñar funciones propias del cargo para el que han sido designados dentro de la institución correspondiente. Las destinaciones deberán ser ordenadas por el jefe superior de la respectiva institución. La destinación implica prestar servicios en cualquiera localidad, en un empleo de la misma institución y jerarquía.

⁵⁴ Artículo 23 g) del DFL 1/2005: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los Títulos IV y V de este Capítulo, para el desempeño de sus funciones el Director tendrá, entre otras, las siguientes atribuciones: g) Designar a los funcionarios, poner término a sus servicios y, en general, ejercer respecto del personal todas las facultades que correspondan a un jefe superior de servicio

inciso 3° de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado⁵⁵.

Entonces si bien la facultad del Jefe del Servicio encuentra sustento en la normativa ya señalada, no es menos cierto que el mismo Estatuto Administrativo le impone a dicha jefatura desempeñar sus funciones de forma ecuaníme y además velar por que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios, tal como lo indica el artículo 64 letra C de dicho Estatuto⁵⁶.

Ahora bien, por otro lado y como ya lo mencionamos, existe normativa que será clave para el resultado de este caso, nos referimos a la Convención sobre Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por Chile, que en su artículo segundo indica lo que se entenderá por discriminación por motivos de discapacidad señalando “Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” y por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Resulta evidente, tras habernos interiorizado en el caso a través del resumen de los hechos, cómo esta norma es de suma importancia para determinar la existencia o no de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación. Creemos que es un acierto a ratificación de este tratado por el Estado Chileno ya que parte de la

descentralizado; sin perjuicio de las atribuciones del Presidente de la República, respecto de los funcionarios de su exclusiva confianza”.

⁵⁵ Artículo 46 inciso 3° de la Ley 18.575: “Los funcionarios públicos sólo podrán ser destinados a funciones propias del empleo para el cual han sido designados, dentro del órgano o servicio público correspondiente”.

⁵⁶ Artículo 64 letra c del Estatuto Administrativo: “Serán obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas las siguientes: c) Desempeñar sus funciones con ecuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios.

lucha contra la existencia de discriminación implica un compromiso más allá de la mera obligación negativa en cuanto a la discriminación, generando una obligación positiva, una obligación de hacer para el Estado en esta materia. En el caso en estudio se produjo la conjugación de dos elementos que configuraron la aplicación de esta Convención, sin embargo si el caso no se tratara de una funcionaria pública la norma que establece una obligación positiva en cuanto a la no discriminación no sería aplicable ya que sólo establece dicha obligación al Estado y no a particulares.

En el mismo sentido, la Ley 20.422 en su artículo 6 letra a) señala como discriminación: “Toda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico”. A su vez, el artículo 7 del citado cuerpo legal, dispone que se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positivas orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”.

Así las cosas, entendemos necesario evidenciar el importante rol que tuvo la existencia de norma especial respecto de este caso, toda vez que, sin lugar a dudas, el fallo de los presentes autos atendió a lo dispuesto en leyes especiales establecidas en favor de personas con discapacidad, tal y como se consignó en la sentencia en análisis. En este sentido sostenemos que la “Convención sobre personas con discapacidad” así como la Ley n° 20.422 “Que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad” al establecer que la denegación de lo que se denominan “ajustes razonables” (o no adoptar medidas de acción que tengan la finalidad de compensar las dificultades de una persona con discapacidad) implican una forma de discriminación, vino a resolver la dificultad que implica usualmente para el juez determinarlo con su sola prudencia, debiendo éste, por tanto, únicamente calificar dicha conducta como arbitraria o razonable según los hechos expuestos por las partes.

En el caso en cuestión nos encontramos ante uno de los casos de discriminación por indiferenciación, uno de los tipos de discriminación que observamos en el capítulo segundo y que encuentra su fundamento en el concepto de igualdad concreta, el cual ordena aplicar una norma considerando la situación específica del o los sujetos

involucrados. Así, se generará este tipo de discriminación “cuando no se trata de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas o grupos de personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas” (Rey Martínez, 2012, p. 292). Justamente como ocurre con el caso en comento, la demandante se encuentra en una situación distinta a sus pares, es decir las demás personas en su mismo cargo, o alguna jefatura o cargo similar, no tienen la discapacidad visual que ella; y por otro lado, las personas que sí tienen discapacidad visual en el mismo establecimiento desarrollan actividades completamente distintas y por lo tanto en términos de las circunstancias concretas, no son equiparables.

c) Acerca de la prueba presentada.

En el caso Riesco con Paul se presentaron pruebas de variados tipos, siendo la principal la prueba documental, que como ya hemos dicho, es un poco más fácil de procurar para el caso de los funcionarios de la administración atendido que la forma oficial de comunicación con los trabajadores es escrita por medio de resoluciones, decretos, ordinarios, etc. La presentación de testigos y absolución de posiciones da cuenta de una de las diferencias existentes con el Recurso de Protección analizado en la primera parte de este capítulo, ya que este procedimiento es de lato conocimiento, tal como lo es el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

d) Carga Probatoria

Tras la prueba presentada el tribunal pudo tener por acreditado el hecho de que doña María Riesco pertenece a la planta de funcionarios del Servicio de Salud Ñuble y desempeñó funciones como Subdirectora de Recursos Humanos de dicha entidad, que fue posteriormente destinada al cargo de Asesora Jurídica de la Subdirección de Recursos Físicos y Financieros del Hospital Clínico Herminda Martín, que la denunciante mientras trabajó en las dependencias físicas del Servicio de Salud y ejerciendo el cargo de Subdirectora de Recursos Humanos contó con el apoyo de un computador y un software especial, que en virtud de declaraciones de testigos de la parte denunciante quedó acreditado también que la actora desde que ingresó al cargo de Subdirectora de Recursos Humanos en el Servicio de Salud hasta la fecha de su destinación al Hospital contó con el apoyo de una asistente personal; que la destinación de la demandante no incluyó la asistente personal ni los implementos necesarios para la función que debió desarrollar; que la actora debió contratar a su cargo una asistente para el período en que

no contaba con los implementos necesarios para desarrollar sus funciones; quedó también acreditado que las otras dos personas que trabajan en el Hospital y tienen discapacidad visual eran una telefonista y un maso-terapeuta.

Teniendo estos hechos por probados, la sentenciadora analiza dichas pruebas de una manera muy similar a lo que ocurre en el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, sin embargo esto ocurre en este caso en particular dada la existencia de un deber positivo del Estado en contra de la discriminación. Es en virtud de esta norma que la sentenciadora le exige al Servicio de Salud justificar su decisión y al no encontrar justificación suficiente, ya que la justificación planteada por el Servicio fue la existencia de otros dos trabajadores con problemas visuales pero no consideró que las funciones que cumplen estos otros dos trabajadores no tienen los mismos requerimientos que los de la actividad desarrollada por la denunciante. Así la sentencia en su considerando décimo octavo señala “justificar la negativa de otorgar una asistente basado en un principio de igualdad respecto de dos personas no videntes que prestan servicios en el Hospital Clínico de la ciudad de Chillán, es dar un trato arbitrario a la denunciante, toda vez, que como se acreditó en autos, las dos personas mencionadas desempeñan labores de masoterapeuta y telefonista, por lo que, resulta obvio, que a diferencia de la reclamante, que desempeña un cargo de jefatura en el que resulta esencial la lectura de documentos” Con este razonamiento del sentenciador, se aplica lo señalado por el profesor Ugarte al referirse a los elementos de la discriminación laboral, específicamente al primer elemento, ya que la conducta empresarial que trata iguales a trabajadores situados en posiciones diferentes es el primer elemento para que se configure una discriminación laboral, en este punto es determinante poder distinguir de manera correcta qué trabajadores se encuentran en situaciones análogas. En el caso en estudio, a pesar de que la actora tiene la misma discapacidad que los otros dos trabajadores con los que fue comparada por la demandada, no desarrolló las mismas funciones y para poder enmarcarla en una situación análoga tendría que haber sido comparada con sujetos que tengan la misma discapacidad visual y desarrollen las mismas funciones. Ahora bien, el segundo elemento dado por el profesor Ugarte se configura en el presente caso a que estamos frente a un criterio sospechoso o prohibido según el Código del Trabajo y además no existe una justificación razonable que legitime la diferencia.

Asimismo, con respecto a la obligación impuesta al Estado señala “a juicio del sentenciador, es el Director del Servicio de Salud quien al momento de realizar la

destinación, tenía la responsabilidad de hacer efectivas todas las mejoras necesarias para que la denunciante desarrollara sus funciones, ya que, es en él en quien recae la dirección superior de todo el servicio demandado y de los organismos que lo conforman". Es así como finalmente la sentenciadora confirma la inexistencia de un fundamento razonable para la decisión tomada por el Servicio de no otorgar a la demandante un asistente personal para el desempeño de sus labores, siendo ello un acto discriminatorio.

e) Respecto a lo resolutivo de la sentencia.

El juez civil estableció como medidas destinadas a reestablecer el imperio del derecho las siguientes:

a) Multa a beneficio fiscal de 50 UTM

b) Ordena al Servicio de Salud de Ñuble a disponer la contratación de una asistente de confianza de la denunciante, equipos técnicos y una oficina que permita que tanto la denunciante como a asistente que se contrate, en calidad de apoyo de ésta, puedan desarrollar sus funciones en forma conjunta y en lo sucesivo, cuando realice una destinación o contratación de una persona con discapacidad, realizar en forma previa, los ajustes necesarios, es decir, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad e goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Bajo este procedimiento, la posibilidad del demandante de recibir una indemnización es nula, sin embargo al menos con la medida considerada para este caso, se soluciona el principal problema de la demandante, que es la necesidad de contar con una asistente y un sistema computacional que le permita desarrollar su trabajo. Ahora bien, nos parece que resulta a todas luces claro que la actora tuvo un daño material y moral y que de haber accionado por vía de Tutela Laboral podría haber sido cubierto, no sólo con la indemnización propia de dicho procedimiento sino además con indemnización por daño moral, en caso de haberse probado este último. Sindicamos a esta como la segunda gran falencia de este nuevo procedimiento junto con la inexistencia de una ayuda para el demandante a nivel de carga probatoria, como la aplicación de un sistema de prueba indiciaria o un sistema de prueba prima facie.

CONCLUSION.

En la presente tesis se ha podido determinar que el tránsito de la igualdad formal hacia la igualdad material, ha obligado a las legislaciones a adecuar sus sistemas normativos y de protección con el fin de asegurar realmente, no solo un reconocimiento de derechos, sino medidas reales para el goce concreto de ellos por parte de los ciudadanos. De esa manera, la doctrina ha realizado un aporte considerable, y ha venido configurando la problemática de la discriminación desde las diversas aristas de este complejo y dinámico fenómeno social.

De esa manera, se pudo constatar, que en cuanto al desarrollo doctrinario, el concepto de discriminación ha sufrido variaciones significativas, en efecto, ya no se entiende a la discriminación tan solo como una desigualdad o distinción a secas, sino que se ha puesto el acento en las consecuencias negativas que estas desigualdades de trato generan para el individuo en relación a su pertenencia a un grupo que históricamente ha sufrido una desventaja inmerecida, es decir, se ha considerado el momento colectivo de la discriminación como un elemento central. Por otra parte, estas definiciones- que han pretendido abarcar el fenómeno en su integridad- han establecido la imperiosa necesidad de incluir en el concepto, el otorgamiento de medidas compensatorias o tratamientos preferenciales en orden a superar, desde la reparación, el daño generado por estos hechos hacia el individuo y su grupo. Sin embargo, las definiciones, no son del todo claras si no se entiende el fenómeno en todas sus dimensiones, así se pretendió aportar al debate desde esta lugar, y se pudo advertir que la discriminación se compone de estereotipos y prejuicios que son fenómenos sociales en sí mismos, y a través de los cuales, se puede entender el origen de la discriminación, o más concretamente, permite responder por qué los seres humanos discriminamos. De esta forma, se concluyó que existen diversas teorías que pretender dilucidar aquello, y que a modo de síntesis se puede afirmar que los seres humanos discriminamos porque heredamos estereotipos y prejuicios que nos fueron transmitidos y por eso adquirimos ciertas estructuras de pensamiento, que pueden desembocar en diversas discriminaciones.

Es por lo anterior, que en la evolución de la discriminación, se advierte la concurrencia y aparición de nuevas formas de la misma, que fueron sistematizadas para una mejor comprensión de este tema. Resaltan dentro de estas, la discriminación

indirecta que es cada vez más común y que se desprende de comportamientos que a primera vista son neutros, pero que tiene el efecto de producir resultados desventajosos para una persona en atención a una categoría prohibida, también se caracterizó otros tipos de discriminación, relativamente nuevos, tales como: la discriminación por indiferenciación, que es aquella que- a grosso modo- sobreviene cuando no se trata de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas, vale decir, sin tener en cuenta la situación diferente; por otra parte, fue explicada la discriminación interseccional o múltiple, en donde concurren más de un criterio prohibido de discriminación a la vez, y que su efecto es diferente a la suma de ellos, o a su apreciación por separado. Ahora bien, el último tipo de discriminación presentado, es la discriminación estructural o sistémica en donde no existe, probablemente, una conducta clara de discriminación, sino que esta se configura a través de dinámicas sociales reiteradas y perjudiciales para ciertos grupos, generalmente relacionadas con el orden económico, y favorecidas por los Estados, es el caso por ejemplo de los pobres como grupo en desventaja, y la imposibilidad de gozar de sus derechos como lo haría otro grupo.

Ahora bien, ya caracterizado el fenómeno desde una arista más amplia, es que puede entenderse el derecho a la no discriminación de manera mucho más íntegra. Teniendo en consideración que este tiene su base en el principio de igualdad, pilar fundamental en un Estado democrático, y que nace como una forma de derrotar los privilegios injustos y que se transforman en una verdadera traba para el goce real y pleno de los derechos de los seres humanos. Una porción de este principio de igualdad, es precisamente el derecho a la no discriminación, el que comprende dos derechos; a un tratamiento igual y a uno diferenciado, donde el primero implica una prohibición, la de no establecer diferencias arbitrarias, vale decir, tratar de la misma manera a personas de una misma categoría, y el segundo, se configura como un imperativo, en el que se obliga a dispensar tratamientos diferenciados o preferenciales en ocasiones necesarias, es decir, cuando se está en una condición de desigualdad.

De la misma manera en que se aportó al fenómeno de la discriminación desde la dimensión social, se hizo en el ámbito legal. Así, la discusión en este punto giró en torno al contenido de este derecho, de manera que pueda ser analizado, ya no solamente desde la perspectiva de no distinguir en base a criterios prohibidos, sino que añadiéndole – y a modo de visibilizar la real magnitud y lo que en concreto implica el ser discriminado-

la visión y el enfoque en relación con la realidad de los grupos en desventaja, con el fin de poner al Estado en una posición de promoción de este derecho.

Con eso en consideración, es que el ámbito del trabajo es quizás el lugar más sensible y en donde se pueden observar con claridad, la mayor cantidad de manifestaciones concretas y formas de violación del derecho a la no discriminación. Esto debido a que el ser humano en tanto trabajador, se encuentra en la situación más desvalida y está propenso a sufrir un sinnúmero de situaciones de discriminación, fundamentado en la correlación y la tensión entre los poderes reconocidos constitucionalmente al empleador, como lo es la libertad empresarial y su derecho de propiedad y el respeto que este debe observar por los derechos del trabajador, debido a que los derechos fundamentales se alzan como una limitante en el ejercicio de las potestades reconocidas legalmente al empleador. No obstante este respeto, la evidencia muestra que está lejos de ser una realidad, y que la pugna de intereses en juego hace cada vez más necesaria la intervención legal y judicial en la correcta protección de este derecho.

Para llegar a esta conclusión, se atravesó por la historia jurídica de la evolución en el reconocimiento de los derechos fundamentales a los trabajadores, conocidos como derechos laborales inespecíficos y que el trabajador detenta por el hecho de ser persona, en donde su titularidad viene dada por su calidad de ciudadano, para luego analizar el estado actual de estas teorías en nuestro país, y así afirmar directamente la vigencia de la “ciudadanía de la empresa” en nuestro sistema legal, es decir, que en Chile los derechos fundamentales de los trabajadores están plenamente vigentes en la relación laboral.

Uno de estos derechos fundamentales, materia de este estudio, fue desarrollado luego, en sede laboral, pasando a caracterizar completamente el derecho a la no discriminación laboral, desde el estatuto jurídico antidiscriminatorio imperante en nuestro país, exponiendo las normas obligatorias tanto internacionales como nacionales, y abarcando en extenso el concepto de discriminación laboral, sus precisiones y los elementos que configuran el ilícito discriminatorio laboral. De esta forma, y a propósito del contenido de este derecho, pudo quedar establecido que la discriminación laboral puede ocurrir de manera previa a la relación laboral o durante esta, e incluso después, con ocasión del despido del trabajador, a pesar de que la protección de este por el procedimiento de tutela laboral, solo se resguarden los dos últimos momentos.

Ahora bien, al desarrollar los elementos de la discriminación laboral, fueron presentadas las discusiones doctrinales más relevantes en torno a este ilícito, y que se levantan en concreto, como limitantes a la hora de la defensa eficaz de este derecho. En primer lugar, se debe observar un trato laboral diferenciado entre personas sustancialmente iguales, que se encuentra directamente relacionado con la forma de discriminación por indiferenciación, ya mencionada anteriormente. Así, la correcta observancia del derecho a la no discriminación, obliga a que sean tratadas de forma diferente aquellas personas que se encuentran en situaciones diferentes.

Por otra parte, para configurar el tipo infraccional en cuestión, el trato desigual debe encontrarse fundado en un criterio sospechoso o prohibido, en base a que las normas de discriminación laboral han sido comúnmente redactadas mediante la elaboración de un catálogo que incluye criterios prohibidos, como es el caso del artículo 2° del Código del Trabajo, se han generado dudas y discusiones en torno a cuál es el tratamiento que debe dispensarse y qué es lo que ocurre con otros criterios no incluidos en este listado. En nuestro país, es particularmente relevante esta discusión por cuanto existe además, una norma constitucional que prohíbe la discriminación laboral, admitiéndola excepcionalmente, solo en dos casos; la capacidad o idoneidad personal, de esta forma, la discusión ha girado en torno a señalar que no obsta la existencia de un catálogo el que puedan existir otros criterios, misma opinión que la jurisprudencia chilena ha sostenido, señalando que el artículo 2° del Código del Trabajo, no es taxativo. Ahora bien, en lo que no ha existido consenso es en el debate en torno a cuál es la diferencia en lo que respecta a la carga de la prueba de un criterio contemplado por dicho artículo y de un criterio que no se encuentra contemplado. Así, un sector de la doctrina afirma que indistintamente, cualquier motivo de discriminación debe soportar un estándar más estricto, por cuanto la norma constitucional solo considera la capacidad e idoneidad personal como motivos lícitos de discriminación, en cambio, otros señalan que los motivos sospechosos incluidos en el catálogo, están rodeados de una desconfianza previa del sistema, por lo que deben soportar, solo ellos, una presunción de ilicitud en su contra, siendo los otros criterios, solo susceptibles de ser analizados bajo la exigencia de simple razonabilidad.

Como tercer elemento del ilícito de la discriminación laboral, se encuentra la posibilidad de que exista una justificación razonable que legitime la diferencia. De esta forma, en el presente trabajo, se distinguió la coexistencia de dos formas o modelos para

analizar la justificación del empleador, en primer lugar, se encuentra el test de razonabilidad, bajo el cual si la medida esta justificada bajo parámetros objetivos y razonables, no estaríamos frente al ilícito en cuestión; en un segundo lugar, surge el test de proporcionalidad que pretende superar las deficiencias mostrada por el anterior, específicamente en relación a determinar cuándo una medida será o no arbitraria. De esta forma, en el caso de enfrentamiento entre dos o más derechos fundamentales, se debe realizar una ponderación de ellos a través de tres sub-test (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), en consecuencia, la relación entre la medida de desigualdad y la protección del derecho del trabajador, debe ya no solo ser razonable, sino que además de una importancia tal, que permita desplazar el derecho del trabajador.

Ambos modelos, ya sea el de razonabilidad y el de proporcionalidad, son recogidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales, En efecto, se logró constatar que el estatuto antidiscriminatorio en nuestro país, ha estado en consonancia con la legislación internacional, y ha venido garantizado, de menos a más, este derecho fundamental, de esa manera, y a diferencia de lo que ha ocurrido en las legislaciones comparadas, llama poderosamente la atención en un buen sentido, que el Derecho a la No Discriminación laboral se encuentre garantizado constitucionalmente en nuestro país, generando así una barrera o escudo de protección.

Dicho escudo de protección sólo es eficaz en la medida que el ordenamiento jurídico contemple mecanismos o procedimientos específicos a través de los cuales el titular del derecho pueda defenderse frente a la vulneración del mismo por parte de terceros. Precisamente, aquí radica la importancia del procedimiento de protección del derecho a la no discriminación, considerando que, tan importante como el derecho que se protege, es el medio establecido para exigir su cumplimiento frente a terceros. En virtud de ello se analizaron los tres procedimientos que existen hoy en día para proteger el derecho a la no discriminación, el Recurso de Protección, Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales y la Ley 20.609.

El primer mecanismo concreto en dar eficacia al derecho a la no discriminación fue el Recurso de Protección, que si bien tiene una gran cantidad de debilidades, que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales vino a subsanar, también presentó algunas características que bien merece la pena recoger. Así las cosas, el Recurso de Protección resguarda el principio de igualdad reconocido en el numeral segundo del

artículo 19 de la Constitución, que presenta una novedad en relación a la Constitución Política de 1925, cuerpo normativo que presentaba sólo una fase del principio de igualdad, refiriéndose sólo a la igualdad ante la ley y que en la constitución de 1980 se amplía al incluir la expresión referida a la prohibición de las distinciones arbitrarias, en virtud de la cual abarca también el principio de igualdad en el contenido de la ley, el cual “es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias. En el plano de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas. Las diferencias que corresponden a otros ámbitos ajenos al núcleo duro (condiciones subjetivas de la igualdad) como son las condiciones objetivas, pueden ser regulados por el legislador, pero estas diferenciaciones de tratamiento de personas o grupos de personas deben estar justificadas racionalmente. La discriminación, la diferencia arbitraria, se encuentra en oposición a la justicia, siendo inconstitucional y contraria a los derechos humanos”. (Nogueira Alcalá, 2006).

Además, pudimos constatar la importancia que presenta en la redacción del artículo 20 de la Constitución Política de la República la inclusión de la arbitrariedad y no sólo de la ilegalidad del acto u omisión, para efectos del derecho a la no discriminación, especialmente considerando que por lo general la discriminación se presenta de forma encubierta, de manera que el empleador presenta el hecho discriminatorio cubierto por un halo de legalidad, de hecho en ello también radica la dificultad probatoria del acto discriminatorio.

Ahora bien, a pesar de haberse incluido en el artículo 20 la expresión arbitrariedad, la Corte de Apelaciones tiende a realizar un análisis más bien legalista del caso, especialmente cuando se trata de un caso que se enmarca en el ámbito laboral pero se trata de trabajadores sujetos al Estatuto Administrativo en que la Corte se limita a constatar si existe o no la facultad legal del empleador para despedir al trabajador y cumpliéndose con los presupuestos establecidos en la ley lo considera ajustado a derecho sin realizar un análisis de fondo respecto de la posibilidad de que se haya producido un acto discriminatorio que bien puede haber cumplido con los requisitos legales para el despido. Esto lo pudimos constatar en el Recurso de Protección 31729-2018, caratulado “Palma con Ministerio de Bienes Nacionales” de la Corte de Apelaciones

de Santiago, el cual fue rechazado en primera instancia por considerar que el Ministerio de Bienes Nacionales puede a su arbitrio no renovar el contrato de un trabajador en atención a estar trabajando en la modalidad de contrata, siendo la justificación de dicho actuar la aplicación del derecho que le otorga la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios”. Sin que el sentenciador en dicho caso haya hecho un análisis de fondo de la fundamentación del despido del trabajador, análisis que sí realizó la Corte Suprema revocando la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones.

Creemos que este ejemplo es de suma importancia, ya que la jurisprudencia debe orientar sus decisiones hacia el análisis de fondo en los casos de discriminación y no quedarse con una mera interpretación legalista de las normas y de los actos administrativos que recaigan sobre temas del área laboral que puedan estar transgrediendo derechos fundamentales como el de la no discriminación.

Por otra parte cabe destacar que, dado que se trata de un procedimiento de carácter cautelar y no declarativo, los Tribunales deben fallar sobre un conflicto referido a derechos subjetivos públicos de las personas sin que el procedimiento contemple un espacio para que se establezca la verdad de los hechos discutidos, a diferencia de lo que ocurre con los otros dos procedimientos analizados en que sí son declarativos y sí existe un periodo probatorio propiamente tal en el que existen facilidades para presentar todo tipo de medios probatorios, cuestión que no se da en el Recurso de Protección y que resulta limitante para quien demanda una transgresión al derecho a la no discriminación.

Las limitaciones del Recurso de Protección en el ámbito probatorio no sólo radican en la inexistencia de una etapa probatoria propiamente tal, y en la dificultad que implica el no poder contar con medios probatorios como la declaración testimonial o la prueba pericial, sino que además la carga probatoria radica completamente en el demandante, que a la vez es el trabajador cuyos derechos han sido transgredidos, para quien suele ser difícil acceder a documentos que acrediten las verdaderas intenciones del empleador. Este es uno de los motivos por los cuales creemos que son los trabajadores de la administración quienes pueden tener un poco más de herramientas para presentar prueba documental, toda vez que como pudimos ver de las sentencias analizadas, en los casos referidos a funcionarios públicos, las órdenes impartidas y las decisiones adoptadas por su empleador deben quedar consignadas por escrito mediante resoluciones, dictámenes y

ordinarios, entre otros; sin embargo para trabajadores particulares el panorama es aún más difícil.

Finalmente, señalar que la sentencia en el Recurso de Protección no buscaría una compensación económica sino el restablecimiento del imperio del derecho lo cual es mucho más amplio y puede implicar por ejemplo la reincorporación del trabajador, cuestión que puede no ser el objetivo buscado por quien ha sido discriminado. Esta también es una de las diferencias con el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, toda vez que este último sí contempla una indemnización especial para el trabajador, aparte de otras medidas que en el caso concreto puedan ser establecidas. Ahora bien, en relación con el procedimiento establecido en la Ley 20.609 la diferencia no es tan grande ya que éste tampoco busca un resarcimiento pecuniario al demandante sino el mismo restablecimiento del derecho que en términos concretos puede implicar la reincorporación del trabajador y una multa a beneficio fiscal u otros medios que no siempre significaran la satisfacción del interés buscado por el demandante.

Claramente, todos estos factores sumados al costo económico que tiene para el trabajador ser asesorado en la materia e interponer dicho recurso, y al evidente riesgo que el ejercicio de esta acción genera, en términos de estabilidad en el empleo, para el trabajador con una relación laboral vigente, fueron determinantes para que existiera una subutilización del Recurso de Protección en este sentido. De hecho, se ha constatado la falta de uso de esta acción para estos fines siendo superada por la utilización más bien ideologizada y con la finalidad de resguardar el derecho de propiedad del empleador. Son numerosos los casos en que los empleadores demandan a la Inspección del trabajo vía Recurso de Protección por haber, ésta última, excedido sus potestades, sirviendo esta acción como límite a las facultades de dicha institución.

A partir de todas estas dificultades que presenta la defensa de los derechos fundamentales del trabajador a través del Recurso de Protección, el legislador, con la ley 20.087 incorpora el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, que intenta subsanar muchos de estos defectos con la finalidad de dar una tutela efectiva al trabajador.

Respecto de dicho procedimiento y dentro de sus características principales pudimos destacar que respecto de la legitimación activa, y coherentemente con el espíritu protector del derecho del trabajo, el procedimiento de tutela no sólo otorgó legitimidad

activa al trabajador o quien represente sus derechos, sino también al Sindicato para ejercer la acción a nombre del trabajador si se cumplen ciertos requisitos, y adicionalmente se establece para la Inspección del Trabajo la obligación de denunciar hechos vulneratorios de derechos fundamentales, siempre que haya tomado conocimiento de ellos actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, lo que constituye una innovación con respecto a la Acción de Protección antes revisada.

Al revisar los requisitos de procedencia del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales pudimos apreciar que se trata únicamente de cuestiones suscitadas dentro de la relación laboral, y darnos cuenta de cómo esta característica es una de las que definen la especialidad de este procedimiento. No obstante lo cual, tiene una deficiencia de gran importancia a nuestro parecer ya que, como se señaló previamente, excluye la etapa pre-ocupacional, es decir el momento previo a la configuración de la relación laboral pero en el cual igualmente pueden existir actos discriminatorios.

Acerca del concepto de no discriminación en el contexto del procedimiento de tutela de derechos fundamentales expusimos no sólo las normas aplicables a saber, el artículo 19 número 16 de la constitución y el artículo 2 del código del trabajo sino también expusimos la discusión existente en la doctrina respecto de la contraposición del modelo de sospecha abierta que encontramos en la Constitución donde se indica que los únicos motivos lícitos para realizar una distinción de trato son la capacidad e idoneidad, es decir, quedan prohibidos todos los demás criterios de diferenciación carentes de fundamentación razonable y objetiva; que se opone al modelo de sospecha cerrado que se aplicaría según parte de la doctrina en virtud de lo establecido en el artículo 2 del Código del Trabajo, que señala un listado cerrado de categorías sospechosas, todas las cuales vendrían a dar sentido a la norma constitucional, al encontrarse dotadas de una presunción o una idea de discriminación per sé asociada a ellas, lo que en la práctica se traduciría en un deber de mayor intensidad para el denunciado al momento de justificar su acción, siendo este deber más débil para el denunciado en aquellos casos en que la discriminación se da por un concepto no incluido en alguna de las categorías sospechosas presentadas en el artículo 2 del Código del Trabajo.

Ahora bien, no obstante la discusión doctrinaria respecto del modelo de sospecha utilizado en Chile, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo con que el artículo 2 no presenta por ningún motivo un listado taxativo de casos, elemento que el sentenciador

plasmó de manera expresa en la causa Rit T-134-2017, caratulada “Páez con Universidad de La Serena”, dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, señalando “Y como corolario de todo lo anterior, el artículo 2° del Código del Trabajo, sin ser una norma taxativa, viene a reforzar aquellas áreas más comúnmente afectadas por actos de discriminación”.

Por otra parte, el elemento más importante a nuestro juicio y que marcará la diferencia principal con los demás procedimientos, generando una nueva forma de tratar los casos relacionados con la lesión de derechos fundamentales de trabajadores incluso en otras sedes como se pudo apreciar en el caso de Riesco vs Paul, es el sistema de la prueba indiciaria. Este sistema de desplazamiento de la carga probatoria nació como respuesta a la necesidad que se produce por la dificultad probatoria que resulta para el trabajador, atendido el mayor poder del empleador sobre la prueba derivado de su proximidad y dominio sobre las fuentes; y por el carácter generalmente oculto de las conductas lesivas de derechos fundamentales tal como claramente quedó expuesto en la sentencia “Páez con Universidad de La Serena”, al indicar que “Cuando hablamos de vulneración de garantías fundamentales, los autores de tal trasgresión actúan de manera encubierta, solapada, hipócrita, ocultándose frecuentemente bajo la forma de una actuación aparentemente lícita”.

Las dos sentencias de Tutela Laboral expuestas fueron escogidas especialmente por la clara forma que tuvo el tribunal de mostrar qué elementos se consideran indicios, por lo que fue posible llevar a lo concreto algo que se había mencionado en la teoría, y además mostrar cómo estos hechos por sí solos no constituyen elementos para determinar la existencia indubitada de discriminación, sin embargo en su conjunto sí pueden ser considerados indicios suficientes de que se ha producido la vulneración y en este sentido capaces de generar el traslado de la carga probatoria hacia el demandado, quedando al empleador acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, cuestión que también quedó claramente establecida en dichas sentencias.

Finalmente destacar que la finalidad de la sentencia en el procedimiento de tutela laboral es múltiple ya que por una parte busca indemnizar al trabajador pero también resarcir de otras maneras no pecuniarias al trabajador, además de generar conciencia en torno al respeto del derecho a la no discriminación, todo ello se pudo observar claramente en lo resolutivo de la sentencia de la causa de “Páez con Universidad de La Serena” en

que la sentenciadora estableció no sólo las indemnizaciones correspondientes a la acción de tutela sino además impuso la obligación a la Universidad de La Serena de organizar una ceremonia de despedida formal de los docentes denunciantes y realizar una charla sobre la garantía de la no discriminación, resultando obligatoria la asistencia de los señores Rector y Vicerrector de dicha Universidad.

También fue relevante en cuanto al análisis de la finalidad de la acción de tutela o de cuál es su finalidad práctica para efectos de las pretensiones que puede ver satisfecha el actor, la discusión existente respecto de la posibilidad de recibir al mismo tiempo una indemnización por daño moral y la indemnización especial establecida en este procedimiento, señalando además que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia tiende a aceptar ambas indemnizaciones dado que tienen una función distinta, por una parte la indemnización establecida en el Procedimiento de Tutela que puede ser por hasta 11 remuneraciones responde a una forma de indemnización sancionatoria, motivo por el cual no habría problema alguno con aplicar una indemnización por el daño moral efectivamente causado y debidamente probado en juicio.

Finalmente, se realizó una exposición de los aspectos más importantes de la Ley Zamudio que permitieran realizar una comparación con el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y con el Recurso de Protección. Así pudimos comprobar que este mecanismo judicial, relativamente nuevo, se acerca mucho más a las normas estudiadas respecto del Recurso de Protección, y por ello adolece de las mismas deficiencias, a nuestro parecer. De esta manera, en cuanto a su legitimación activa, ésta se encuentra establecida en los mismos términos que el Recurso de Protección, en cuanto a la carga probatoria, considerando que no existe dentro del procedimiento de la Ley Antidiscriminación norma alguna que disminuya la carga probatoria para el demandante ni tampoco de desplazamiento de la misma, como sí ocurre en el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales. También hay similitudes referentes a la finalidad buscada con el ejercicio de la acción ya que al igual que en el Recurso de Protección se trata del restablecimiento del imperio del derecho, que implica la adopción de medidas en particular según el caso concreto, a lo que se puede sumar una multa a beneficio fiscal pero en ningún caso se contempla una indemnización directa para el demandante, a diferencia de lo que antes señalábamos respecto del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales. Esta última característica se pudo apreciar en la exposición y comentario de la sentencia Rol C-1901-2014, caratulada “Riesco con Paul”,

seguida ante el 1º Juzgado Civil de Chillán en la que el tribunal ordenó el pago de una multa a beneficio fiscal de 50 UTM y ordenó al Servicio de Salud de Ñuble disponer la contratación de una asistente de confianza de la denunciante, equipos técnicos y una oficina que permita que tanto la denunciante como a asistente que se contrate, en calidad de apoyo de ésta, puedan desarrollar sus funciones en forma conjunta y en lo sucesivo, cuando realice una destinación o contratación de una persona con discapacidad, realizar en forma previa, los ajustes necesarios. Sin que la demandante recibiera indemnización por los perjuicios causados en virtud de la discriminación padecida.

Ahora bien, con respecto al concepto de discriminación arbitraria utilizado por el procedimiento establecido en la Ley Antidiscriminación, encontramos mayores semejanzas con el concepto utilizado en sede laboral, toda vez que esta ley también establece un catálogo de categorías sospechosas, que por cierto es más amplio incluso que las categorías señaladas en el artículo 2 del Código del Trabajo, y dejando en claro de la misma redacción de la definición de discriminación arbitraria que dicho catálogo no es taxativo, no obstante lo cual, sería igualmente aplicable la discusión doctrinaria que explicamos existe en torno al concepto de discriminación en sede laboral, la existencia de categorías sospechosas y cuál es el sentido de la existencia de dichas categorías que, como ya sabemos, no son taxativas.

En conclusión, el mayor avance legislativo en Chile en cuanto a protección del derecho a la no discriminación en el ámbito laboral radica en la existencia del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, a nuestro parecer por la existencia del sistema de prueba indiciaria y la posibilidad de que no sólo se otorguen diversos tipos de indemnizaciones sino además que exista la posibilidad de establecer otras medidas para restituir la dignidad de la persona, y poder seguir educando en cuanto al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa. No podemos dejar de mencionar que la Ley Zamudio es un avance en la protección de derecho a la no discriminación sin embargo comparativamente sigue siendo más beneficiosa para el trabajador la Tutela Laboral, dejando a la Ley 20.609 una tarea más bien relegada al ámbito civil donde las relaciones no estaban cubiertas por una protección especial al derecho a la igualdad, sino hasta la aparición de esta ley, que tiene que seguir avanzando para lograr algunas de las fortalezas que entrega el Procedimiento de Tutela, especialmente las dificultades probatorias para quien es víctima de discriminación y la

falta de una indemnización concreta y sancionatoria que sirva como desincentivo a este tipo de conductas.

BIBLIOGRAFIA

- Carrió, G. R. (1994). *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT.
- Adorno, T., Frenkel-Brunswick, E., Levinson, D., & Sanford, N. (1950). *The Authoritharian Personality*. New York: Harper and Row.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Añon, R. M. (2010a). La discriminacion y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciacion, interseccional (o multiple) y estructural.
- Añon, R. M. (2013b). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*.
- Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J., & Fernández López, M. F. (1995). *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Trotta.
- Bilbao, U. J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. . Madrid.
- Bobbio, N. (1993). *Igualda y Libertad*. Barcelona: Paidos.
- Bulnes, A. L. (1984). *La igualdad ante la ley*.
- Caamaño, E. (2003). La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. *Revista Derecho Universidad Austral*. V. XIV. .
- Caamaño, E. (2004). La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a la no discriminación por razones de sexo: Un análisis desde la perspectiva del proyecto de reforma al procedimiento laboral. *Anuario de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 226.

- Cano, G. J. (1993). *Los estereotipos sociales: el proceso de perpetuación a través de la memoria selectiva*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Contreras, G. S. (2009). *Fundamentos del Derecho Laboral*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Contreras, P. (2003). Análisis Jurídico de la Discriminación y Relaciones Laborales en Chile. *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, XXXVIII (1), 22-44.
- Covarrubias, I. (2017). La problemática aplicación del test de proporcionalidad en la tutela laboral de Derechos Fundamentales. *Revista Chilena de Derecho*, vol 44 N°3, 677-701.
- Del Rey, G. S. (1995). *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*.
- Dulitzky, A. (2011). El principio de la igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana". *Anuario de Derechos Humanos*., 19.
- Evans, E. (1994). *Los Derechos Constitucionales*. Santiago, Chile. : Editorial Jurídica.
- Fein, S., & Spencer, S. J. (1997). *Prejudice as self-image maintenance: Affirming the self through derogating others*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 73.
- Gamonal, S. (2004). Los derechos del trabajador en la Constitución chilena. *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* N°3., 33 y ss. .
- Gamonal, S. (2009). *Fundamentos de Derecho Laboral*. Chile: Legal Publishing.
- Gamonal, S. (2012). Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 171.
- Garrido Cortés, R. (2017). *Tutela Laboral de Derechos Fundamentales y la Carga de la Prueba*. Santiago: Edig.
- Garrido, G. M. (2009). La predecibilidad de las decisiones judiciales.

- Gomez da Silva, G. (1995). *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Hijano, P. G. (7 de octubre de 2010). *Fundación paridad y diversidad*. Obtenido de <http://fupadi.blogspot.com>
- Irureta, P. (2006). Constitución y orden público laboral. *Colección Investigaciones Jurídicas*.
- Lara, C. S. (1994). *Mujeres y Mercado de Trabajo, Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Lippman, W. (1922). *Public Opinion*. New York: Harcourt, Brace and C.
- Lizama, L., & Ugarte, J. L. (1998). *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago de Chile: Editorial jurídica Conosur.
- Makkonen, T. (2002). *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore*. Institute for Human Rights. Abo Akademi University. .
- Medina, Q. C., & Mera, J. F. (1996). *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Melis, C. (2009). *Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*. Santiago: Legal Publishing.
- Moreso, J. (2007). *Conflicto entre principios constitucionales*. Madrid: Trotta.
- Nash, C., & David, V. (2010). Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. *Derechos Humanos y Juicio Justo*, 159-186.
- Palacios, Z. P. (2006). *La no discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Humanos sobre la Cláusula Autónoma de no Discriminación*. Santiago, Chile.: LOM ediciones Ltda.
- Palavecino Cárces, C. (2014). El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 33-45.

- Prevert, A., Navarro, O., & Bogalska-Martin, E. (2012). La discriminación social desde una perspectiva psicosociológica. *Revista de Psicología Universidad de Antioquia*, Vol.4 no 1.
- Rey, M. F. (2012). La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Rodenas, Á. (2012). *Los intersticios del derecho*. Marcial Pons.
- Rodríguez-Piñero, M., & Fernández, L. M. (1986). *Igualdad y Discriminación*. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez, Z. J. (2004). *Qué es la discriminación y cómo combatirla*. México DF.: Cuadernos de la Igualdad.
- Rodríguez, Z. J. (2006). *Un marco teórico para la discriminación*. Mexico: Colección Estudios.
- Rojo, E. C. (2005). *El Derecho a la no discriminación en el empleo*. Santiago: Lexisnexis.
- Saéz, L. C. (1994). *Mujeres y Mercado del Trabajo, las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid.
- Salomé, R. M. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *revista pucp*, 255-290.
- Santamaria, P. J. (1998). Igualdad y Derecho Público. *Igualdad en la Constitución Española*, 1248.
- Shelton, D. (2008). Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos.*, 23.
- Soto Kloss, E. (1982). *El Recurso de Protección orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tolonen, H. (1997). *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política. La normatividad del derecho*. Madrid: Gedisa.

Ugarte Cataldo, J. L. (2009). Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 215-228.

Ugarte, C. J. (2004). *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Universitaria.

Ugarte, J. L. (2013). *El derecho a la no discriminación en el trabajo*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.

Ugarte, J. L., & Lizama, P. L. (1998). *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Limitada.

Bibliografía obtenida de páginas web.

Bordalí Salamanca, A. *Instituto Chileno de Derecho Procesal*. Recuperado el octubre de 2018, de <http://www.ichdp.cl/las-apariencias-de-buen-derecho-en-el-recurso-de-proteccion/>

Eduardo Ramírez, C. E. (21 de Marzo de 2018). *Scielo.conicyt.cl*. Obtenido de Scielo:https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-04622016000100016

Gaiano, P. (7 de octubre de 2010). *Origen etimológico de las palabras discriminar y discriminación*. Obtenido de <http://fupadi.blogspot.com/2010/10/origen-etimologico-de-las-palabras.html>

Gaiano, P. (2010). *Fundación Paridad y Diversidad*. Obtenido de <http://fupadi.blogspot.com/2010/10/origen-etimologico-de-las-palabras.html>

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (2009). *Observatorio en Discriminación en la Opinión Pública de la Sociedad Civil*. Buenos Aires. <https://fupadi.blogspot.com/2010/10/origen-etimologico-de-las-palabras.html?fbclid=IwAR1a12Gpkb81yu3qmRTTrQsWJLIMwcrvF1xOjJqAmJsfggzput4W5HFHk-3c>

Melis, C. (siete de julio de 2004). *Dirección del Trabajo*. Obtenido de www.dt.gob.cl

Nogueira Alcalá, H. (2006). Core. Obtenido de
<https://core.ac.uk/download/pdf/61894554.pdf>