



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y la  
Seguridad Social

**IMPLICANCIAS Y ALCANCES DE LA LEY N°20.609 CONTRA LA  
DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA, EN MATERIA LABORAL.**

**Análisis jurisprudencial comparativo en relación con el Procedimiento de  
Tutela Laboral.**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.**

JAVIERA DANIELA DÍAZ DÍAZ

ASTRID ALEXANDRA HARSCH FRIEDERICHS

PROFESOR GUÍA: Sr. Ricardo Juri Sabag

Santiago, Chile

2017



## **Agradecimientos**

A nuestras familias, amigos y amigas por su cariño y paciencia todos estos años.

A Astrid, por ser una amiga maravillosa y hacer de este largo camino un período mucho más amable y llevadero.

A Sandra, por ser una madre excepcional. Cada palabra de este trabajo fue escrita gracias a tu paciencia, apoyo y amor incondicional. Gracias infinitas.

A Javiera, por ser un apoyo incondicional y amiga increíble, cuya presencia agradecí a cada paso en este proyecto y por sobre todo por seguir compartiendo juntas este loco proceso que se llama vida.

A las amigas de la vida, Bárbara, Beatriz y Tatiana por alentarme en este proceso y siempre darme aliento para seguir.

Y finalmente, pero no menos importante, a Monika y Albert, por ser los mejores padres que pudiese haber deseado. Sin su ejemplo de vida jamás hubiera llegado al lugar en el que estoy ahora. Gracias Mami por nunca abandonar y aguantar un largo periodo de altos y bajos. Y gracias Papi, porque, aunque ya no estés con nosotros dejaste un legado y enseñanzas inigualable que me inspiran a ser día a día la mejor versión de mi misma. Gracias al infinito y más allá por todo.

Este logro es tanto mío como de ustedes.



## Tabla de contenidos

Resumen (abstract).....	7
Introducción.....	8
Capítulo I: Aspectos generales de la Ley N°20.609. ....	14
1.-Objetivos. ....	14
1.1 Proyecto de Ley: Establece medidas contra la discriminación.....	14
1.2 Ley N°20.609: Establece medidas contra la discriminación arbitraria.....	18
1.2.1 Propósito de la Ley.....	18
2. Concepto de discriminación arbitraria. ....	20
3. Situaciones de discriminación toleradas.....	24
4. Procedimiento.....	25
4.1 Legitimación activa.....	25
4.2 Plazo y forma de interposición.....	25
4.3 Proceso. ....	25
4.4. Sanciones. ....	29
4.5 Recursos.....	29
5. Incompatibilidad de acciones.....	30
Capítulo II: No discriminación en el Derecho Laboral .....	32
1.Marco Normativo .....	32
1.1 Constitución Política de la República. ....	35
1.2 Código del Trabajo (artículo 2°). ....	37
2. Procedimiento de tutela laboral .....	40
2.1 Ámbito de aplicación.....	43
2.2. Legitimación activa.....	44
2.3. Presupuestos / Requisitos de procedencia.....	47

2.4. Plazo y forma de interposición. ....	48
2.5. Procedimiento .....	49
2.5.1 Audiencia preparatoria (Art. 453 del Código del Trabajo). ....	51
2.5.2 Audiencia de Juicio (artículo 454 del Código del Trabajo). ....	54
2.5.3 Sentencia. ....	54
2.5.4 Sanciones/Efectos de la Sentencia .....	55
2.5.5 Recursos. ....	56
2.6. Incompatibilidad de acciones.....	56
<b>3. Cuadro Comparativo entre acción de tutela de Derechos fundamentales (Art.485 y siguientes del Código del Trabajo) y acción de no discriminación (Art. 3° y siguientes de la Ley N°20.609). ....</b>	<b>57</b>
<b>CAPITULO III: Análisis jurisprudencial.....</b>	<b>64</b>
<b>1. Denuncias de discriminación arbitraria en el marco de una relación laboral incoados vía acción de no discriminación de la Ley N° 20.609.....</b>	<b>65</b>
<b>1.1 Síntesis de las “Categorías Sospechosas” más invocadas en los casos analizados. ....</b>	<b>66</b>
<b>(i) Discriminación por Ideología u Opinión Política.....</b>	<b>68</b>
<b>(ii) Discriminación por Enfermedad o Discapacidad.....</b>	<b>76</b>
<b>(iii) Discriminación por motivos de Maternidad .....</b>	<b>84</b>
<b>(iv) Otras Categorías Sospechosas .....</b>	<b>91</b>
<b>2. Denuncias de discriminación arbitraria en el marco de una relación laboral accionados vía procedimiento de tutela laboral establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo. ....</b>	<b>94</b>
<b>2.1. Síntesis de las “Categorías Sospechosas” más invocadas en los casos analizados. ....</b>	<b>95</b>
<b>(i) Discriminación por sexo.....</b>	<b>96</b>
<b>(ii) Discriminación por motivos de enfermedad .....</b>	<b>97</b>
<b>(iii) Discriminación por edad.....</b>	<b>100</b>

(iv) Discriminación por ideología u opinión política.....	102
<b>3. Comparación entre ambas vías de acción en relación con sus elementos procesales más relevantes.....</b>	<b>111</b>
a) Legitimación Activa .....	112
b) Prueba .....	113
c) Sanciones y efectos de la sentencia.....	122
d) Otros aspectos procesales relevantes. ....	128
(i)Trámite de admisibilidad de la acción .....	128
(ii) Plazo de interposición de la acción y de tramitación del proceso.....	130
(iii) Suspensión provisoria del acto denunciado .....	131
<b>4. Reflexiones finales en torno al desarrollo del litigio antidiscriminación seguido en sede Civil y Laboral.....</b>	<b>133</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>136</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>142</b>
<b>ANEXO N°1: Fichas jurisprudenciales acción de no discriminación Ley 20.609.....</b>	<b>147</b>
<b>ANEXO N° 2: Fichas jurisprudenciales acción de Tutela Laboral por actos discriminatorios.....</b>	<b>231</b>

## **Resumen (abstract)**

El derecho a la no discriminación está resguardado en nuestro ordenamiento jurídico a través de distintos cuerpos normativos, a saber, la Constitución Política de la República, el Código del Trabajo y la nueva Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación arbitraria.

Ante un acto u omisión discriminatorio, los trabajadores de nuestro país tienen hoy, por tanto, más de una vía para accionar, siendo a nuestro juicio, las más relevantes para este efecto, la Tutela Laboral para la protección de Garantías Fundamentales, y la acción de no discriminación, recientemente incorporada en sede civil.

Como veremos en la investigación expuesta a continuación, estos procedimientos - cuyo bien jurídico a proteger es similar- no han logrado integrarse de manera suficiente para constituir un derecho antidiscriminación uniforme en nuestro país, y representan para los sujetos discriminados, dos vías de protección muy dispares en cuanto a su contenido y eficacia.



## **Introducción.**

De conformidad con lo dispuesto en nuestra Constitución Política de la República, *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*<sup>1</sup>. A su vez, el Estado tiene el

---

<sup>1</sup> Art. 1° Constitución Política de la República de Chile.

deber primordial de estar al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

A partir de estas breves ideas señaladas en las Bases de la Institucionalidad, emana uno de los principios más relevantes que inspiran todo nuestro ordenamiento jurídico, cuya consagración expresa consta en el Art. 19N°2 de la Constitución, esto es, el principio general de igualdad y no discriminación. En este sentido, el referido artículo dispone 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.”*

Para dar cumplimiento a este mandato, en nuestra historia más reciente se han realizado importantes cambios institucionales, políticos y legislativos, tendientes a adecuar las instituciones al sistema democrático y al principio del respeto irrestricto de los derechos humanos de hombres y mujeres. “Entre otras cosas, por ejemplo, en el ámbito institucional, en los últimos 20 años se han creado instituciones como el Servicio Nacional de la Mujer, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, el Instituto Nacional de la Juventud, el Fondo Nacional de la Discapacidad, el Servicio Nacional del Adulto Mayor, entre otras, dando cuenta de un intento real de los gobiernos por generar mecanismos institucionales, sectoriales, políticos y legales tendientes a eliminar las brechas existentes basadas en la discriminación, la intolerancia y en la falta de respeto por el otro”.<sup>2</sup>

No obstante ello, el avance de los tiempos y la globalización como fenómeno sociocultural han evidenciado que los contrastes, producto de una sociedad de conformación diversa, cotidianamente se resuelven mediante la intolerancia y actos discriminatorios, dando cuenta de que todos los esfuerzos realizados hasta hoy no han sido suficientes, y que por el contrario, la discriminación es una problemática latente desde hace larga data, cuya completa erradicación- por lo arraigada que se

---

<sup>2</sup> Historia de la Ley N°20.609, pág. 83.

encuentra en el comportamiento humano- requiere esfuerzos sociales, educativos, legislativos y políticos en ese orden.

Conviene tener presente que la discriminación como materia propiamente tal – tratada de manera autónoma respecto de <<la igualdad>>- ha sido conceptualizada no desde hace muchos años, logrando su incorporación en los instrumentos internacionales de derechos humanos a partir del siglo XX. En ese sentido, y sin perjuicio de que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 empleó la expresión discriminación en su artículo 7<sup>o3</sup>, su primera definición fue consagrada en un instrumento internacional, recién, en el Convenio Sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) de 1958, al siguiente tenor:

*“Art. 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 (...).”*

A partir de esta definición, y solo aproximándonos al concepto para efectos de introducirnos a esta temática, podemos señalar en términos sencillos -tal y como ha formulado el autor Claudio Kiper- que la discriminación consiste en *“en hacer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa, sobre la base del grupo, clase o categoría a la que pertenece, más bien que a sus propios méritos”*<sup>4</sup>. Es relevante mencionar que precisamente la última parte de esta definición es la que nos entrega luces respecto del tipo de discriminación que efectivamente se encuentra proscrita, esto es, la discriminación arbitraria, o aquella que no descansa en justificación o motivo racional alguno.

Poniendo el foco de atención en la legislación chilena, es menester recordar que el

---

<sup>3</sup> “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

<sup>4</sup> KIPER, Claudio Marcelo. “Derechos de las minorías ante la discriminación”. Buenos Aires, Argentina. 1998.

principio de “No discriminación arbitraria” informa la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico, y encuentra reconocimiento expreso en la Constitución Política de la República, en el Código del Trabajo, y, desde el año 2012 también en la Ley N°20.609 (o “Ley Antidiscriminación”), la que fue promulgada luego de los dolorosos acontecimientos que remecieron a nuestro país en marzo de 2012, donde en razón de su homosexualidad, un joven de 24 años fue brutalmente golpeado hasta la muerte en el Parque San Borja, lo que importó la aprobación de una ley que llevaba 7 años de tramitación en el Congreso, y que fue bautizada informalmente con su apellido – Ley Zamudio-.

Esta Ley, más allá de los objetivos políticos y programáticos que buscó con su dictación, viene a instaurar un nuevo mecanismo judicial, -la “acción de no discriminación arbitraria”- cuyo objeto es restablecer eficazmente el imperio del derecho cuando se ha cometido un acto de discriminación arbitraria, ya sea por parte de Agentes del Estado (incluyendo los servicios de la Administración del Estado y/o de las Municipalidades) o por particulares. Este ámbito de aplicación –de amplio espectro- es precisamente el aspecto más significativo de la norma para efectos de la presente investigación, especialmente atendido que, tal y como se mencionó, tanto en nuestra Constitución Política como en el Código del Trabajo, el legislador ya ha consagrado acciones con similares objetivos, cuya aplicación conjunta hoy es incompatible.

En este sentido, estimamos que es precisamente la regulación antidiscriminación contenida en el Código del Trabajo, a propósito de la Tutela de Garantías Fundamentales del Trabajador, aquella que por sus particularidades, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial – a nuestro juicio muchísimo más eficaz que el Recurso de Protección para resguardar esta garantía- invita a reflexionar respecto de cómo el legislador protege hoy el derecho a la no discriminación de cada ciudadano mediante la consagración de distintas acciones judiciales dispuestas para este efecto, y a su vez, cómo efectivamente nuestros Tribunales están tratando las denuncias relativas a esta materia, especialmente en sede Civil (en virtud de la nueva Ley N°20.609) y Laboral.

En este contexto, nos parece especialmente relevante observar las repercusiones que la implementación de la Ley Zamudio ha tenido en materia laboral, e identificar qué criterios inclinan la balanza a favor de uno u otro procedimiento, habida consideración de que ante un acto u omisión que importe una discriminación arbitraria, el trabajador puede optar, ya sea por la Acción de no Discriminación, o por el Procedimiento de Tutela Laboral, siendo este último el procedimiento por especialidad donde deberían ventilarse los casos de discriminación sufridos en el ámbito laboral.

De este modo, podríamos pensar a priori, que esta decisión dependerá, por ejemplo, de la hipótesis de discriminación que se invoque; así, en caso de actos discriminatorios cuyo tema subyacente es la identidad de género o determinación sexual, el trabajador probablemente accionará Vía Ley Zamudio, toda vez que estas hipótesis están reconocidas explícitamente en esta ley, a diferencia del Art. 2° del Código del Trabajo, donde no están específicamente regulados. Otro criterio a tener en cuenta serán también las prestaciones económicas pretendidas por el demandante, toda vez que, como se verá, la acción de no discriminación no contempla indemnizaciones, a diferencia de lo que ocurre en materia laboral.

En síntesis, el objeto de este análisis, y el propósito principal de la presente investigación, es analizar, a la luz de la dictación de la ley N° 20.609 denominada “De la no discriminación”, las implicancias y alcances que su implementación ha tenido en el ámbito de la jurisprudencia laboral, desde su dictación en junio de 2012 y hasta el año 2016, en particular, atendida la “Acción de no discriminación” que consagra la nueva ley -cuyo ámbito de aplicación alcanza, sin lugar a dudas, relaciones de naturaleza laboral- logrando identificar las falencias y las virtudes de cada procedimiento -siendo propositivas en torno a las mejoras que a nuestro juicio deberían implementarse-, y a su vez, determinando a partir de la comparación de ambos procedimientos, finalmente, cuál de estos representa el mecanismo más favorable para el trabajador a fin de salvaguardar y garantizar su derecho a no ser discriminado arbitrariamente en el contexto laboral.

Para estos efectos, en primer término, efectuaremos un somero análisis de la Ley N°20.609, repasando sus objetivos y los aspectos procesales más relevantes de la Acción de No Discriminación en ella consagrada. En segundo lugar, expondremos en idénticos términos los principales aspectos del procedimiento de Tutela Laboral contenido en el Código del Trabajo, a fin de que el lector pueda reconocer, en teoría, las características y particularidades procesales de ambas acciones de acuerdo a su regulación legal; y, por último, a fin de reconocer las implicancias de la Ley de No discriminación en el ámbito laboral, efectuaremos un análisis comparativo respecto del desarrollo del litigio antidiscriminación en ambas sedes, en el periodo que comprende desde la publicación de la Ley N°20.609 (Julio 2012) hasta Agosto de 2016, a través de una investigación basada en recolección y análisis de datos jurisprudenciales. En relación con este último objetivo, hacemos presente que, al final de esta investigación se acompañan los Anexos N°1 y 2°, donde se encuentran sistematizadas en forma de fichas jurisprudenciales, 19 sentencias estudiadas en sede Civil, y 13 sentencias pronunciadas por tribunales laborales, con una breve referencia respecto de los antecedentes y partes de la causa, defensa del denunciado, pronunciamiento del tribunal, y comentarios de las infrascritas, a fin de que el lector las consulte libremente para contextualizar el análisis expuesto en el último capítulo de esta investigación.

Esperamos que el presente trabajo, y en particular, la jurisprudencia analizada en ambas sedes, constituya una invitación al debate y a la reflexión en torno a las distintas formas que puede adoptar la discriminación hoy en día, lo gravoso que resulta la invisibilización de esta problemática, especialmente cuando se presenta en el ámbito laboral, y finalmente, que resulte útil como insumo a efectos de avanzar en la construcción y desarrollo de un derecho antidiscriminación efectivo, tanto desde un plano teórico, como desde el práctico. A este respecto, concordamos plenamente con lo expuesto por la Sra. Cecilia Pérez –Ex Ministra del SERNAM en el año 2005- quien durante el debate legislativo de la Ley N°20.609 señaló que *“hoy, como sociedad, insertos de lleno en el mundo mediante avanzados procesos de integración económica y exitosas alianzas comerciales, debemos relevar el valor de*

*la persona humana. No basta con mostrar índices exitosos en materia de desarrollo macroeconómico si, por otro lado, el espacio compuesto por las personas y su entorno, sea cual sea, se encuentra regido por relaciones discriminatorias y agraviantes”.*

## **Capítulo I: Aspectos generales de la Ley N°20.609.**

### **1.-Objetivos.**

#### **1.1 Proyecto de Ley: Establece medidas contra la discriminación.**

*La "globalización es un fenómeno que se está produciendo cada vez con mayor rapidez. Los países, las economías, las culturas y los estilos de vida se acercan, se universalizan y se funden. No obstante, los contrastes se acentúan, la intolerancia aumenta; las sociedades son más diversas en su conformación, y, a la vez, mantienen en su seno sus propias tensiones socioculturales, que muchas veces son*

*resueltas a través de conductas discriminatorias, incluso violentas".<sup>5</sup>*

De esta manera principia el Mensaje del Proyecto de Ley ingresado a tramitación con fecha 14 de marzo de 2005, durante el gobierno del ex Presidente de la República don Ricardo Lagos Escobar, que buscó establecer medidas contra la discriminación.

El Estado de Chile, como Estado parte en múltiples Tratados Internacionales, ha reconocido y se ha comprometido a respetar -ya desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre- la dignidad intrínseca y los derechos fundamentales de todos los seres humanos, entre los que se encuentra el derecho a la "no discriminación". De este modo, Chile ha reconocido, al menos constitucionalmente, el principio de igualdad y de no discriminación arbitraria.

No obstante esta consagración a nivel constitucional, y tal como ha sido recogido en otras legislaciones alrededor del mundo, parece existir cierto entendimiento generalizado respecto de que la norma de rango constitucional es, por un lado, deficiente como fórmula única para tutelar adecuadamente el principio de no discriminación arbitraria, y, por otra parte, carente de la dinamicidad que suponen, por ejemplo, las normas de rango legal, para reformularse en cuanto al contenido normativo del principio jurídico que buscan resguardar, y ponerse a la par de los avances que el mundo moderno implica. Dicho de otra manera, la norma de rango constitucional resultó deficiente -y así pareció entenderlo el Ejecutivo-, toda vez que únicamente enumera algunas formas de discriminación, sin establecer una acción general o especial de protección para hacerles frente, y, por otra parte, porque impide su adecuación eficaz conforme con los avances del mundo moderno, lo que excluye nuevas conductas discriminatorias.

Por otra parte, en la época de presentación de este Proyecto de Ley, fue necesario atender a la realidad material existente a ese momento en nuestro país. Según las cifras arrojadas por el censo del año 2002, un 83,25% de la población en nuestro país correspondía a niños (as), adolescentes y mujeres. Los adultos mayores

---

<sup>5</sup> Mensaje del Ejecutivo N°315-352 del proyecto de Ley que "Establece medidas contra la discriminación", pp.5.



constituían el 11,4%. Sumando estos datos, resultaba que el 94% de la población nacional estaba conformada -en ese entonces- por sectores considerados paradójicamente como "minoritarios", pues se encontraban en mayor riesgo de ser objeto de alguna forma de violencia o discriminación.

En ese contexto, la presentación de un proyecto que buscara hacer frente a la discriminación no solo era un deber del Estado atendidos los compromisos internacionales que lo obligaban a ello, sino que, además, era una necesidad que la propia conformación de nuestra sociedad demandaba. En efecto, todos los grupos "minoritarios" en nuestro país conformaban una inmensa y desprotegida mayoría.

Así las cosas, el Proyecto de Ley que establecía medidas en contra de la discriminación arbitraria, originalmente se conformó de cuatro contenidos fundamentales:

**(i) El deber del Estado.** *“Respecto de la elaboración de políticas y acciones necesarias para garantizar que las personas no sean discriminadas en el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Con ello, se compromete a todos los órganos del Estado para lograr que la no discriminación sea una realidad, previniendo y eliminando todas las acciones u omisiones que arbitrariamente atenten contra ella.”*<sup>6</sup>

**(ii) La discriminación arbitraria.** En segundo lugar, el Proyecto se encarga de establecer un concepto de discriminación arbitraria, para lo cual utiliza cuatro variables.

La primera variable es la definición de las modalidades que pueda adoptar la discriminación arbitraria, sea que esta ocurra en el ámbito público o privado. Esta se puede traducir en distinciones, exclusiones, restricciones o en preferencias. A su vez, cualquiera de estas modalidades se puede realizar por acción u omisión.

Con el fin de acotar más este tipo de discriminación, el Proyecto consideró una

---

<sup>6</sup> *Ibíd.* Pág. 8

segunda variable: esta debe basarse en cierto criterio de distinción, exclusión, restricción o preferencia. Dichos criterios se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Código del Trabajo, como en el Estatuto Administrativo. Todos estos criterios son condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad. Son en total veinte criterios: raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquier otra condición social o individual.

La tercera variable que utilizó el Proyecto para definir la discriminación arbitraria, es que la calificación de la conducta discriminatoria no está asociada a un resultado determinado, ya sea de anulación o menoscabo, en el reconocimiento o ejercicio de un derecho. Es decir, no se requiere daño para que la discriminación sea reprochable.

Finalmente, la discriminación debe ser arbitraria. No se exige, por tanto, la ilegalidad como factor de configuración, sino que la falta de fundamento, de proporcionalidad o de desviación de fin.

**(iii) Acción especial de no discriminación.** El tercer aspecto del Proyecto es el establecimiento de una acción para reclamar por las discriminaciones arbitrarias que se interpone ante los Tribunales de Justicia. Con ello se busca asegurar la materialización del mandato de no discriminar.

Sobre este punto nos referiremos más en extenso en el apartado siguiente, sin perjuicio de que conviene mencionar que durante la lata tramitación que tuvo el proyecto de Ley en el Congreso, fue la instauración de esta acción un punto sumamente conflictivo. A mayor abundamiento, hacemos presente que fue la propia Corte Suprema quien rechazó la instauración de esta acción, manifestando que, atendida la existencia del Recurso de Protección, la creación de una acción particular devendría en innecesaria.

**(iv) Norma penal especial.** El cuarto aspecto del Proyecto lo constituye una

modificación al artículo 12 del Código Penal, relativo a las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, con la finalidad de establecer una nueva agravante, esta es, la comisión del acto delictivo motivado por la discriminación.

La configuración de la agravante que se crea, procede en todo crimen, simple delito o falta.

Asimismo, exige la concurrencia de alguno de los criterios o factores de discriminación señalados en la presente ley, y que se reiteran, en forma coincidente, en la enmienda al Código Penal.

La incorporación de esta norma penal especial, implica abordar o hacerse cargo de la dimensión punitiva que acarrear los actos cometidos con ocasión de la discriminación.

## **1.2 Ley N°20.609: Establece medidas contra la discriminación arbitraria.**

Tal y como adelantamos en el apartado anterior, este Proyecto de Ley no tuvo una tramitación ágil ni exenta de conflictos. En efecto, transcurrieron 7 años desde su ingreso a tramitación, hasta que finalmente entró en vigencia el 24 de julio del año 2012, luego de las presiones que implicó para el Congreso y el Ejecutivo el acontecimiento de dolorosos y connotados sucesos de discriminación, como lo fue la muerte del joven Daniel Zamudio, y el caso de la jueza Karen Atala.

### **1.2.1 Propósito de la Ley.**

La actual Ley que "Establece medidas contra la discriminación" (también "Ley de no discriminación" o "Ley Zamudio"), en su artículo 1° establece expresamente cuál es su propósito, en los siguientes términos:

**"Artículo 1°. - Propósito de la ley.** *Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.*

*Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a*

*garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."*

Este propósito, fue una de las modificaciones relevantes que tuvo el Proyecto de Ley durante su tramitación. En efecto, el Proyecto originalmente presentado por el Ejecutivo señalaba en su artículo 1°, que:

*"Las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona".*

A nuestro juicio, la modificación del original artículo primero de la Ley es un acierto, toda vez que establecía un propósito excesivamente ambicioso, lo que podría haber convertido a esta ley en una mera declaración de principios y buenas intenciones. En ese sentido, compartimos lo expuesto por el Diputado Gonzalo Ibáñez, quién durante el período de discusión señaló que:

*"Sin embargo, en su texto hay algunas disposiciones importantes que llaman la atención, tal vez porque les falta mayor reflexión, mayor técnica. Por ejemplo, el artículo 1° dice: "Las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar toda discriminación arbitraria que se ejerza contra cualquier persona que suprima o menoscabe los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales en que Chile sea parte.*

*Luego, la iniciativa crea una acción especial para ser ejercida ante la Corte de Apelaciones respectiva. Pero ella sólo se puede entablar una vez que los hechos de discriminación ya han sucedido. Por lo tanto, aquí el verbo "prevenir" queda completamente desfasado; no corresponde prevenir. Por supuesto, corresponde hacerlo de otras maneras, como a través de la acción de distintas autoridades.*

*Asimismo, la expresión "eliminar toda discriminación arbitraria" es un poco excesiva y pretenciosa. Aquí se trata de poner término a determinada discriminación arbitraria a través del ejercicio de una acción ante las cortes de apelaciones. Por eso los verbos*

*rectores de este proyecto de ley me parecen bastante - por no decir "profundamente"-errados y merecen un nuevo análisis, tarea que probablemente debamos dejar al Senado".<sup>7</sup>*

Por otro lado, el actual artículo primero de la Ley vino a zanjar la discusión que marcó toda la tramitación de este Proyecto, esto es, el establecimiento de una acción especial de protección contra la discriminación arbitraria. De este modo, la Ley de No Discriminación viene a ser una herramienta que pese a intentar tener un carácter preventivo, es eminentemente una acción restitutoria de derechos, cuya mayor preponderancia deviene efectivamente una vez que se ha cometido un acto de discriminación, posibilitando el restablecimiento del estado de derecho mediante el ejercicio de la acción por parte de la víctima o sujeto discriminado.

Lo anterior sin duda es sin perjuicio de su inciso 2°, donde se reconoce explícitamente el deber del Estado de garantizar el ejercicio de derechos y garantías fundamentales de todos los ciudadanos, sin discriminación arbitraria, lo que debe indefectiblemente materializarse mediante la elaboración de políticas públicas orientadas en ese sentido.

## **2. Concepto de discriminación arbitraria.**

La Ley en su Artículo 2° nos entrega la definición de discriminación arbitraria en los siguientes términos:

*"Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y 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, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o*

---

<sup>7</sup> Historia de la Ley N°20.609, pp. 169.

*participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.*

A este respecto, variados autores han considerado que la Ley introdujo en el derecho chileno el conjunto más completo de lo que se ha llamado “categorías sospechosas”.<sup>8</sup> Con anterioridad a ella, en nuestra legislación únicamente el Código del Trabajo contenía una enumeración amplia de esas categorías, en su artículo 2° inciso 4°, pero esta es menos exhaustiva que la que introduce la nueva Ley.<sup>9</sup>

Es relevante precisar que para establecer qué se entiende por discriminación la Ley entrega en primer término un criterio general (*<<toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable>>*) para luego establecer el listado de "categorías sospechosas".

Los Tratados Internacionales ratificados por Chile, por su parte, contienen varias de las categorías "repcionadas" en la Ley. Así, por ejemplo, en el sistema de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2° prohíbe las distinciones basadas en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En el mismo sentido la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1.1 impone esta obligación en forma similar. En ambos casos, y esto es una característica general de los Tratados sobre Derechos Humanos en este aspecto, se introduce la categoría abierta de "otra condición social", lo que permite a las partes y órganos ejecutores una interpretación evolutiva de aquellos.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup>VIAL SOLAR, Tomás. "La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento". Anuario de Derechos Humanos. Pp.187

<sup>9</sup> Art. 2° inc.4 del Código del Trabajo: "Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación."

<sup>10</sup>VIAL SOLAR, Tomás. Óp. Cit. Pág.188

Sobre estas categorías, la doctrina ha señalado que usualmente se considera que los factores prohibidos de discriminación tienden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona (tales como el color o la raza) o bien a factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data (por ejemplo, la religión o el origen nacional). *“Se trata, desde otra mirada, de motivos o categorías a partir de los cuales las personas tienden a reconocerse a sí mismas y, en ese sentido, mucho tienen que ver con la identidad de cada quien, lo que puede explicar en parte la ampliación de las categorías sospechosas que han ido produciéndose en el derecho internacional antidiscriminatorio motivada por los aumentos de reclamos por reconocimiento de todas las identidades y diferencias”*.<sup>11</sup>

Este listado sufrió numerosas modificaciones y ampliaciones durante la discusión legislativa, especialmente debido a los reparos de los sectores parlamentarios más conservadores respecto de las categorías relativas a la identidad sexual de las personas, muy particularmente en relación con la identidad de género y la orientación sexual.

Por otra parte, nos parece relevante atender a la idea contenida en el encabezado del artículo, en orden a señalar que la discriminación arbitraria puede ser efectuada tanto por particulares como por Agentes del Estado, dejando en claro el efecto horizontal que tendría el principio de igualdad y no discriminación. En ese sentido, resulta del todo acertado entender que este derecho humano debe ser cautelado y respetado no solo por el Estado y la Administración, sino también por los particulares.

Un punto que algunos autores han marcado como especialmente negativo en la definición -en contraste con la idea de discriminación que puede hacerse surgir de los artículos de la Constitución Política de 1980 que se refieren a ella- es la necesidad de vincular la discriminación con otro derecho, privando de autonomía a la

---

<sup>11</sup> GAUCHE MARCHETTI, Ximena. “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”. Año 2014. Pág.19.

no discriminación en sí misma en cuanto derecho. En otras palabras, de no existir distinción, exclusión o restricción vinculada a derechos establecidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes, la acción de la Ley N°20.609 se torna ineficaz y deja como único camino la posibilidad de un recurso de protección fundado en la garantía de igualdad ante la ley. Por la importancia que tiene la no discriminación -norma de ius cogens según se ha señalado en doctrina- no podemos sino compartir que debió ser considerado el propio derecho a no ser discriminado, con total autonomía, no restringiendo la acción sólo a la afectación de otras garantías.

Dentro de la definición también aparece como un punto falto de precisión jurídica la numeración de "categorías sospechosas". En efecto, el listado es taxativo en su enumeración al no usar la formula residual "u otra condición", propia del derecho internacional en esta materia, lo que le daría sin duda el carácter de clausula abierta. No obstante, al utilizar la expresión "en particular cuando se funden en...." abre la posibilidad para entenderla como una enumeración no cerrada. Sin duda este aspecto pudo ser precisado en la lata tramitación legislativa del Proyecto.

Otra crítica relevante en este orden, y a la adscribimos absolutamente por sus enormes repercusiones en el litigio antidiscriminación, ha sido el hecho de que la definición de discriminación consagrada en el artículo 2 de la Ley solo contempla una forma de discriminación -la "discriminación directa"-omitiendo completamente la que para nosotras y gran parte de la doctrina representa la forma más usual y ocurrente de discriminación, esto es, la "discriminación indirecta". En ese sentido, y cómo quedará en evidencia en el transcurso de la presente investigación, los actos de apariencia aparentemente neutra pero que solapadamente entrañan una motivación discriminatoria abundan especialmente en el contexto laboral -motivo por el que la discriminación indirecta ha sido ampliamente reconocida en esa sede- por lo que su omisión en la Ley N°20.609 resulta una de sus grandes falencias, con evidentes repercusiones en materia probatoria, tal y como se comprobará en el análisis jurisprudencial expuesto en el capítulo tercero de este trabajo.



Por último, en relación con la discriminación arbitraria y su conceptualización, sostenemos que sin perjuicio de las múltiples críticas e imprecisiones que se pueden observar fácilmente respecto de la Ley, la construcción de un derecho antidiscriminación debe tender no solo a conceptualizar correctamente la discriminación o las categorías sospechosas, sino también a entender la discriminación en su contexto más puro, como una condición de subordinación o desventaja, y a partir de eso ofrecer todas las herramientas tanto jurídicas, sociales, educativas, etc., para combatirla, lo que solo será posible -con esta Ley como puntapié inicial- a través de una jurisprudencia antidiscriminación efectiva. Dicho de otra manera, a nuestro juicio la pulcritud de esta Ley en cuanto norma, mirada en abstracto, es irrelevante para el asentamiento de un derecho antidiscriminación que sea realmente efectivo si no se acompaña de una jurisprudencia antidiscriminación que reflexione, teorice, precise conceptos, y desarrolle hipótesis discriminatorias que no estén especialmente contempladas en el texto de la Ley, entendiendo este como un fenómeno social complejo y dinámico que debe ser atendido en todas sus dimensiones para así hacerle frente.

### **3. Situaciones de discriminación toleradas.**

Excepcionalmente, la propia Ley acota o matiza su concepto de discriminación arbitraria, señalando que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados (raza, etnia, nacionalidad, etc.) se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos al respeto y protección de la vida privada y honra de la persona y su familia; la libertad de conciencia y culto; la libertad de enseñanza; la libertad de informar y emitir opinión; el derecho de asociación; la libertad de trabajo, y el derecho a ejercer actividades económicas lícitas.

Así, por ejemplo, a propósito de las aptitudes o condiciones especiales para optar a determinado trabajo, el Código del Trabajo dispone que un 85%, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador sea de nacionalidad chilena, lo cual tiene también respaldo constitucional.

Esta disposición ha sido objeto de múltiples críticas desde la óptica de los derechos humanos, toda vez que parece establecer una verdadera jerarquía de derechos, donde a simple vista, y desde una posible situación práctica, fácil es suponer que el conflicto podría darse por resuelto a priori por la ley a favor de uno de los derechos en juego, como si el derecho a la no discriminación fuese un derecho de categoría siempre inferior a los señalados en este artículo.

#### **4. Procedimiento.**

**4.1 Legitimación activa.** De conformidad con el Art. 4° de la Ley: *"La acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación.*

*También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, estos se encuentren también impedidos de deducirla."*

**4.2 Plazo y forma de interposición.** El Artículo 5° de la ley señala que *"La acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión.*

*La acción se interpondrá por escrito, pudiendo, en casos urgentes, interponerse verbalmente, levantándose acta por la secretaría del tribunal competente."*

**4.3 Proceso.** Una vez deducida la acción de no discriminación ante el Juzgado Civil competente, el Tribunal realizará un examen de admisibilidad, siendo declarada inadmisibile la acción 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 siguientes del Código del Trabajo.

Esta letra da cuenta de la incompatibilidad de acciones establecida por el legislador, en virtud de la que respecto de un mismo hecho, se prohíbe accionar conjuntamente en otra sede (ya sea protección, amparo o laboral).

b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.

c) Cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley.

d) Cuando carezca de fundamento. El juez deberá declararlo por resolución fundada.

e) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.

Además, el artículo 6° señala a continuación que si la tramitación a que se refiere la letra a) se produce después de que haya sido admitida a tramitación la acción de no discriminación arbitraria, el proceso iniciado mediante esta última acción terminará por ese solo hecho.

A este respecto, es evidente que el legislador ha establecido un trámite de admisibilidad riguroso, que implica no solo constatar el cumplimiento de requisitos de forma (como el cumplimiento del plazo para deducir la acción) sino que, por el contrario, estableció un trámite de admisibilidad que derechamente examina el fondo del asunto, mirando el hecho discriminatorio y el fundamento de la acción deducida. En el transcurso de la presente investigación podremos observar cual ha sido el resultado de este trámite de admisibilidad en la práctica judicial, su rigurosidad y el efecto que ha tenido en la práctica respecto de la interposición de esta acción.

Deducida la acción, y admitida a tramitación, el Tribunal requerirá informe a la persona denunciada y a quien estime pertinente, notificándolos personalmente. Los informes deberán ser evacuados por los requeridos dentro de los diez días hábiles

siguientes a la respectiva notificación. Cumplido ese plazo, el Tribunal proseguirá la tramitación de la causa, aun sin los informes requeridos.

Es relevante hacer presente que la Ley contempla, además, la posibilidad de ordenar la suspensión provisional del acto reclamado. De este modo, en cualquier momento del juicio el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado, y el Tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior. El Tribunal tiene la facultad de revocar la suspensión provisional del acto reclamado, ya sea de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, cuando no se justifique la mantención de la medida.

Este aspecto nos resulta absolutamente relevante a la hora de analizar la acción de no discriminación y su eficacia. En efecto, esta posibilidad, muy similar a la Orden de no Innovar, a nuestro juicio es un aspecto del todo positivo para dotar a este procedimiento de agilidad y eficacia, no obstante mediante el análisis de casos podremos evaluar en lo sucesivo: (i) su aplicación por parte de los Tribunales; (ii) si su procedencia resulta en extremo restringida, y, (iii) las medidas que puede adoptar el Tribunal para exigir compulsivamente la suspensión del acto reclamado en caso de negativa por parte del sujeto responsable.

Evacuados los informes, o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal fijará una audiencia para el quinto día hábil contado desde la última notificación que de esta resolución se haga a las partes, la que se practicará por cédula.

Dicha audiencia tendrá lugar con la parte que asista. Si lo hacen todas ellas, el Tribunal las llamará a conciliación.

Si una de las partes no asiste o si concurriendo ambas no se produce la conciliación, el Tribunal, en la misma audiencia, citará a las partes a oír sentencia si no hubiera hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Si los hubiere, en la misma audiencia recibirá la causa a prueba, resolución que podrá impugnarse mediante reposición y apelación subsidiaria, la que se concederá en el solo efecto devolutivo.

Estos recursos deberán deducirse dentro del tercer día hábil contado desde el término de la audiencia.

Recibida la causa a prueba, las partes tendrán el plazo de 3 días hábiles para proponer al Tribunal los medios de prueba de los cuales pretenden valerse, debiendo presentar una lista de testigos si desean utilizar la prueba testimonial.

En relación con la prueba, y siendo a nuestro juicio otro aspecto procedimental positivo, la Ley establece que "*serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe*". La valoración de la prueba será conforme a las reglas de la sana crítica.

A este respecto, conviene tener presente la relevancia de la prueba en el ejercicio de esta acción. En efecto, y tal como se verá en lo sucesivo, si bien el legislador ha establecido la procedencia de todos los medios de prueba que se hayan obtenido por medios lícitos -lo que nos parece positivo- ha mantenido la carga de la prueba íntegramente en el denunciante, lo que en determinados casos importa acreditar derechamente el ánimo subjetivo del denunciado. En este sentido, como se evidenciará al finalizar la presente investigación, el consagrar este tipo de prueba y no incorporar la reducción probatoria que rige en materia laboral ha sido, a nuestro juicio, una de las mayores falencias de esta acción, más aun, al recordar que el legislador omitió reconocer los actos de discriminación indirecta, tal y como se adelantó en un párrafo precedente.

Continuando con la tramitación, acto seguido, el Tribunal dictará una resolución fijando la fecha para la realización de la audiencia de recepción de las pruebas, que deberá tener lugar entre el quinto y el décimo día hábil posterior a dicha resolución. Si tal audiencia no fuere suficiente para recibir todas las pruebas que fueren procedentes o si las partes piden su suspensión por motivos fundados o de común acuerdo, lo que podrán hacer solo por una vez, se fijará una nueva audiencia para dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la anterior. Finalizada la última audiencia de prueba, el Tribunal deberá citar a las partes a oír sentencia.

El Tribunal fallará dentro de los quince días hábiles siguientes a aquel en que la causa hubiera quedado en estado de sentencia. Durante este periodo, podrá de oficio decretar medidas para mejor resolver, las que deberán ser cumplidas dentro del plazo de 15 días hábiles, contado desde la fecha de la resolución que las disponga.

Vencido este término, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el Tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite.

**4.4. Sanciones.** En la sentencia se declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Si hubiere existido discriminación arbitraria, el Tribunal aplicará, además, una multa que puede ir desde cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio.

Por el contrario, si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el Tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias a beneficio fiscal.

**4.5 Recursos.** La sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución serán apelables, dentro de cinco días hábiles, para ante la Corte de Apelaciones que corresponda, ante la cual no será necesario hacerse parte.

Interpuesta la apelación, el Tribunal elevará los autos el día hábil siguiente.

La Corte de Apelaciones agregará extraordinariamente la causa a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo. Deberá oír los alegatos de las partes, si éstas los ofrecen por escrito hasta el día previo al de la vista de la causa, y resolverá el

recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que quede en estado de fallo.

## **5. Incompatibilidad de acciones.**

Como bien esbozamos con anterioridad, un punto controvertido durante la tramitación de la Ley fue precisamente la creación de la acción de no discriminación arbitraria. Esta acción puede deducirla el directamente afectado por la acción u omisión que importa una discriminación arbitraria, su representante legal o cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla.

El legislador decidió a este respecto que el ejercicio de esta acción es incompatible con otras de naturaleza tutelar, como por ejemplo la Acción de Protección, el Recurso de Amparo y la Acción Laboral en Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

Esta incompatibilidad de acciones está expresamente consagrada en el Art. 6° de la Ley, la que señala –a propósito de la admisibilidad de la acción- que “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 siguientes del Código del Trabajo”.*<sup>12</sup>

A nuestro juicio, esta incompatibilidad de acciones tiene su origen en el informe desfavorable que presentó en 2 oportunidades la Corte Suprema respecto de este Proyecto de Ley. A su entender, y según expuso en su informe de fecha 15 de noviembre de 2005 “[...] el derecho que se pretende amparar ya se encuentra consagrado en el N°2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al tratar la igualdad ante la ley, para cuya tutela jurídica existe el recurso de

---

<sup>12</sup> Art. 6° de la Ley N°20.609.

*protección.*"<sup>13</sup> Así, y debido a la insistencia por la instauración de esta acción especial, la Corte terminó por aceptar su creación, mientras se resguardara debidamente el privilegio del estatuto constitucional, lo cual se materializa mediante la preclusión que opera respecto de la acción establecida en la Ley N°20.609 una vez interpuesta la acción de protección (o las otras acciones de naturaleza tutelar ya referidas).

De igual manera, lo que buscó el legislador a este respecto fue evitar la posibilidad de decisiones contradictorias en torno a una misma materia, cuestión que sería perfectamente factible al poder accionar por distintas vías de manera simultánea.

Las consecuencias de este aspecto de la Ley las analizaremos con mayor precisión en los capítulos siguientes de la presente investigación. Por lo pronto, planteamos la interrogante que surge de inmediato respecto de la incompatibilidad de acciones: ¿Qué aspectos resultan decisivos para decidir accionar en esta sede y no en los otros procedimientos tutelares?, o bien, y ahora abocándonos al objeto de la presente investigación, ¿Qué aspectos resultan decisivos para que un trabajador opte por accionar vía Ley de no discriminación arbitraria, versus el Procedimiento de Tutela Laboral?

---

<sup>13</sup> Historia de la Ley N°20.609, pág.395.



## Capítulo II: No discriminación en el Derecho Laboral

### 1. Marco Normativo

La regulación antidiscriminación se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico desde mucho antes de la promulgación de la Ley N° 20.609, teniendo consagración tanto en la Constitución Política de la República como en el Código del Trabajo. El derecho fundamental a no ser discriminado es exigible en las relaciones entre particulares y especialmente en las de carácter laboral.

A nivel mundial las regulaciones relativas a la no discriminación tienen sus inicios en el siglo XX y se han desarrollado desde esa fecha hasta nuestros tiempos. Entre los principales instrumentos internacionales en que estas normas fueron consagradas podemos mencionar los siguientes:

1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, como primera declaración mundial sobre la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos, aprobada en 1948, en cuyo artículo 1° se afirma la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos. En su artículo 2° esta Declaración expresa que *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*, adicionalmente indica *“que no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona”*. Finalmente, en su artículo 7° trata la igualdad ante la ley y establece la igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración<sup>14</sup>;

2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominado Pacto San José de Costa Rica, aprobada en 1969, la que en su artículo 24 y siguiendo a la

---

<sup>14</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, Art 7°. - Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Declaración de 1948, establece la igualdad ante la ley y la no discriminación<sup>15</sup>;

3) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuya vigencia principia a partir del año 1976, el que en sus artículos 3° y 26°<sup>16</sup> proclama el compromiso de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres y establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a ser protegidos de igual forma por esta, sin discriminación alguna;

4) El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entrado en vigor el mismo año que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el que en su artículo 2 numeral 2°<sup>17</sup> dispone garantizar el ejercicio de los derechos en el consagrados, sin discriminación alguna.

A partir de los dispuesto en los distintos instrumentos internacionales antes referidos, podemos señalar que la conducta discriminatoria, es aquella conducta “[...] *contraria a la igualdad, que consistirá en una diferencia de trato arbitraria, es decir, sin justificación objetiva y razonable, en el ejercicio de los derechos consagrados.*”<sup>18</sup>

Pareciera ser entonces que entre la igualdad y la no discriminación existe una relación bastante estrecha, toda vez que la discriminación importa romper con el principio de igualdad dando un trato diferenciado a dos sujetos, lo que en caso de ser arbitrario o injustificado implicará necesariamente una vulneración de derechos. En ese sentido, es claro que tanto la igualdad como el derecho a la no discriminación

---

<sup>15</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art 24°.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

<sup>16</sup> Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Art 3°.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos Art. 26°.- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>17</sup> Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2 n°2.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>18</sup> SEVERIN CONCHA, Juan Pablo, “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”, Revista de Derechos Fundamentales, N° 7, Universidad Viña del Mar, 2012, pág. 61

arbitraria son derechos inherentes a todas las personas, los que deben observarse en todos los ámbitos y relaciones humanas. Más aun, tal como ha sido reconocido en la Ley N° 20.609, el acto discriminatorio puede ser realizado tanto por el estado y sus agentes, como por particulares, salvaguardando de ese modo el debido respeto a la no discriminación en todos los espacios en que pueda desenvolverse el ser humano.

Para efectos de la presente investigación, resulta de especial interés como ha influenciado la nueva legislación antidiscriminación las relaciones laborales, especialmente atendido que la Ley N° 20.609 viene a introducir una acción nueva respecto de garantías que ya se encontraban tuteladas en el Código del Trabajo, y así mismo, atendidas las categorías sospechosas que introduce el nuevo texto legal, lo que sin lugar a dudas debe haber repercutido en las relaciones entre trabajadores y empleadores.

En efecto, en el ámbito laboral, ya desde sus inicios la Organización Internacional de Trabajo (en adelante “OIT”) ha tenido una especial preocupación por la igualdad y el derecho a la no discriminación en el empleo. Esta preocupación se manifiesta en el preámbulo de la constitución de la organización del año 1919, en la que se insta a mejorar las condiciones laborales para una serie de trabajos que entrañan un elevado grado de injusticia, miseria y privaciones, y se reconoce el principio de salario igualitario por un trabajo de igual valor.

Del mismo modo, se manifiesta también en la Declaración de Filadelfia del año 1944 en la cual se establece, que *“[...] todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades [...]”*.

Con posterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptaron, en el marco de la OIT, dos instrumentos de gran relevancia para la materia de igualdad y discriminación en el ámbito laboral: los Convenios N° 100 y 111 de la OIT, además de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, que como habíamos mencionado anteriormente,

considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental.

Es ya en 1971 que Chile, como miembro integrante de la OIT, ratifica el convenio N° 100 (año 1951) que versa sobre la igualdad de remuneración. El Convenio N° 111 (año 1958), por su parte, regula la discriminación en materia de empleo y ocupación siendo la base principal de orientación y redacción de nuestro artículo 2° del Código del Trabajo, en el cual se encuentra regulada esta materia.

A partir de estos instrumentos y de la evolución del Derecho del Trabajo y del constitucionalismo social es que se instala la idea de la necesidad de dotar de mayor autonomía al derecho de la no discriminación, respecto de la igualdad –entendiendo que el derecho a la no discriminación no se encuentra supeditado al derecho a la igualdad o a otras garantías constitucionales– y por otra parte, centrando la discusión en que existe una desigualdad fáctica a la que hay que combatir, y que por ende ha de buscarse la igualdad en la realidad, debiendo entenderse esta ya no como un hecho, sino como un objetivo a alcanzar.

Es así como en el Derecho Laboral se procede a elevar jurídicamente al trabajador, a quien se considera la parte más débil, concediéndole ciertos derechos de carácter irrenunciable. La irrupción de los Derechos Sociales en las Constituciones de los países no hace más que reforzar esta idea e impone el deber al Estado de realizar una acción transformadora con el objeto de construir una sociedad más igualitaria.

**1.1 Constitución Política de la República.** Nuestro Ordenamiento Constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, también reconoce como valor superior en nuestro sistema jurídico el principio de la igualdad. La Constitución Política efectúa en su artículo 1° un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad al establecer que “[...] *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]*” y reconoce el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. De esta forma, nos encontramos ante un principio inspirador y modelador de nuestro sistema jurídico que impregna la convivencia nacional, lo que como más adelante veremos es recepcionado con individualidad propia en el ámbito del derecho laboral

a través de la configuración del derecho fundamental a lo no discriminación.

En relación al derecho de no discriminación, es menester hacer presente que nuestra Constitución establece y protege este derecho en términos generales y amplios, consagrando el principio de igualdad y no discriminación arbitraria tanto en su artículo 1º, como en el Art. 19 N° 2, que establece la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias.<sup>19</sup> Del mismo modo, en su numeral 3º garantiza una protección igualitaria de la ley en el ejercicio de los derechos. Es así como la noción de igualdad se consagra respecto de dos ámbitos en nuestra Constitución. Por una parte, vemos representada la noción de *igualdad en la ley*, cuya manifestación es la igualdad de derechos, y, por otra parte, la *igualdad ante la ley* que se traduce en una igualdad de trato. La igualdad en la ley dice relación con la idea de que todas las personas son iguales, lo que se encuentra plasmado en nuestro Art. 1 inciso primero de la Constitución, previamente citado.

Por su parte, la idea de igualdad ante la ley está consagrada en el Art. 19 n° 2 inciso tercero de la Constitución, el cual establece que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, instaurando una prohibición de establecer una desigualdad de trato normativa no razonable u objetiva. Es así, como “*la noción de igualdad denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato razonable.*”<sup>20</sup>

En lo relativo al ámbito laboral, la Constitución prescribe en su Art. 19 N°16 “*La libertad de trabajo y su protección*”, y más específicamente, en su inciso segundo dispone lo siguiente:

*“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*

---

<sup>19</sup> Constitución Política de la República Art. 19 N 2º.- 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;

<sup>20</sup> ORD. N° 3704/134 Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico, Santiago, 2004, pág.4

*edad para determinados casos.”*

En relación con esta última idea, se ha señalado que en nuestra Constitución existe un sistema “abierto y residual” para determinar aquellos actos que se consideran como discriminatorios en el ámbito laboral. Esto debido a que -y acorde a lo establecido en este inciso segundo- la única forma de discriminación tolerada será la “capacidad o idoneidad personal”, es decir, la aptitud del trabajador que pudiese exigirse con respecto a determinados puestos de trabajo, o también la nacionalidad o edad con la que se debe contar para acceder a los mismos. Por tanto, este sistema “abierto” permite, a contrario sensu, establecer como discriminación arbitraria todo aquello que no logre enmarcarse dentro de esta fórmula de discriminación permitida o tolerada. Parte de la doctrina ha criticado que el concepto de discriminación que está concebido en la Constitución se entienda en una lógica formal de la discriminación y no se haga cargo de la dimensión material de la misma, al no identificar y enumerar de manera explícita aquellos criterios más odiosos y persistentes que la sociedad aspira erradicar y que se encuentran presentes en los instrumentos internacionales previamente nombrados. Por otro lado, hay quienes aplauden esta concepción más abierta ya que permite encuadrar todo tipo de hechos como discriminatorios los que no se ven cubiertos en leyes especiales.

**1.2 Código del Trabajo (artículo 2°).** El Código del Trabajo previo a la reforma introducida por la Ley N° 19.759 del año 2001, establecía un catálogo de criterios sospechosos o factores de discriminación limitando su ámbito de aplicación al momento de la contratación, disponiendo lo siguiente: *“en consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias”*. Lo anterior fue modificado con la reforma –positivamente, a nuestro juicio– cautelando el derecho a la no discriminación arbitraria en todos los momentos de la relación laboral. De este modo, el actual Art. 2° del Código del Trabajo dispone 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 u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.*

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

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

La nueva normativa, producto de la reforma, a nuestro juicio armoniza bastante mejor con lo dispuesto en el Art 19 N° 16 de la Constitución en lo relativo a la materia, toda vez que expande el ámbito de protección al derecho de la no discriminación arbitraria del trabajador, resguardándolo en la oferta laboral, en la contratación, durante la vigencia del vínculo contractual y en el despido.

A diferencia del sistema prevaleciente en nuestra Constitución, el Código del Trabajo establece un sistema denominado “cerrado”, ya que en el artículo 2° del mismo - incisos 3° al 6° específicamente- se ha determinado de forma expresa qué debe entenderse por hechos constitutivos de discriminación, estableciéndose una serie de hipótesis o supuestos en los cuales se estaría ante un actuar arbitrario y discriminatorio. De este modo, es posible identificar los criterios constitutivos de actos discriminatorios en nuestro ordenamiento, pero que no fueron plasmados en nuestra Constitución. Tanto en el Convenio número 111° de la OIT, ratificado por Chile y que se encuentra vigente, como en el artículo 2° del Código del Trabajo se señalan las categorías consideradas sospechosas por el legislador:

**“Art. 2° del Código del Trabajo:** [...] *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 u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación [...].”*

Respecto de los actos discriminatorios consagrados en el inciso tercero del precedente artículo, procede su punibilidad a través del procedimiento especial contemplado por el legislador en sede laboral, esto es, el Procedimiento de Tutela Laboral, que se encuentra regulado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

El artículo 485 del Estatuto en comento dispone que:

*“Art 485.- El procedimiento contenido en este Párrafo 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.*

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

En el inciso tercero precisa que, se entenderá que hubo una lesión de los derechos y garantías fundamentales cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de las facultades del trabajador sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Es decir, el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales conocerá de todas las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales cuando se afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, y, además, para conocer de los actos discriminatorios a los que se refiere el Art. 2° previamente citado.



Con todo, si bien la doctrina habla de un sistema “cerrado” con respecto a la formulación del Art. 2° y en cuanto al catálogo de situaciones que enumera y respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria, se ha entendido por parte de la Dirección del Trabajo - a través del ORD. N° 3704/134 que fija el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo - que la norma no puede agotarse en una formulación cerrada, lo que impediría la calificación de discriminatorias a ciertas desigualdades de trato que no sea posible encuadrar dentro de la enumeración legal.

Lo anterior, tiene sentido en virtud del texto Constitucional, Art. 19 N° 16, el que, debido a su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, abre la cerrada fórmula legal a otros tipos de diferencias o categorías sospechosas, que se entienden discriminatorias, pero no se encuentran enumeradas en la norma. *“Pues bien, fuera de los motivos expresamente vedados de desigualdad de trato, en materia laboral cualquier diferenciación no basada en las calificaciones o competencias de la persona del trabajador resultan también discriminatorias, en tanto éstas constituyen la única causal de diferenciación lícita.”*<sup>21</sup>

## **2. Procedimiento de tutela laboral**

El derecho fundamental a no ser discriminado es exigible en las relaciones particulares y especialmente en las de carácter laboral. Para ello, y como hemos mencionado en el punto anterior, el Procedimiento de Tutela Laboral de los Derechos Fundamentales se establece como forma de protección ante actos discriminatorios, además de conocer de todas las cuestiones que se susciten en la relación laboral por aplicación de las normas laborales y en las cuales se vean afectados los derechos fundamentales de los trabajadores.

El Procedimiento de Tutela Laboral, no sólo persigue que el tribunal declare la existencia de una lesión del derecho fundamental que se denuncia, sino que además busca una serie de objetivos diversos. Es así como el Procedimiento de Tutela

---

<sup>21</sup> Op. cit. Pp. 8

Laboral tiene un carácter *inhibitorio*, ya que el Tribunal debe ordenar el cese inmediato del comportamiento antijurídico y que está causando la lesión del derecho fundamental.

El procedimiento considera además una dimensión *reparatoria*, en tanto el Tribunal se ve en la obligación de ordenar las medidas que debe adoptar el infractor para reparar las consecuencias que se han derivado de la acción vulneratoria de derechos fundamentales. Entre estas medidas se incluye además la determinación de indemnizaciones.

En tercer lugar, se ha entendido que la tutela en el ámbito laboral es también *restitutoria*. Esto en cuanto el Tribunal debe velar por que la situación denunciada se retrotraiga al momento anterior a que ocurre la lesión al derecho fundamental y su consecuente vulneración.

Por último, podemos decir que este procedimiento posee una dimensión *sancionatoria* en cuanto permite al Tribunal establecer la aplicación de multas ante las respectivas infracciones.

Este procedimiento especial fue una de las innovaciones más alabadas en su momento, cuando a través de la Ley N° 20.087 se reformó el Código Laboral Chileno. Como ya señalamos, el Procedimiento de Tutela tiene por objeto conocer de lesiones a ciertas garantías constitucionales y obtener el cese de las conductas antijurídicas, ordenando medidas reparatorias en caso que la lesión se verifique. Mediante la creación de este procedimiento se busca dar una respuesta satisfactoria a la necesidad de protección de los derechos en el ámbito laboral, tutela que hasta ese entonces se buscaba a través de la acción de protección establecida en el Art. 20 de nuestra Constitución.

Ha existido consenso en la doctrina con respecto a que esta última acción no resulta satisfactoria para compensar la necesidad de protección y tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución –cuestión que finalmente motivó la instauración de una acción especial de no discriminación, tal y como se señaló en el

capítulo uno anterior– y del mismo modo, resultó deficiente para resguardar el derecho fundamental de la no discriminación en sede laboral, lo que en su oportunidad fue resuelto mediante la instauración del Procedimiento de Tutela. Esto en gran medida debido a que no se hace expresa mención a que la acción de protección tutele el derecho a la no discriminación, ya que al referirse al numeral 16 de la Constitución como derecho susceptible de protección, lo hace solo respecto a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección, a la libre contratación y lo establecido en el inciso cuarto relativo a las clases de trabajo prohibidas y a la no exigencia de filiación como requisito para obtener un trabajo en particular.

En el caso de que se considerase admisible esta acción de protección frente a una discriminación laboral -si bien los tribunales pueden disponer las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, pudiendo en definitiva lograr la inhibición de la conducta discriminatoria y eventualmente lograr que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a que se produjo el acto discriminatorio- esta acción carece de una dimensión reparatoria, por lo que para obtener una indemnización de perjuicios era y será necesario hacer valer esta pretensión ante otro Tribunal. Este mecanismo de tutela tampoco posibilitaba, ni posibilita, al afectado obtener una sanción en contra del sujeto que ha o había incurrido en la violación de un derecho, como por ejemplo en un acto discriminatorio. Finalmente, en el ámbito probatorio, la acción de protección no considera normas especiales en relación al onus probandi, dificultando la posibilidad del afectado de probar la violación de sus derechos fundamentales, y especialmente tratándose de la discriminación laboral, cuya prueba resulta sumamente dificultosa.

Ante este panorama es que surge la necesidad de establecer un mecanismo de tutela que asegure la correcta protección y garantice los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, creándose en el año 2008, con la Ley N° 20.087 -que introduce la reforma procesal laboral- el Procedimiento Especial de Tutela Laboral de los Derechos Fundamentales del Trabajador.

Este procedimiento se encuentra regulado en los artículos 485 y siguiente del Código del Trabajo, cuyo detalle veremos a continuación.

**2.1 Ámbito de aplicación.** De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 485 y siguientes del Código del Trabajo, el ámbito de aplicación de este procedimiento es el siguiente:

- a) En un primer caso, se aplicará el procedimiento en las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales cuando se afecten los derechos fundamentales de los trabajadores.<sup>22</sup> Se señalan expresamente algunos derechos consagrados en la Constitución en su artículo 19.<sup>23</sup>
- b) En su inciso segundo, el artículo 485 señala que “[...] *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*”, es decir, de todos aquellos actos que se traducen en “*las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”<sup>24</sup>.

Con respecto a esta distinción del Código del Trabajo, la doctrina estima que se produce una limitación de la aplicación del Procedimiento de Tutela Laboral al derecho a la no discriminación, ya que el derecho establecido en el Art. 2º del Código es en principio más restringido que el derecho a la no discriminación laboral del Art. 19 N° 16 de la Constitución. Con todo, es la misma doctrina quien considera la

---

<sup>22</sup> Artículo 485 inciso 1º del Código del Trabajo. - “El procedimiento contenido en este Párrafo 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, [...] cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.”

<sup>23</sup> Entiéndase por estos los siguiente: “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 y 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”.

<sup>24</sup> Artículo 2º Código del Trabajo.

posibilidad de que se recurra al principio de interpretación conforme a la Constitución, ya que de lo contrario se podría perpetuar la discriminación de colectivos típicamente discriminados, como es el caso, por ejemplo, de los portadores de VIH. Esto último conforme a que la Constitución es de aplicación directa, incluso en las relaciones entre particulares “[...] *de modo que prohibiéndose por ella en el ámbito laboral toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal estaremos frente a una vulneración de este derecho fundamental, aunque el motivo no se encuentre dentro de los explicitados por el artículo 2º.*”<sup>25</sup>

- c) Tercer caso. También conocerá y resolverá con respecto de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales (artículo 292 CT).
- d) Se aplicará además en los casos de infracciones por prácticas desleales en una negociación colectiva (artículo 389 CT).<sup>26</sup>
- e) Finalmente se referirá además a las denuncias que se realicen invocando el artículo 62 del Código de Trabajo, en lo relativo a la infracción a la obligación del empleador de dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres que realicen un mismo trabajo.

**2.2. Legitimación activa.** En el Art. 486 del Código del Trabajo nuestro legislador indica quienes están legitimados para impetrar esta acción de tutela laboral. Cabe señalar que aquellos legitimados para incoar esta acción también tienen ciertas limitaciones y restricciones para ejercerla.

- (i) Como es evidente, la principal persona legitimada para impetrar esta acción es *el trabajador*. El artículo en cuestión establece que el trabajador u organización sindical podrá requerir la tutela de sus derechos fundamentales por la vía de este procedimiento siempre y cuando concurren los siguientes supuestos:

---

<sup>25</sup> Op. Cit. Pág. 80

<sup>26</sup> Con respecto al punto c) y d) la ley ha establecido sin embargo algunas modalidades particulares que no desarrollaremos en esta ocasión debido a que exceden el ámbito de este trabajo.

- a. Deberá invocar un derecho o interés legítimo.
- b. Deberá considerar lesionados derechos fundamentales.
- c. La lesión a sus derechos fundamentales debe haber tenido lugar en el ámbito de las relaciones laborales.
- d. Las relaciones jurídicas laborales a las que se hizo mención en la letra c) deben ser de aquellas materias cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral.
- e. Como limitación expresa, no es posible que el trabajador impetre esta acción de tutela si ya ha accionado en otra sede para la protección del mismo derecho (incompatibilidad respecto del recurso de protección y de la acción de no discriminación).

Resulta de suma importancia indicar que esta regla -que tanto el trabajador como la organización sindical pueden impetrar esta acción por igual- tiene una importante excepción prevista en el Art. 489 del mismo cuerpo legal, en el que se estipula que “[...] *si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del art. 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, solo el trabajador afectado será el titular de esta acción cuando: 1) se haya producido la lesión de los derechos fundamentales enumerados en los incisos primero y segundo del Art. 485; y, 2) la vulneración de aquellos derechos haya ocurrido “con ocasión del despido” y no por alguna otra causal.

- (ii) Además del trabajador, y como hemos visto en el punto anterior, las *organizaciones sindicales* también son un ente legitimado para impetrar esta acción en los casos y concurriendo los requisitos ya nombrados.

Adicionalmente, al ser sujetos legitimados para hacer uso de esta acción, las organizaciones sindicales podrán hacerse parte en un proceso ya iniciado por un

trabajador a través de la figura del tercero coadyuvante, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. El trabajador que se ha visto afectado por una lesión en sus derechos fundamentales debe haber incoado una acción, es decir debe tratarse de un proceso ya iniciado;
- b. Solo podrán actuar como terceros coadyuvantes aquellas organizaciones sindicales a que se encuentre afiliado el trabajador directamente o por medio de su organización de grado superior;
- c. Como hemos mencionado anteriormente, no debe haberse impetrado una acción incompatible con este procedimiento.

Es menester hacer presente, que actuar como tercero coadyuvante es una *potestad facultativa* de las organizaciones sindicales, por lo que no es obligatorio que se hagan parte del proceso.

Finalmente, las organizaciones sindicales a las cuales el trabajador se encuentre afiliado y cuyos derechos fundamentales hayan sido lesionados tienen la posibilidad de interponer una denuncia y en este caso actuarán como parte principal en el proceso y no tan solo meramente como un tercero coadyuvante. Lo anterior en el caso de que se cumplan los siguientes requisitos: 1) nuevamente es una potestad facultativa de las organizaciones sindicales; 2) tan solo debe tratarse de aquellas organizaciones sindicales a las que el trabajador se encuentra afiliado; 3) se debe haber vulnerado algún derecho fundamental del trabajador; y, por último, 4) que no se haya accionado en otra sede respecto de los mismos hechos.

(iii) Por último, está también legitimada para impetrar esta acción la *Inspección del Trabajo*. A diferencia de las organizaciones sindicales, la Inspección del Trabajo no solo tiene la facultad de intervenir en este procedimiento, sino que a veces también se verá obligada a hacerlo en los siguientes casos:

- a. Habiéndose iniciado el procedimiento, ya sea por el trabajador o por la

organización sindical correspondiente, el Tribunal podrá pedir un informe a la Inspección del Trabajo acerca de los hechos denunciados. Ante esta situación podrá hacerse parte del proceso, tratándose de una potestad facultativa de la misma.

- b. La Inspección del Trabajo deberá iniciar el proceso, a través de una denuncia, en el caso de que habiendo llamado a mediación a las partes esta haya resultado infructuosa, y concurriendo las siguientes circunstancias: 1) se deberá impetrar esta acción sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de la Inspección del Trabajo; 2) la Inspección del Trabajo deberá actuar dentro del ámbito de sus atribuciones; 3) la Inspección debe haber tomado conocimiento de los hechos actuando dentro del ámbito de sus atribuciones; 4) los hechos denunciados deben constituir una vulneración de alguno de los derechos fundamentales tutelados por este proceso; 5) la Inspección debe realizar la denuncia ante el Tribunal que sea competente conforme a las reglas generales; 6) la inspección del Trabajo deberá confeccionar un informe de fiscalización el que debe ser acompañado a la denuncia y; 7) la Inspección podrá hacerse parte en el juicio que se entable producto de esta acción.

**2.3. Presupuestos / Requisitos de procedencia.** Para que resulte aplicable este procedimiento es necesario que concurran ciertos requisitos, los que irán variando según el caso de aplicación ante el cual nos encontremos, según referimos en el punto 2.1 precedente.

En relación al primer caso que hemos enunciado, y que se encuentra establecido en el Art. 485 inciso primero, será aplicable este procedimiento siempre y cuando:

- i) Se trate de cuestiones suscitadas dentro de una relación laboral;
- ii) Dichas cuestiones deben haberse producido por aplicación de las normas laborales y no por algún otro motivo;



iii) El proceso solo se podrá aplicar en caso de que se afecten derechos fundamentales del trabajador.<sup>27</sup>

iv) Los derechos fundamentales del trabajador deben haber sido lesionados con ocasión o en el ejercicio de las facultades del empleador.

Para poder aplicar este procedimiento al segundo caso enunciado, es decir a aquellos actos discriminatorios establecidos en el artículo 2º del Código del Trabajo, estos deben tratarse de “[...] *distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.*”

Como hemos establecido anteriormente, es necesario que para que resulte admisible esta acción se haya producido una lesión a los derechos y garantías que hemos mencionado. La ley entiende que ha habido una lesión a los derechos fundamentales del trabajador cuando: 1) el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellos derechos y garantías del trabajador, sin suficiente justificación, en forma arbitraria o desproporcionada o sin respeto a su contenido esencial y, 2) se entenderán además como lesiones las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

**2.4. Plazo y forma de interposición.** Este procedimiento puede ser iniciado de dos formas distintas, ya sea vía denuncia o por requerimiento de la Inspección del Trabajo.

En ambos casos, tanto si se inicia el procedimiento por vía de denuncia o por vía de un requerimiento, estos deberán ser deducidos dentro del plazo fatal de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Este plazo podrá ser suspendido en la forma a la que se refiere el Art. 168 del

---

<sup>27</sup> Se considerarán como derechos fundamentales del trabajador todos aquellos enunciados en el artículo 485 inciso 1 del Código del Trabajo y el derecho a la no discriminación.

Código del Trabajo, es decir, se suspenderá cuando dentro del mismo, el trabajador interponga un reclamo ante la Inspección del Trabajo. El plazo de sesenta días que se ha visto suspendido por este reclamo, seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante la Inspección respectiva.

En el caso de que la denuncia se haya interpuesto por motivos de lesión de derechos fundamentales que se hubiesen producido con ocasión del despido del trabajador, el plazo de sesenta días se contará desde la fecha de “separación” del trabajador del empleador y se suspenderá de la misma forma que en los otros casos. Cabe mencionar que el mismo Art. 168 agrega que en ningún caso se podrá recurrir al Tribunal habiendo transcurrido noventa días hábiles desde la separación del trabajador.

**2.5. Procedimiento.** Conforme a lo señalado en el punto 2.4, este procedimiento se inicia mediante una denuncia o por un requerimiento de la Inspección del Trabajo. Las denuncias que ingresen de este modo tienen preferencia para su vista y fallo. Para que la denuncia sea admitida a tramitación debe cumplir una serie de requisitos, los que referiremos a continuación:

- a) Deberá presentarse dentro de los plazos ya mencionados en el punto anterior.
- b) Deberá cumplir con los requisitos generales del Art. 446 del Código del Trabajo que enumera los requisitos de la demanda. En este caso existe una regla especial en cuanto al acompañamiento de documentos, pues la ley exige que se acompañen todos los antecedentes en que se fundamente la denuncia. En el caso de que el denunciante no tuviere estos documentos, el Tribunal le otorgará un plazo de 5 días para incorporarlos.
- c) Deberá contener una enunciación precisa y clara de los hechos constitutivos de la vulneración de derechos alegada.

En el caso de que el proceso se inicie por vía de reclamación de alguna de las oficinas de la Inspección del Trabajo, se deberá acompañar a la denuncia el acta de mediación correspondiente, ya que, como bien señalamos en apartados anteriores,

la Inspección del Trabajo únicamente estará facultada para iniciar este procedimiento de manera autónoma una vez que verificada la mediación, esta haya fracasado.

Una vez recibida la denuncia por el Tribunal, este deberá proceder a realizar un examen formal para determinar si la denuncia cumple con los requisitos que indicamos anteriormente. Realizado este examen el juez puede adoptar tres actitudes distintas:

- 1) Podrá declarar *improcedente* la denuncia, en el caso que contenga defectos insubsanables, negándose de esta forma a darle tramitación. Como ejemplos de estos defectos insubsanables podemos mencionar la incompetencia absoluta del Tribunal para conocer de la acción; el caso de que la denuncia sea interpuesta fuera de los plazos fatales, o por ejemplo en caso de que la denuncia se funde en lesiones a algún derecho distinto a aquellos por los que se autoriza este procedimiento especial.
- 2) Podrá el juez también declarar *inadmisible* la denuncia. En este caso el juez se negará a proveer la denuncia, pero ya no de forma definitiva como cuando la declara improcedente, sino que solo de manera temporal, dando a las partes la posibilidad de subsanar los defectos formales de que pueda adolecer la denuncia. El juez declarará inadmisibile la denuncia cuando, por ejemplo, no se acompañen todos los antecedentes en los que se fundamente la misma y otorgará un plazo de cinco días para dar cumplimiento a ello.
- 3) Si la denuncia cumple con todos los requisitos previstos por la ley, el juez declarará su *admisibilidad*, e iniciará la tramitación.

Si bien el Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales en materia laboral es un procedimiento especial, este se sujetará al “Procedimiento de Aplicación General” (artículos 446 y ss. del Código del Trabajo), con la complementación de ciertas reglas especiales.

El Procedimiento de Aplicación General –y por consiguiente el Procedimiento de Tutela- se desarrolla en dos audiencias, una audiencia preparatoria y una audiencia

de juicio.

En el caso del procedimiento de tutela laboral existe una especie de “orden de no innovar” que el juez dictará de oficio o a petición de parte en la primera resolución. Mediante esta orden el juez dispone la suspensión de los efectos del acto impugnado. Para que el juez pueda proceder a dictar esta orden se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Debe disponerla el juez de oficio o a petición de parte;
- b) De los antecedentes que se deben acompañar al proceso deberá aparecer claramente alguna de las siguientes circunstancias:
  - i) que los actos denunciados versen sobre lesiones de especial gravedad; y
  - ii) que la vulneración que ha sido denunciada pueda causar efectos irreversibles.

Como mencionamos anteriormente, esta orden deberá ser dispuesta por el juez al inicio del procedimiento en la primera resolución que dicte. Si a ese momento el juez no cuenta con los antecedentes necesarios para resolver y decretar la orden, deberá ordenar la suspensión, en cualquier momento, desde que disponga de los antecedentes necesarios.

Para asegurar el cumplimiento de esta medida, la suspensión será decretada bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. Multa que podrá ordenarse hasta que se haga efectivo el cumplimiento.

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

**2.5.1 Audiencia preparatoria (Art. 453 del Código del Trabajo).** Admitida la demanda/denuncia, el Tribunal deberá citar a las partes a audiencia preparatoria, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la resolución que cita a las partes.

En la audiencia preparatoria, las partes deben señalar al Tribunal todos los medios de prueba que pretenden hacer valer en la audiencia oral de juicio. El demandado

podrá contestar la demanda de forma oral en esta audiencia o podrá hacerlo por escrito, en cuyo caso deberá presentarla ante el Tribunal con al menos un día de anticipación a la fecha de realización de la audiencia preparatoria.

El día de la audiencia preparatoria, esta comienza con la ratificación de la demanda por parte del demandante, y acto seguido, el demandado ratificará su contestación - en caso de que la haya presentado por escrito- o de lo contrario procederá a deducirla de forma oral. En esta ocasión el demandado deberá oponer todas las excepciones que considere pertinentes, las que se tramitarán de manera conjunta y se fallarán en la sentencia definitiva. No obstante ello, el Tribunal deberá pronunciarse sobre aquellas excepciones que versen sobre el fondo del asunto e imposibiliten proseguir con su tramitación, tales como la excepción de incompetencia, falta de capacidad o personería del demandante, caducidad, entre otras.

En el caso de que el demandado no concurriera a la audiencia preparatoria, o si lo hiciese no negare en su contestación alguno de los hechos contenidos en la demanda, el juez en la sentencia podrá estimarlos como tácitamente admitidos.

Se podrá además deducir reconvención cuando el Tribunal sea competente para ello. En este caso, la demanda reconvencional deberá presentarse por escrito conjuntamente con la contestación de la demanda cinco días antes de la audiencia. La contestación de la demanda reconvencional se hará en la audiencia misma.

Terminada la etapa de discusión el juez debe llamar a las partes a conciliación y proponer las bases de un acuerdo sin que las opiniones emitidas a tal efecto sean causales de inhabilidad. En caso de que se produzca la conciliación, se deberá dejar constancia de ello en el acta respectiva, y lo conciliado se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

Habiéndose contestado la demanda sin que se haya opuesto reconvención o excepciones dilatorias -o habiéndose deducido éstas, se haya evacuado el traslado- el Tribunal recibirá de inmediato la causa a prueba en caso de que sea procedente, fijándose para estos efectos los hechos a ser probados.

De no haber hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el Tribunal dará por concluida la audiencia y procederá a dictar sentencia.

De haberse ofrecido prueba debido a la existencia de hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos, el juez resolverá en el acto sobre la pertinencia de la misma. En este procedimiento el Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Es en materia de prueba que este procedimiento presenta una característica muy particular, ya que si bien se aplican las reglas generales del onus probandi, en el Art. 493 del Código del Trabajo se establece una regla especial que dispone que, cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales alegada, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de la proporcionalidad de las mismas. Adelantamos desde ya, que el establecimiento de esta reducción probatoria resulta a nuestro juicio un completo acierto y uno de los elementos más relevantes para el éxito de la acción deducida por el trabajador vulnerado en contra de su empleador, facilitando la prueba a aquella parte –el trabajador- que siempre ha sido considerada la parte más débil dentro del contexto de un conflicto laboral. Así, y a diferencia de lo que ocurre en sede civil, las posibilidades para el trabajador de probar un hecho discriminatorio, y más aún un hecho discriminatorio indirecto –que son aquellos que abundan en esta sede- son mucho más factibles en esta sede, permitiendo en definitiva una protección efectiva y certera del derecho a la no discriminación.

Podrá el juez también decretar en esta audiencia diligencias probatorias las que deberán llevarse a cabo en la audiencia de juicio.

En estos procedimientos el juez también podrá requerir un informe de fiscalización a la Inspección del Trabajo, el que se encuentra estipulado en el inciso cuarto del Art. 486 del Código de Trabajo.

Finalmente, el Tribunal fijará la fecha de la audiencia de Juicio, la que deberá

verificarse en un plazo no superior a treinta días.

**2.5.2 Audiencia de Juicio (artículo 454 del Código del Trabajo).** La audiencia de juicio se iniciará con la rendición de prueba decretada por el Tribunal, principiando con la ofrecida por el demandante y luego con la del demandado. No obstante lo anterior, en los casos de juicio sobre despido corresponderá la rendición de prueba en primer lugar al demandado. Se recepcionará la prueba en el orden siguiente: primero la prueba documental, luego la confesional, testimonial y finalmente los otros medios de prueba ofrecidos.

Rendida la prueba, las partes formularán oralmente, en forma breve y precisa las observaciones que estas les merezcan y sus conclusiones.

Al finalizar la audiencia se extenderá el acta correspondiente y el juez podrá dictar sentencia en dos oportunidades: 1) en la misma audiencia de juicio; 2) dentro de décimo día, citando a las partes a una audiencia determinada para ser notificadas de la sentencia.

**2.5.3 Sentencia.** La sentencia en cuestión deberá contener además de los requisitos generales a todas las sentencias definitivas (ART. 459 del Código del Trabajo<sup>28</sup>), las siguientes menciones enunciadas en el Art. 495 del Código:

- a) La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;

---

<sup>28</sup> Artículo 459 del Código del Trabajo.- "La sentencia definitiva deberá contener:

- 1.- El lugar y fecha en que se expida;
- 2.- La individualización completa de las partes litigantes;
- 3.- Una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes;
- 4.- El análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación;
- 5.- Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda;
- 6.- La resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal, con expresa determinación de las sumas que ordene pagar o las bases necesarias para su liquidación, si ello fuere procedente, y
- 7.- El pronunciamiento sobre el pago de costas y, en su caso, los motivos que tuviere el tribunal para absolver de su pago a la parte vencida.

La sentencia que se dicte en la audiencia preparatoria, sólo deberá cumplir con los requisitos de los números 1, 2, 5, 6 y 7."

- b) 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 (relativo a las multas referidas en un apartado anterior);
- c) 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 previamente señalado, incluidas las indemnizaciones que procedan;
- d) La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas del Código del Trabajo, y;
- e) Finalmente se ordenará enviar una copia de la sentencia a la Dirección del Trabajo para su registro.

**2.5.4 Sanciones/Efectos de la Sentencia.** Una vez finalizada la etapa de audiencias, el juez dictará sentencia o citará a las partes para un día posterior en el que se dará lectura al fallo.

Los efectos de la sentencia y las respectivas sanciones que estas impliquen, serán naturalmente diversos dependiendo de si la denuncia fue o no acogida.

Si la sentencia rechaza la denuncia, deberá declarar que no ha existido la lesión de derechos fundamentales invocados por el denunciante.

Si por el contrario la denuncia fuese acogida, se producirán una serie de efectos, los que referiremos brevemente a continuación:

- a) El juez deberá tomar las medidas necesarias para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a aquel en que se produjo la vulneración denunciada;
- b) Deberá el juez abstenerse de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de los derechos fundamentales;



- c) En la sentencia el juez ordenará el pago de las indemnizaciones contempladas en los artículos 162 y 163 del Código del Trabajo (indemnización substitutiva del aviso previo e indemnización por años de servicio);
- d) No obstante lo señalado anteriormente, el trabajador, podrá optar entre las indemnizaciones referidas y la reincorporación al trabajo cuando en el caso en particular el juez (1) haya declarado el despido como discriminatorio, (2) haya declarado en la sentencia que dicha discriminación ha sido por haber infringido el empleador el inciso cuarto del artículo segundo del Código del Trabajo previamente citado, y (3) que esta discriminación haya sido calificada de grave por el juez, mediante resolución fundada. En caso de que el trabajador opte por la indemnización, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conoce de la causa.

**2.5.5 Recursos.** Acorde a lo referido precedentemente en el punto 2.5 -y no habiéndose establecido reglas especiales en materia de recursos en el Procedimiento de Tutela Laboral, salvo la preferencia para su vista y fallo- se aplicará, conforme al Art. 491 del Código del Trabajo, aquellas disposiciones del Procedimiento de Aplicación General (artículos 474 a 484 del Código del Trabajo) que versan sobre esta materia.

## **2.6. Incompatibilidad de acciones**

Tal como se ha esbozado en los apartados anteriores, el Procedimiento de Tutela Laboral resulta incompatible con el ejercicio de otras acciones que se funden en actos discriminatorios de los que ha sido objeto el trabajador.

Conforme al inciso final del Art. 485, interpuesta que sea la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución, en los casos que esta proceda no podrá impetrarse la denuncia a través de un Procedimiento de Tutela fundada en los mismos hechos. Esta limitación o incompatibilidad de acciones constituye una excepción debido a que por regla general el recurso de protección procede independientemente de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la

autoridad y los demás Tribunales correspondientes. Del mismo modo, y como referimos en el capítulo uno de la presente investigación, la acción de tutela es también incompatible con el ejercicio de la acción de no discriminación establecida en la Ley N° 20.609.

### **3. Cuadro Comparativo entre acción de tutela de Derechos fundamentales (Art.485 y siguientes del Código del Trabajo) y acción de no discriminación (Art. 3° y siguientes de la Ley N°20.609).**

<b>Criterios</b>	<b>Acción de Tutela de Derechos Fundamentales (Art. 485 y ss. del Código del Trabajo)</b>	<b>Acción de No Discriminación (Art. 3° y ss. de la Ley N°20.609)</b>
<b>Propósito/objetivo</b>	Busca la protección de los derechos fundamentales del trabajador –entre ellos el derecho a la no discriminación- en el ámbito laboral.	Es un mecanismo judicial que busca permitir restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.
<b>Definición de Discriminación Arbitraria</b>	Definición más restringida: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado	Definición más amplia: “Toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que

	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.” <sup>29</sup>	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, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.” <sup>30</sup>
<b>Tribunal Competente</b>	Tribunales Laborales	Tribunales Civiles
<b>Forma de dar inicio</b>	El proceso puede ser iniciado	El proceso tan sólo puede ser

<sup>29</sup> Art. 2° del Código del Trabajo

<sup>30</sup> Art. 2° de la Ley N° 20.609

<b>al procedimiento</b>	de dos maneras:  1) Denuncia (Demanda)  2) Requerimiento de la Inspección del Trabajo	iniciado mediante la interposición de una Demanda.
<b>Legitimación activa</b>	Puede incoar esta acción:  1) El Trabajador  2) Las organizaciones sindicales  3) La Inspección del Trabajo	Puede incoar esta acción:  1) Cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación  2) El representante legal de la misma  3)Cualquier persona a favor del que se ha visto afectado con el hecho discriminatorio cuando este se vea imposibilitado de ejercerla por sí mismo
<b>Admisibilidad de la acción</b>	El trámite de admisibilidad no dice relación con el fondo del asunto, solo de la forma.	El trámite de admisibilidad dice relación con la forma y el fondo del asunto
<b>Plazo para interponer la acción</b>	Existe un plazo fatal de 60 días para deducir esta acción, desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada.	Existe un plazo de 90 días corridos para deducir esta acción, contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento

		cierto de ella.
<b>Suspensión provisional del acto reclamado</b>	El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. <sup>31</sup>	En cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado, y el tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior. El tribunal podrá revocar la suspensión provisional del acto reclamado, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, cuando no se justifique la mantención de la medida. <sup>32</sup>
<b>Plazos</b>	Plazos de tramitación más extensos (citación a audiencias, término probatorio, tiempo de	Plazos de tramitación más cortos (citación a audiencias, término probatorio, tiempo de

<sup>31</sup> Art. 492 del Código del Trabajo.

<sup>32</sup> Art. 7 de la Ley N° 20.609.

	dictación de la sentencia, etc.)	dictación de la sentencia, etc.)
<b>Regulación en materia de Onus Probandi</b>	Se aplican las reglas generales, sin embargo, se establece una regla especial que permite una especie de inversión de la carga de la prueba (reducción probatoria): “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.” <sup>33</sup>	Se aplican las reglas generales no existiendo esta regla especial de inversión de la prueba.
<b>Recursos</b>	Se aplican las reglas generales del procedimiento de aplicación general. Única regla especial: Los recursos que se interpongan gozarán de preferencia para su vista y fallo.	Procede Recurso de Apelación en contra de la sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución.
<b>Sanciones</b>	Si se acoge la denuncia, se	Si se declara la existencia de

<sup>33</sup> Art. 493 del Código del Trabajo

	<p>deberán tomar las medidas necesarias para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a aquel en que se produjo la vulneración denunciada; el juez deberá abstenerse de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de los derechos fundamentales; se ordenará el pago de las indemnizaciones contempladas en los artículos 162 y 163 del Código del Trabajo (indemnización substitutiva del aviso previo e indemnización por años de servicio); no obstante lo señalado anteriormente, el trabajador, podrá optar entre las indemnizaciones referidas y la reincorporación al trabajo cuando en el caso en particular el juez (1) haya declarado el despido como discriminatorio, (2) haya declarado en la sentencia</p>	<p>una discriminación arbitraria, se dejará sin efecto el acto discriminatorio, se dispondrá que no sea reiterado u se ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Se podrán adoptar otras providencias que se juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Además, se aplicará una multa -que puede ir desde cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal- a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio. Por el contrario, si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, se aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias a beneficio fiscal.<sup>34</sup></p>
--	--	---

<sup>34</sup> Art. 12 de la Ley N° 20.609

	que dicha discriminación ha sido por haber infringido el empleador el inciso cuarto del artículo segundo del Código del Trabajo y (3) esta discriminación haya sido calificada de grave por el juez, mediante resolución fundada.	
<b>Incompatibilidad de Acciones</b>	No se permite el ejercicio de esta acción cuando se ha ejercido la Acción de Protección o la Acción de no Discriminación de la Ley N° 20.609.	No se permite el ejercicio de esta acción cuando se ha ejercido la Acción de Protección, el Recurso de Amparo o la Acción Laboral en Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales



### **CAPITULO III: Análisis jurisprudencial.**

A través de los primeros dos capítulos del presente trabajo de investigación, realizamos una revisión – en un plano teórico- de los procedimientos existentes en nuestra legislación, cuyo objetivo es resguardar y proteger el derecho fundamental a la no discriminación de todas las personas. En primer término, hicimos una revisión respecto del procedimiento ventilado vía acción de no discriminación, regulada en la reciente Ley N° 20.609, lo que consideramos el puntapié inicial para establecer un derecho antidiscriminación propiamente tal en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que, tal como vimos en el segundo capítulo, ya existían mecanismos de protección de este derecho, vigentes previo a la dictación de la Ley en comento. Es así como en nuestro segundo capítulo desarrollamos una breve revisión de los aspectos más relevantes del procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador, entendido este como el mecanismo de protección establecido por el legislador para hacer frente a la discriminación arbitraria en el ámbito laboral.

En el presente capítulo, tal y como hemos adelantado, procederemos a realizar un breve análisis jurisprudencial, respecto de sentencias en las que se alega una supuesta discriminación arbitraria, focalizándonos exclusivamente en aquellas discriminaciones alegadas dentro de una relación laboral.

Para estos efectos, se analizarán sentencias que han sido dictadas en procedimientos iniciados vía acción de no discriminación regulada en la Ley N° 20.609, como aquellas acciones, en materia laboral, que han sido incoadas a través

del procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador establecido en el Artículo 485 del Código del Trabajo. El objeto de este análisis, y el propósito principal de la presente investigación, es analizar la puesta en práctica de la acción de no discriminación consagrada en la Ley N° 20.609, desde su dictación en junio de 2012, hasta nuestros días, y en especial, efectuar este análisis en relación al procedimiento de Tutela Laboral, logrando identificar las falencias y las virtudes de cada procedimiento -siendo propositivas en torno a las mejoras que a nuestro juicio deberían implementarse-, y a su vez, determinando a partir de la comparación de ambos procedimientos, cómo la Acción especial de no discriminación ha influenciado al procedimiento de Tutela Laboral, y, finalmente, cuál de estos representa una opción más favorable para el trabajador a fin de salvaguardar y garantizar su derecho a no ser discriminado arbitrariamente en el contexto laboral.

## **1. Denuncias de discriminación arbitraria en el marco de una relación laboral incoados vía acción de no discriminación de la Ley N° 20.609.**

En este apartado procederemos a analizar aquellas sentencias que se han dictado en el marco de la acción de no discriminación regulada en la Ley N° 20.609, desde su entrada en vigencia en julio de 2012, hasta el 31 de agosto de 2016.

De conformidad con la información obtenida por solicitud presentada al Poder Judicial vía Ley de Transparencia, cuya respuesta fue recepcionada el 06 de octubre de 2016, durante este período han sido dictadas un total de 232 sentencias, de las cuales 19 corresponden a denuncias de actos u omisiones discriminatorias desarrolladas dentro de un contexto laboral (entendido este en sentido amplio, vale decir, no solo respecto de trabajadores amparados por el Código del Trabajo).

De este modo, para efectos de proceder al análisis de la jurisprudencia referida, nos remitiremos en cada caso a las fichas anexadas al presente trabajo, las que para todos los efectos forman parte integrante del mismo.

## 1.1 Síntesis de las “Categorías Sospechosas” más invocadas en los casos analizados.

En primer término, debemos remitirnos al concepto -ya esbozado en el primer capítulo de este trabajo- de “categoría sospechosa”. Para tales efectos, es dable recordar lo establecido en el artículo 2° de la Ley N°20.609, donde el legislador plasmó su definición de discriminación arbitraria. Así, en este artículo el legislador expone un criterio general de qué es lo que se entiende por discriminación arbitraria, señalando que es “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable”. Posterior a eso, el artículo presenta un listado de materias/elementos, que han sido identificadas -tanto a nivel nacional como internacional- como aquellos rasgos o características de los individuos que históricamente han motivado actos discriminatorios. De este modo, se ha definido como “categoría sospechosa” aquella *“clasificación de personas que tiende a ser irrazonable o ilegítima, según unos criterios determinados, por lo que de entrada merece un escrutinio estricto para determinar la constitucionalidad de dicha clasificación.”*<sup>35</sup> Algunas de las características usuales de las categoría sospechosas son por ejemplo: a) por regla general, se trata de grupos históricamente discriminados de forma negativa, que han sido objeto de prejuicios u hostilidad debido a los estereotipos creados en la sociedad; b) A su vez, estos grupos representan una minoría dentro de la sociedad; c) el grupo puede poseer un rasgo altamente visible e inmutable; d) el grupo no tiene suficiente poder para protegerse por sí mismo a través de un proceso político.

Dentro del listado de estas “categorías sospechosas” contenido en la Ley N°20.609, cuya enumeración no es taxativa, sino más bien ejemplar, encontramos las siguientes categorías:

- raza o etnia;
- la nacionalidad;
- la situación económica;

---

<sup>35</sup> <http://www.popjuris.com/diccionario/definicion-de-clasificacion-sospechosa/>, consultada el 16 de febrero de 2017

- el idioma;
- la ideología u opinión política;
- la religión o creencia;
- la sindicación o la participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas;
- el sexo;
- la orientación sexual;
- la identidad de género;
- el estado civil;
- la edad;
- la filiación;
- la apariencia personal y;
- la enfermedad o discapacidad.

Como se puede evidenciar, y según se ha afirmado por variados autores, nos encontramos ante un listado extremadamente completo en cuanto a la identificación y consagración de categorías sospechosas existentes. Si bien, y tal como pudimos entrever en los dos capítulos anteriores, nuestra legislación ya contenía un listado de categorías sospechosas en el artículo 2° del Código del Trabajo, este no contemplaba la totalidad de materias que fueron incluidas en el art. 2° de la Ley N° 20.609. En ese sentido, el catálogo que encontramos en nuestro Código del Trabajo, que actualmente se considera igualmente un catálogo bastante completo, deja fuera categorías tan relevantes como aquellas relativas a la orientación sexual y la identidad de género, las que al momento de la dictación de la Ley N°20.609 se estimó eran indispensables de incorporar en un cuerpo normativo, debido a la importancia y connotación pública que han adquirido en los últimos años estas materias. Es precisamente la evolución de las sociedades y la globalización de

nuestro planeta la que ha hecho crecer el número de materias que podrían entenderse como categorías sospechosas, dando cabida a nuevos reclamos de determinados grupos, cuyos derechos históricamente han sido vejados y cuya protección había quedado en el olvido, lo que importa el urgente reconocimiento y respeto, principalmente a nivel legal, de todas las posibles identidades y diferencias que hoy en día podemos apreciar tanto en nuestra propia sociedad como a nivel mundial.

Habiendo hecho referencia nuevamente al listado de categorías sospechosas protegidos por la Ley de No Discriminación Arbitraria, y sin la intención de establecer una prelación en cuanto a la importancia de ellas, procederemos a centrarnos en el estudio de aquellas que fueron mayormente recurridas ante los Tribunales Civiles de nuestro país, y que, por ende, parecen ser aquellas que más ocurrencia tienen en nuestra sociedad.

**(i) Discriminación por Ideología u Opinión Política.** En primer lugar, corresponde el estudio de la categoría sospechosa denominada Ideología u opinión política, siendo esta la mayormente invocada por los denunciantes en el total de sentencias analizadas.

De las 19 sentencias en análisis, 11<sup>36</sup> de ellas versan sobre denuncias respecto de supuestos actos discriminatorios motivados por la ideología u opinión política, ocurridos durante la relación laboral o con ocasión del despido.

Luego, de las 11 demandas deducidas fundadas en este criterio, tan sólo 4 fueron acogidas en primera instancia y 7 de ellas fueron rechazadas. A su vez, 7 de estas resoluciones fueron apeladas por la parte vencida, confirmando el Tribunal 5 de estos fallos, y revocando 2 de ellos.

Por otra parte, y ahora adentrándonos en el contenido de estas denuncias, resulta interesante hacer presente que todas las demandas de actos u omisiones

---

<sup>36</sup> Anexo 1: Fichas N°s 1,3,8,10,11,12,13,14,15,16 y 17

discriminatorias fundadas en la categoría de ideología u opinión política fueron deducidas por Funcionarios Públicos. En ese sentido, hemos logrado identificar a lo largo del análisis y lectura de las sentencias -tanto aquellas dictadas en sede civil como en sede laboral- que este tipo de acciones han aparecido como una opción de acceso a la jurisdicción para estos funcionarios, a fin de hacer valer la protección de sus derechos fundamentales, y en especial el derecho fundamental a la no discriminación, fuera del Estatuto Administrativo y los procedimientos ahí consagrados.

Ahora bien, contextualizando un poco la controversia, debemos señalar como primera cuestión que la mayoría de las denuncias impetradas dicen relación con funcionarios públicos que prestan servicios para determinados órganos de la Administración del Estado bajo el sistema de contrata. Las contrata han sido identificadas como servicios esencialmente transitorios, los que tendrán una vigencia de máximo un año, pudiendo ser prorrogados anualmente hasta el 31 de diciembre del año siguiente. De este modo, respecto de las contrata no rige el principio de estabilidad en el empleo que informa la mayoría de nuestras relaciones laborales, pudiendo estos funcionarios ser desvinculados siempre que “sus servicios ya no sean necesarios”, o al término legal de la respectiva contrata, que como se dijo, será cada 31 de diciembre, sin necesidad de ofrecer mayor fundamentación que la causal consagrada en el correspondiente decreto de nombramiento.

En vista y considerando lo anterior, hemos visto que, en la práctica, en cada cambio de Gobierno se tiende a desvincular anticipadamente o a no renovar la contrata de aquellos funcionarios públicos que tienen una tendencia política distinta a la imperante en el gobierno de turno. Esta situación tuvo su mayor exposición al momento de asumir el gobierno el ex Presidente Sebastián Piñera Echeñique, y luego al retornar al poder la coalición política “Nueva Mayoría”, encabezada por la Presidenta Sra. Michelle Bachelet Jeria.

Como se podrá apreciar a partir de las sentencias revisadas, esta desvinculación se justifica formalmente a través de la naturaleza transitoria de las contrata, sin

perjuicio de que en la práctica, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia más reciente, efectivamente en muchas oportunidades se trata de actos discriminatorios que por años se han salvaguardado y socavado a través de las disposiciones del Estatuto Administrativo.

En este sentido, como primera cuestión, hacemos presente que los Tribunales Civiles en muchas ocasiones incurren en el error de realizar un mero control de legalidad respecto del acto administrativo que importó la desvinculación de determinados funcionarios, en circunstancias que lo que corresponde hacer a efectos de constatar si ha existido discriminación es un control de mérito, evaluando en cada caso si la justificación del denunciado resultó suficiente para fundamentar su actuación. A nuestro juicio, lo anterior se debe principalmente a la dificultad que existe para conciliar la separación de poderes consagrada en nuestra legislación, pudiendo justificar el rechazo de la mayoría de estas acciones precisamente en que los jueces se apegan a la normativa Administrativa, no dando cabida a la posibilidad de dar por establecidos actos discriminatorios en contra de estos trabajadores, por considerar que el Estatuto Administrativo, bajo el cual se rigen estos funcionarios, no contempla la competencia de los Tribunales Civiles para resolver sobre asuntos cuyo conocimiento y solución compete a la Administración del Estado y sus órganos fiscalizadores.

Esta situación queda en evidencia, por ejemplo, en la causa Rol C-9219-2014 del 16° Juzgado Civil de Santiago (*"LAMIG con SOTOMAYOR"*).<sup>37</sup> En este caso, el hecho recurrido fue la terminación anticipada de contratas de un grupo de funcionarios públicos, sin mayor justificación que "sus servicios ya no eran necesarios". A este respecto, el Tribunal estimó que la facultad del Jefe del Servicio otorgada por el Estatuto Administrativo para poner fin a las contratas antes del 31 de diciembre de cada año esgrimiendo "las necesidades del servicio", o la "falta de necesidad de los servicios de los funcionarios"- según constara esa causal en el respectivo decreto de nombramiento-era fundamento suficiente, por lo que no le correspondía al Tribunal

---

<sup>37</sup> Ficha N° 14 del Anexo N°1.

Civil pronunciarse si al respecto existió discriminación o no. En ese sentido, parece ser que existiendo esta facultad legal – y cumpliendo con la citada fórmula de justificación- el acto es legal y justificado per se, no teniendo el Tribunal la potestad de indagar sobre el fundamento real que motivó el ejercicio de dicha facultad por parte de la autoridad.

A nuestro parecer, la línea jurisprudencial que adoptó este sentenciador, entre varios otros, es reprochable, toda vez que permite el despido masivo anualmente de miles de funcionarios públicos, sin mayor justificación que la fórmula legal establecida, dando paso a una arbitrariedad no razonable ni justificada de manera alguna. De este modo, en el caso en comento, el sentenciador no analizó si efectivamente era necesaria la desvinculación de los funcionarios por las necesidades del servicio, y tampoco exigió que se precisara qué tipo de necesidades fueron invocadas (económicas, corporativas, presupuestarias etc.).

A su vez, esta problemática se acentúa en sede Civil debido a que, como se explicara más latamente en lo sucesivo, el legislador no estableció para la Acción de no Discriminación la reducción probatoria instaurada en Tutela Laboral, motivo por el que la prueba se centra derechamente en el acto discriminatorio alegado por el denunciante, y no en la justificación de la conducta del denunciado. De este modo, y sin perjuicio de todos los indicios de discriminación que podemos evidenciar en cada caso, al no existir un régimen probatorio similar al establecido en sede Laboral, la justificación o racionalidad del actuar del demandado no es materia de prueba, mucho menos cuando de por medio existe un acto administrativo, como sucede en los casos en comento. Dicho de otra manera, poca relevancia tendrá el que se invoque una causal para el término de la contrata y que esta no sea acreditada en absoluto, ya que, por el tipo de prueba consagrada en sede Civil, la carga de acreditar derechamente el acto discriminatorio recae plenamente en el denunciante, sin perjuicio de toda la dificultad que esto pueda importar en los actos de discriminación política, que es a su vez, generalmente una discriminación indirecta.

A nuestro juicio, la evolución de la legislación antidiscriminación –tanto en sede Civil



como Laboral- importa una tremenda oportunidad de que esta práctica tan arraigada en el funcionamiento de nuestros servicios públicos desaparezca, materializando el principio constitucional de igualdad, en el sentido de que efectivamente en Chile no existan ni personas ni grupos privilegiados. Esto solo podrá superarse, primeramente, a través de jurisprudencia esclarecedora en esta materia, donde el sentenciador se atreva a indagar en el mérito de cada acto administrativo, declarando proscritos los actos de discriminación política que, pese a su usual ocurrencia, son sin lugar a dudas un tipo de discriminación proscrita por nuestro ordenamiento jurídico aun cuando tenga lugar en los Órganos de la Administración del Estado. Por otra parte, esto será posible plenamente con una modificación de la Ley N°20.609, en orden a consagrar la reducción probatoria estipulada en nuestro Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene hacer presente que nuestros Tribunales igualmente han presentado avances en el asentamiento de una jurisprudencia mucho más protectora del derecho a la no discriminación, motivo por el que encontramos sentencias cuyo razonamiento nos parece más apropiado y conforme a los objetivos de la Ley N° 20.609, los que resolvieron esta misma materia en pro del trabajador - independiente de su calidad- dando cabida a las denuncias efectuadas. Ejemplo de aquello es la sentencia dictada en autos rol C-10.794-2014 ("*PEREZ con SOTOMAYOR*"), tramitada ante el 7° Juzgado Civil de Santiago<sup>38</sup>. En el caso en particular, el denunciante don Juan Francisco Pérez ingresó durante el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera a prestar servicios al Instituto de Desarrollo Agropecuario (Indap). En abril del año 2014, le es informado verbalmente por el Director Regional, don Christian Suarez Parra, que será desvinculado de la institución sin ofrecerle mayor fundamentación respecto de esta decisión. Considerando el cambio de Gobierno reciente (asume como Presidenta de la República la señora Michelle Bachelet en marzo de ese mismo año), aparte de no pertenecer al actual equipo del Director Regional, el denunciante aduce que la

---

<sup>38</sup> Ficha N° 13, Anexo N°1

desvinculación se debió a su orientación política, la que hizo notoria a lo largo de su estadía en la Institución.

A este respecto, el sentenciador resuelve la controversia señalando que *“se ha incurrido en un acto de discriminación arbitraria, toda vez que, si bien, y conforme al régimen de contrata al cual se encuentra subordinado el denunciante, la administración tiene la facultad discrecional de ponerle término al contrato si estima que los servicios de la persona en cuestión no son necesarios, dicha discrecionalidad no puede ser sinónimo de arbitrariedad, ya que esta facultad debe ser ejercida dentro de los parámetros que establece la Ley N° 19.880 que versa sobre las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Conforme a esta ley, los actos de la autoridad deben contener los fundamentos de las decisiones que se adopten en ellos. Por ende, si bien la legislación dota a la autoridad de una facultad discrecional cuyo ejercicio le autoriza para poner término a una contrata porque “los servicios ya no son necesarios”, tal discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y su ejercicio se encuentra sometido a exigencias, parámetros y límites. De este modo, la resolución N° 000293, mediante la cual se puso término al contrato de forma anticipada, expresando que se adopta esta decisión “por necesidades del Servicio”, dista mucho de ser un fundamento claro y transparente que permita al afectado el conocimiento del motivo de la medida, pues no se precisan las razones por las cuales sus servicios dejaron de ser necesarios.*

*Que, conforme a lo anterior, además de contrariar la exigencia de la Ley N° 19.880, que en su artículo 11 inciso 2° expresa la necesidad ineludible de fundamentación, el acto impugnado por esta vía no aparece debidamente motivado y razonado, lo que lo hace arbitrario y en consecuencia la hipótesis invocada por el actor se encuentra completamente configurada por la carencia de justificación razonable que rigió en el caso concreto la terminación de la contrata del actor”.*

En este mismo sentido, en la causa Rol C-3262-2014 (GARCÍA con SOTOMAYOR”), del 3° Juzgado Civil de Temuco, el sentenciador resuelve señalando *“que el término*

*de la contratación de la actora "por necesidades del servicio", sin que tal afirmación indique cuál o cuáles serían las necesidades del servicio que implicaron la desvinculación de la denunciante, carece de una justificación razonable. Más aún cuando el contrato de la denunciante indicaba como fundamento de término "... o hasta que sus servicios sean necesarios", esto es, circunscribiendo la causal a la persona contratada y los servicios que prestaba.*

En relación con estos pronunciamientos, estimamos que resulta del todo acertada la exigencia de los sentenciadores en cuanto a que el acto administrativo deba necesariamente estar fundamentado conforme a la Ley N°19.880, a fin de descartar o mitigar la arbitrariedad. De esta forma, concordamos plenamente con lo establecido por la Corte de Apelaciones en otro caso al señalar que *"la mayor libertad que tiene la administración para disponer de sus trabajadores, no implica que esta debe convertirse en una arbitrariedad conducente finalmente al acto discriminatorio"*.

Esta problemática se debe precisamente a que el régimen al cual están sometidos los trabajadores de la Administración del Estado da lugar a un sinnúmero de arbitrariedades, en razón de una serie de "facultades discrecionales" – establecidas por ley- de los Jefes de Servicio u otras autoridades, cuyo único control y contrapeso hasta ahora era realizado por la Contraloría General de la República, y únicamente en relación a la legalidad de dichos actos administrativos, dejando en absoluta desprotección a estos funcionarios en cuanto sujetos de derecho, y titulares, por cierto, de todos los derechos fundamentales de que toda persona y todo trabajador goza. Por este motivo, consideramos que pronunciamientos judiciales como los referidos en lo precedente, importan avances tremendamente significativos en torno a la protección de la no discriminación.

Por otra parte, es interesante evidenciar que el sentenciador en los fallos recién referidos, aplica – aun cuando no tiene norma expresa que lo faculte- una especie de reducción probatoria similar a la establecida en sede laboral, toda vez que centra su análisis en la justificación o razonabilidad del actuar de los denunciados, y no en la prueba directa del acto discriminatorio. En ese sentido, estimamos que el hecho de

que el Tribunal lo haya aplicado aún contra ley, siendo esta la única posibilidad para el trabajador de acreditar este tipo de discriminación, viene a corroborar la hipótesis que ya adelantamos, en relación con la deficiencia de la acción de no discriminación en materia de prueba al no haber consagrado la reducción probatoria y los indicios que si se contemplaron en materia de Tutela Laboral.

En este orden de cosas, es menester recalcar que el problema principal que se presenta en torno a los casos de discriminación arbitraria fundados en torno a la categoría sospechosa de discriminación política, es la gran dificultad que se da en materia probatoria, para establecer precisamente la existencia de una discriminación arbitraria. Esto, debido a que la mayoría de las veces se trata de denuncias por actos de discriminación indirecta, lo que vuelve excesivamente dificultoso para el denunciante demostrar y probar los hechos alegados.

Atendido lo anterior, si bien consideramos positivo que se haya establecido el sistema de la sana crítica como sistema probatorio en el litigio antidiscriminación en sede civil, permitiendo al Tribunal una mayor libertad en la valoración y apreciación de la prueba, consideramos que la prueba en esta sede (y en especial respecto de esta categoría), es prácticamente imposible, por no evidenciarse la discriminación directamente en la mayoría de los casos, sino tan sólo de forma indirecta. Así, el denunciante –el trabajador-, que en este tipo de litigios suele ser la parte más débil, se ve enfrentado a la gran dificultad de demostrar un acto discriminatorio indirecto, y peor aún, no se le facilita su labor -como si ocurre con el trabajador en el procedimiento de tutela laboral- aplicándosele directamente la regla general probatoria establecida en el Código Civil. Este punto es uno de los grandes errores, que a nuestro parecer se cometieron en la dictación de la Ley N ° 20.609, al no establecerse una norma expresa, como si ocurre en la discriminación en el derecho laboral, de inversión o especie de reducción de carga de la prueba.

Por último, diremos que si bien somos críticas de la jurisprudencia antidiscriminación analizada en torno a esta categoría sospechosa en sede Civil, estimamos que la Ley N°20.609 representa una oportunidad, tanto para los Tribunales Civiles, como para

los operadores políticos y la sociedad en su conjunto, para que reflexionemos con respecto a la discriminación política como único sustento para la asignación y distribución de funcionarios en los Servicios Públicos, así como sus eventuales desvinculaciones sin ningún criterio objetivo en cuanto a capacidad o desempeño. Como referimos anteriormente, la Ley en cuanto norma, mirada en abstracto, es insuficiente para el asentamiento de un derecho antidiscriminación y para lograr propósitos tan ambiciosos como erradicar estas prácticas, por lo que, para que realmente sea efectiva y eficaz requiere ser acompañada de una jurisprudencia antidiscriminación que reflexione, teorice, y precise conceptos, en el entendido de que la discriminación es un fenómeno social complejo y dinámico que debe ser atendido en todas sus dimensiones para así hacerle frente. De esta forma, implementando mejoras prácticas y debatiendo seriamente sobre este fenómeno, con una jurisprudencia que esté a la altura de las circunstancias, se podría lograr poner fin a estas prácticas -a nuestro parecer abusivas y arbitrarias la mayoría de las veces- o a lo menos reducirlas de forma drástica.

**(ii) Discriminación por Enfermedad o Discapacidad.** La segunda categoría más alegada como causa de discriminación en las sentencias analizadas, fue la denominada categoría sospechosa de “enfermedad o discapacidad”. Del conjunto de sentencias analizadas, en tres<sup>39</sup> de ellas se alegó por los actores una discriminación en base a su enfermedad o alguna discapacidad que padecían. De las 3 demandas presentadas, 2 fueron rechazadas en primera instancia, una por haberse presentado de manera extemporánea y la otra por considerarse por parte del tribunal que los actos discriminatorios descritos no tenían la categoría de tal. Nos gustaría profundizar en aquella sentencia que fue acogida en primera instancia, pero revocada posteriormente en segunda, llegando a interponerse recurso de casación en la forma y el fondo, no prosperando el mismo, al confirmar la Corte Suprema la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones respectiva. Es preciso mencionar que fue el único de los 19 casos que llegó hasta la última instancia y en cual hay un

---

<sup>39</sup> Anexo N°1: Fichas N° 2,6 y 9.

pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia.

En el caso en comento, causa rol C-1.352-2014 ("*DIAZ con ARMADA DE CHILE*"), tramitado ante el 2° Juzgado Civil de Valparaíso<sup>40</sup>, don Charles Díaz ingresó a la Escuela de Grumetes de la Armada de Chile en febrero del año 2011, cumpliendo y aprobando todos los perfiles y requisitos académicos, físicos, médicos y psicológicos necesarios. Posteriormente, y habida consideración de su buen desempeño académico, aprobó una especialidad, e incluso fue contratado en la Armada de Chile como marinero a contar del 1 de enero de 2013. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión de Sanidad de la Armada en noviembre del año 2013 lo declaró "no apto para el servicio y no afecto a lo establecido en el ámbito del artículo 237 del D.F.L N°1 de 1977", fundado en que luego de practicadas nuevas evaluaciones psicológicas se concluye que "clínicamente no presenta cuadro que amerite tratamiento, sin embargo presenta una discapacidad que es concordante con alexitimia o un cuadro de tendencia asperger", motivo por el que finalmente fue dado de baja.

Respecto de estos hechos, el tribunal de primera instancia resolvió al siguiente tenor: *"(...) fluye que las causales aplicables que habilitaban jurídicamente para disponer el retiro del actor eran la declaración de una enfermedad declarada incurable o el sufrimiento de alguna inutilidad señalada en la ley, lo que en caso alguno fue reflejado por los informes psiquiátricos que fueron tomados como base para su retiro. Cuando el Director General del Personal de la Armada motivó la desvinculación del actor en causas relacionadas con su salud psíquica, sin que ello encontrase debido reflejo en los exámenes practicados, incurrió en un uso no razonable de sus facultades. Cuando las prerrogativas legales de una autoridad son llevadas a la práctica sin estar antecedidas por un procedimiento racional y justo, el resultado es la comisión de un acto arbitrario."*

Por estas consideraciones, se acoge la demanda en contra de la Armada de Chile, y, en consecuencia, se declara que ha existido discriminación arbitraria fundada en

---

<sup>40</sup> Ficha N°9, Anexo N°1.

motivos de enfermedad o discapacidad por parte de la demandada en contra del actor. Asimismo, se deja sin efecto el acto discriminatorio, consistente en el ORD. N°1600/0332/8039 de 28 de marzo de 2014, cursado por el Director General de Personal de la Armada de Chile, debiendo reincorporarse al demandante a dicha institución dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde que este fallo se encuentre firme y ejecutoriado.

Posteriormente, este pronunciamiento fue revocado por La Corte de Apelaciones de Valparaíso, rechazando la denuncia y señalando que para la dictación de la resolución que dispuso el retiro absoluto del demandante de la Armada, el Director de Personal de dicha institución tuvo en vista diversos antecedentes que fundamentaron la misma, los que se tradujeron en exámenes de salud, informes médicos psiquiátricos, etc., por tanto, en caso alguno puede afirmarse que esta actuación se produjo careciendo el emisor de una justificación razonable. Dicho de otro modo, *“la resolución que ordenó el retiro del actor se basó en antecedentes más que plausibles para llegar a la conclusión que en definitiva se adoptó respecto del demandante, pudiendo estar o no de acuerdo con sus fundamentos, pero no siendo la misma irreflexiva o infundada como se ha pretendido sostener.”* Esta resolución fue confirmada finalmente por la Corte Suprema.

A nuestro juicio se trataba de un caso tremendamente discutible, toda vez que, si bien, efectivamente no existía una enfermedad mental que se encuadrara en la norma como "enfermedad declarada incurable" – y que por tanto justificara íntegramente la desvinculación del denunciante al tenor del Estatuto de las Fuerzas Armadas, tal y como resolvió el Tribunal de Primera Instancia-, si se expuso una condición psicológica o perfil del demandante que se consideró (en más de una oportunidad) por la profesional experta como "no apto" para la vida militar, especialmente atendido el potencial uso de armamento por parte del sujeto.

Dicho de otro modo, la decisión de desvincular al demandante de la Institución no resulta claramente injustificada o arbitraria, precisamente porque la justificación de dicha actuación no descansó en el presupuesto del Estatuto de las Fuerzas Armadas

(esto es, la presencia de una “enfermedad declarada incurable”), sino que, se justificó la conducta desplegada por el demandado en virtud del análisis que realizó el Tribunal respecto de todos los procedimientos y opiniones médicas que llevaron al denunciado a desvincular a este funcionario, lo que vino a eliminar una posible conducta antojadiza o arbitraria.

En este sentido, es conveniente recordar que el artículo 2° de esta ley establece que “*se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable*”, por lo que, en el caso en comento, a nuestro parecer y como lo ha interpretado correctamente el Tribunal de segunda instancia y la Corte Suprema, no existió discriminación arbitraria.

Otra causa de suma relevancia en esta materia, son los autos rol C-1901-2014 (“*RIESCO con PAUL*”), del 1° Juzgado Civil de Chillán<sup>41</sup>. En este caso en particular, no sólo se interpuso la acción de no discriminación alegando discriminación en razón de la ideología u opinión política de la demandante (motivo por el que se encuentra enumerado dentro del primer grupo de sentencias), sino que, además, se denunciaba una discriminación en relación a la discapacidad que se padecía, debido a que la denunciante era no vidente. En atención a esta última categoría sospechosa el caso resulta de gran relevancia, ya que posee varios elementos positivos que evidencian el propósito y finalidad de la Ley N° 20.609, y cuyo análisis aporta muchas luces respecto de lo que debería ser el litigio antidiscriminación y el marco de protección que debería contemplar.

En el caso en comento, la demandante es abogada con grado de Magister en Derecho de la Universidad de Concepción, y posee una discapacidad visual genética y de carácter progresivo llamada reinitis pigmentosa, por lo que su visión es escasa y ha sido diagnosticada como ciega.

Esta discapacidad no ha impedido que la recurrente se desempeñe apropiadamente como profesional, ingresando el 1 de marzo de 2011 como abogada asesora del, en

---

<sup>41</sup> Anexo N°1, Ficha N° 8



ese entonces, Director del Servicio de Salud Ñuble, don Jaime Guzmán Nova. Para el cumplimiento de sus labores, y con el espíritu de integrar a las personas discapacitadas al mundo laboral y al sector público, el Director del Servicio autorizó la adquisición de un computador para su uso personal, con un software especial que le facilita la labor de lectura de documentos, navegación por internet, etc. Además de lo anterior, se autorizó la contratación por parte del Servicio, de una persona que cumplía las labores de asistente personal, cuyas tareas estaban destinadas a aminorar las dificultades que su ceguera le producía (lectura de documentos, ayuda en los desplazamientos, tomar nota en reuniones, etc.).

Según señaló la actora en su libelo, en el desempeño de su cargo tuvo siempre una excelente evaluación por parte del Servicio, ganando inclusive un concurso público en octubre del año 2013, asumiendo posteriormente el cargo de Jefe de Departamento con funciones de Subdirectora de Recursos Humanos de dicha entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, con ocasión del cambio de gobierno, el día 17 de marzo de 2014, asume la dirección del Servicio de Salud Ñuble don Iván Raúl Espinoza, quien con la misma fecha procede a destinarla como asesora jurídica de la Subdirección de Recursos Físicos y Financieros del Hospital Clínico Herminda Martín, lo que materializa con la dictación de la resolución exenta 4A1 N°0738 de fecha 18 de marzo de 2014 y, consecuencialmente con ello, se le informa de la pérdida de remuneración consistente en la asignación por funciones críticas, ya que dicha asignación se le había otorgado en razón de desempeñar la función de Subdirectora de Recursos Humanos, y no la función de asesora jurídica.

En esa misma oportunidad se le informa que la destinación no puede implicar contar con una asistente, atendido que en el Hospital Herminda Martin hay dos funcionarios no videntes y que ninguno de ellos cuenta con asistente personal. Cabe tener presente que dichos funcionarios se desempeñaban como maso terapeuta y telefonista, respectivamente.

Frente a esta negativa, la actora consulta al Director del Hospital donde debe

desempeñarse la factibilidad de contratar a una asistente a su cuenta, requiriendo únicamente su autorización para ello (ya que la remuneración de la misma saldría de su bolsillo), a lo que el Director inicialmente accedió, pero luego le fue informado que por un tema reglamentario y legal argumentado por la abogado del Hospital, no es posible autorizar que una persona que no es funcionaria del hospital se desempeñe como asistente, atendido que no puede tener acceso a información con carácter de reservada, no podría presenciar reuniones, etc., por lo que solo podría autorizarse para cumplir la función de "lazarillo" de la demandante.

Atendido lo anterior, la actora alega que sistemáticamente se le ha negado la posibilidad de desempeñarse laboralmente, ya que las condiciones para ello se han negado por parte del señor Paul, al privarla de la asistente que requiere para cumplir con su trabajo, motivo por el que acciona vía Ley N°20.609 para que se restituya el estado de derecho.

En relación con estos hechos el Tribunal tiene por establecido, como primera cuestión, que el día 18 de marzo de 2014 doña María Rebeca Riesco Aguayo fue destinada por el Director del Servicio de Salud Ñuble, a sus nuevas funciones, sin contar con los implementos técnicos ni humanos que le permitieran desarrollar la labor para la que estaba designada.

Posteriormente, señala que la denunciada no ha justificado su actuación en el marco de ninguna de las garantías constitucionales del art. 2° d la Ley N°20.609, ni ha acreditado a juicio del sentenciador, causa legítima, toda vez que:

- (i) Justificar la negativa de otorgar un asistente basado en un principio de igualdad respecto de otras personas no videntes que prestan servicios en el mismo hospital es dar un trato arbitrario a la denunciante, ya que teniendo que cumplir funciones distintas (maso terapeuta y telefonista, y abogado respectivamente) es evidente que los primeros pueden prescindir de una asistente, a diferencia de la recurrente; y,
- (ii) Señalar que la contratación de la asistente es una decisión que le corresponde al Jefe directo actual de la denunciante, carece de sustento legal, toda vez que a juicio

del sentenciador es el Director del Servicio de Salud quien al momento de realizar la destinación tenía la responsabilidad de realizar 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.

Por esta razón, se concluye que la acción discriminatoria del Servicio de Salud Ñuble reviste el carácter de arbitraria, pues, como se ha señalado, no se trata de una "distinción, exclusión o restricción" razonable, fundada en el derecho. En el mismo sentido, *“se dispone que en lo sucesivo, cuando este Servicio realice una destinación o contratación de una persona con discapacidad, deberá efectuar 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 de esta forma 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, tal como lo prescribe el Art. 2° de la Convención Sobre Discriminación de Personas con Discapacidad.”*

Por estos motivos, se rechaza la acción en contra de don Iván Paul Espinoza como persona natural, y se acoge la denuncia en contra del Servicio de Salud Ñuble, sentenciando que dicho denunciado deberá disponer la contratación de una asistente de confianza de la denunciante, equipos técnicos y una oficina que permita que tanto la denunciante como la asistente puedan desarrollar sus funciones en forma conjunta, y ordenando que en lo sucesivo se realicen los ajustes necesarios para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Del mismo modo, condena a la denunciada al pago de una multa correspondiente a 50 UTM y a las costas de la causa.

Tal y como referimos en lo precedente, esta sentencia resulta interesante desde múltiples puntos de vista. En primer término, no podemos sino mencionar que el libelo de la actora -presumiblemente atendido a que es abogada - por su claridad en el relato de los hechos, así como por la determinación del hecho considerado como

discriminatorio en relación con las garantías fundamentales que fueron vulneradas, contribuye tremendamente a que este procedimiento se haya substanciado de manera apropiada, y que el debate se haya centrado efectivamente en calificar, por parte del sentenciador, si existió o no discriminación arbitraria en la conducta imputada al Servicio de Salud, cuestión que no ocurrió en muchas otras sentencias donde el relato de los hechos adolecía de variadas imprecisiones, lo que impidió determinar correctamente el objeto del litigio.

Por otra parte, y en cuanto al fondo, consideramos necesario evidenciar el papel preponderante 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 citada sentencia.

En ese 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 a priori que, por ejemplo, la denegación de ajustes razonables (o no adoptar medidas de acción orientadas a evitar compensar las desventajas de una persona con discapacidad) importan 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.

Atendido lo anterior, sostenemos que resulta evidente a la luz de este caso, el que para efectos de que la Acción de No Discriminación consagrada en la Ley N° 20.609 cumpla su propósito, es necesario contar con más normas especiales destinadas a otorgar protección a los grupos usual e históricamente discriminados en nuestro país, poniendo énfasis en las distintas necesidades de cada cual para el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones, y de modo que estas sirvan de complemento y piso para la Ley de No Discriminación, facilitando por cierto la labor del juez en este litigio, habida consideración de las dificultades probatorias que hemos expuesto

reiteradamente.

Por último, celebramos también que el sentenciador haya dispuesto que, en lo futuro, ese Servicio deba actuar conforme ordenan las leyes vigentes en materia de inclusión social de las personas discapacitadas, toda vez que refleja correctamente, a nuestro parecer, el espíritu proteccionista de esta acción, sin perjuicio del efecto relativo de cada sentencia.

**(iii) Discriminación por motivos de Maternidad.** En el tercer grupo de sentencias, se reclama discriminación fundada en el estado de embarazo de las denunciadas, siendo esta una categoría que no se encuentra expresamente mencionada en el listado de categorías sospechosas del artículo 2° de la Ley, no obstante, sin lugar a dudas se entiende comprendida y protegida por ella. Nos llama la atención que esta categoría no se haya establecido expresamente dentro del listado del artículo, habida consideración de que históricamente, y siendo una materia regulada en distintos Tratados Internacionales, la discriminación hacia la mujer en estado de gravidez ha sido objeto de protección especial, sobre todo para regular los abusos cometidos en el ámbito laboral.

Una de las sentencias analizadas fue la causa rol C-5451-2013 ("*MAJMUD con MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS DIRECCION GENERAL DE OOP*") del 4° Juzgado De Letras Civil de Antofagasta<sup>42</sup>. El caso en comento resulta más interesante aún, porque la demandante detenta la calidad de funcionario público. Efectivamente, la funcionaria trabajaba como directora en un jardín infantil perteneciente a Bienestar de la Seremi de Obras Públicas de la Región de Antofagasta, y denuncia que fue degradada de su cargo como Directora al cargo de educadora de párvulos, simplemente por haber gozado de las licencias y permisos correspondientes a su puerperio y no debido a la mala gestión como Directora, como buscó esgrimir la denunciada.

El tribunal en su análisis señala en primer término que para que haya discriminación

---

<sup>42</sup> Ficha N°4, Anexo N°1.

arbitraria, deben concurrir los siguientes requisitos: a) una distinción (diferencia en base a alguna particularidad), exclusión (quitarle a alguien el lugar que ocupa) o restricción (reducción a límites menores) que carezca de justificación razonable; b) que cause perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales; c) arbitrariedad, esto es, falta de fundamento, falta de proporcionalidad o desviación del fin.

En el caso en particular, y con respecto al primer requisito, el tribunal estima que el tema se puede observar desde diversos puntos de vista, el primero desde un punto de vista estrictamente formal, analizando si dos personas en la misma situación han sido tratadas de forma desigual; en el segundo ámbito, de igualdad material, se debería determinar si las dos personas en similar caso –sea o no igual- fueron tratados o no de diversa manera, y si existió justificación para tal diferencia de trato; en el tercer caso, que se relaciona con la tercera generación de los derechos fundamentales, se debe determinar si ambas personas se encuentran en situación de disparidad, si se ha tratado desigualmente a fin de otorgarles igualdad de oportunidades, y si dicho trato ha sido razonable. A juicio del Tribunal en el caso en cuestión no ha habido igualdad de trato, desde ninguna de las vertientes posibles respecto de la denunciante. En cuanto al punto de vista estrictamente formal y al que dice relación con la igualdad material, queda en evidencia que la desigualdad de trato con respecto al único punto de comparación, la directora anterior, es patente. También se puede afirmar, y con mayor gravedad aún, que se ha excluido a la actora de modo desigual, al desatender su condición de falta de equiparidad que ameritaba un trato desigual de partida, atendida su condición de mujer embarazada, la que de conformidad con el tercer concepto de igualdad -igualdad de oportunidades-, era procedente.

En cuanto al segundo requisito de procedencia (perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales), es dable concluir que también se produjo, toda vez que la actora no solo es funcionaria pública, sino que también detenta la calidad de mujer que se encontraba embarazada y recién parida al momento de dictarse el decreto N° 394 que revoca la resolución en virtud de la que

la actora fue nombrada como Directora del establecimiento. En consecuencia, no solo hay una privación y perturbación en el ejercicio de sus derechos fundamentales, sino que además no se respetó lo dispuesto por las siguientes normas: a) Artículo 2° de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer”; b) Recomendación número 4 del “Convenio Sobre La Protección a la Maternidad”, adoptado por la OIT y aceptado por nuestro país el 14 de octubre de 1994; c) Artículo 8 del “Convenio Sobre la Protección de la Maternidad” del año 2000, de la OIT, el cual no ha sido ratificado por Chile; d) Artículo 1° del “Convenio Sobre la Discriminación en el Empleo y La Ocupación” adoptado por la OIT y ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971.

Finalmente, y en cuanto al tercer requisito -la arbitrariedad- necesario para poder determinar la existencia de un acto discriminatorio o no, el tribunal concluye que el denunciado no fue capaz de acreditar la racionalidad o fundamentación de su actuar, toda vez que el argumento para legitimar su actuar dice relación con la naturaleza transitoria y eventual de la delegación de funciones a la actora, argumento que fue rechazado por este tribunal, debido a que los hechos demuestran que la delegación ha tenido un carácter de permanente y no eventual, considerando el caso de la Directora anterior, que sirve como punto de comparación.

En consecuencia, se resuelve que se acoge la denuncia formulada por doña Lizette Andrea Majmud Miranda en contra del Fisco de Chile y, por lo tanto, se deja sin efecto la Resolución Exenta N°394 de 15 de mayo de 2013, debiendo la actora reasumir su labores de dirección del Jardín Infantil MOP, Región de Antofagasta, dentro del plazo de 3 días contados desde que la presente sentencia cause ejecutoria; se ordena además a la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas de la Región de Antofagasta, que instruya un sumario administrativo a fin de determinar la participación y responsabilidades funcionarias que pudieran concurrir en el acto discriminatorio determinado en esta sentencia, dentro de tercero día contado desde que la presente sentencia cause ejecutoria.

Posteriormente, apelada la sentencia por parte del Fisco, esta es confirmada por el

tribunal de alzada considerando que, a pesar de que los trabajadores de la Administración se regulan por otra normativa, por su discrecionalidad muchas veces se acerca a la arbitrariedad, el hecho de haberse modificado el cargo y puesto de la actora al encontrarse ésta embarazada, denota una clara discriminación arbitraria en contra de la misma debido al estado puerperal. En ese sentido, la Corte afirma que: *“Desde este punto de vista, terminado el post-natal, el órgano debió conservar el puesto y la función para evitar la discriminación por un estado biológico connatural a la especie humana. El no hacerlo, constituye en sí mismo una discriminación por su estado, sin que sea necesario hacer la posterior comparación con personas que cumplieron el cargo anteriormente.”*

Consideramos que lo argumentado por ambos tribunales en este caso, resulta acertado en cuanto a no atender a la calidad que tiene la trabajadora, sino en tan sólo centrarse en el elemento que se ha esgrimido como circunstancia discriminatoria. El sentenciador, hace un análisis de mérito en cuanto al actuar del órgano público, considerando que la prueba presentada por la demandante amerita un cuestionamiento al actuar del servicio, es decir genera duda con respecto a su licitud. Conforme a lo anterior estima que la falta de razonabilidad y justificación de la conducta del denunciado, permite llegar a la convicción de que el motivo real detrás de la degradación de cargo de la denunciante fue su condición de embarazada.

Por lo último, apreciamos positivamente el análisis realizado por el sentenciador, para quien fue determinante, en miras de determinar si existió un acto de discriminación, dilucidar si fue el estado de embarazo de la actora el elemento para que el Servicio adoptara tal decisión -independiente de su calidad de funcionario público- estado que como hemos referido anteriormente, constituye una categoría sospechosa de usual e histórica ocurrencia, por lo que era presumible y verosímil para el Tribunal que una mujer embarazada haya sido discriminada por ese motivo. Consideramos que, en este caso, el sentenciador ha cumplido a cabalidad con el objetivo proteccionista de la Ley, sentando un precedente para futuros casos similares.



En el segundo caso revisado, autos rol C-7.698-2014 (“CARDEMIL con LOPEZ DE MATURANA”), del 26º Juzgado Civil de Santiago<sup>43</sup>, a diferencia de la causa anterior, la demanda no fue acogida por el Tribunal de primera instancia, no obstante ello, la sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones respectiva.

La denunciante en su libelo señala que comenzó a desempeñarse en mayo de 2011 en el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) como investigadora del proyecto VII EPF y luego como encargada de grupo hasta diciembre de 2012.

El primero de febrero de 2013 comenzó a trabajar en un nuevo proyecto, completamente distinto al proyecto anterior, en virtud del cual entre las partes existía un vínculo contractual denominado “contrato de prestación de servicios a honorarios en base a suma alzada”, el que celebraron el 23 de enero de 2013, con vigencia desde el 1 de febrero hasta el 31 de octubre del mismo año. La denunciante fue contratada para realizar labores de levantamiento, análisis de consistencia y pertinencia, validación y depuración de información proveniente de encuestas económicas para las etapas próximas del programa de encuesta nacional de innovación desarrollado por la denunciada.

A partir del 18 de febrero del 2013 y hasta el 14 de marzo del mismo año, la denunciante comenzó a faltar producto de licencias otorgadas por complicaciones en el embarazo del cual no estaba al tanto. Producto de estas licencias y de su estado de embarazo le es informado que será despedida, cuestión que ocurre finalmente el día 27 de marzo a través de carta certificada.

Conforme a lo analizado por el tribunal de primera instancia, *“se concluye que no ha existido por parte de la denunciada discriminación en contra de la denunciante e infracción al artículo 19 numerales 2 y 16 de la Constitución Política y a lo dispuesto en la ley N°20.609 que regula la materia, por cuanto las condiciones establecidas en el contrato celebrado entre las partes no han sido controvertidas en juicio, y, además, atendido que la denunciante ha reconocido de manera expresa que su labor*

---

<sup>43</sup> Ficha N° 5, Anexo N°1.

*desempeñada en el programa VII EPF concluyó en diciembre de 2012 y fue contratada para un proyecto distinto, a contar del 1 de febrero de 2013. En razón de este último, no concurre el requisito de continuidad exigido en la cláusula decimotercera para poder hacer uso de licencia médica. Por lo demás, a la data de su contratación la denunciante debió estar en conocimiento de su estado de embarazo, de acuerdo al contenido de los antecedentes señalados en el documento que rola a fojas 11, cuestión que le permitiera negociar mejores o distintos términos a los pactados en el actual contrato.” “(...)Por tanto, habiendo sido contratada la denunciante para prestar sus servicios en un proyecto con plazos acotados y donde las partes de común acuerdo estipularon que no procedían licencias médicas, sin que se haya prestado servicios por un periodo continuo no inferior a seis meses en el proyecto, y tratándose de una labor presencial y en terreno, su desvinculación contractual se debió a la facultad del denunciado, que fue establecida por las partes contratantes en la cláusula vigésima del contrato, debidamente notificada, cuyo marco de derechos y obligaciones se rigen por los términos contractuales establecidos en el artículo 1545 del Código Civil.”*

En consecuencia, la denunciada en concepto de este Tribunal, actuó conforme al ordenamiento jurídico aplicable al contrato de prestación de servicios a honorarios, celebrado con plena voluntad de las partes, por aplicación al principio de autonomía de la voluntad que rigió la contratación, en la que ambas partes obraron con plena capacidad.

Por estos motivos, se desestima la denuncia interpuesta por doña Daniela Gigliola López Folle en contra del Instituto Nacional de Estadísticas, por lo que en consecuencia se determina que no ha existido acto discriminatorio

A nuestro juicio, el análisis del Tribunal de primera instancia resulta poco conforme a la regulación y protección actual de la mujer, especialmente respecto de aquellas que se encuentran en estado de embarazo. El Tribunal, obvia toda la normativa en relación a esta materia, abocándose únicamente a lo regulado en las cláusulas contractuales -en las cuales se había pactado que se podía poner término

anticipadamente al contrato de prestación de servicios, de forma unilateral y sin expresión de causa por cualquiera de las partes- errando de esta forma, en tomar en consideración todos los elementos probatorios y el contexto de la ocurrencia del hecho para determinar si hubo un actuar discriminatorio o no. De este modo, el sentenciador de primera instancia omitió la consideración a la que se hizo referencia en el caso anterior, toda vez que no toma ni considera a la maternidad como una categoría sospechosa usual e histórica, cuya envergadura e importancia para las mujeres trabajadoras es tal, que ha sido salvaguardada no sólo a nivel internacional a través de diversos convenios y tratativas, sino también a nivel nacional, mediante normas laborales como por ejemplo el establecimiento del pre y postnatal obligatorio, el fuero maternal, la obligación de pagar sala cuna, el permiso de amamantar, entre otros.

Afortunadamente, este pronunciamiento es revocado por el análisis más certero que hace el Tribunal de Alzada respecto de los mismos hechos y aplicando el derecho, en nuestra opinión, conforme a lo intencionado por el legislador. De este modo, la Corte estimó que el hecho de tener un embarazo riesgoso y el que la ausencia de la denunciante se considerara como un entorpecimiento de la buena marcha del proyecto para el cual estaba contratada fue la verdadera razón de su alejamiento y despido. No obstante ello, se le comunicó a la denunciante que se hacía uso de una cláusula contractual que permite desvincularla sin expresión de causa. *“Que lo anterior resulta ser un evidente acto de discriminación de parte del demandado contra la demandante, al ponerle término a su contrato de trabajo por el hecho de ser portadora de un embarazo que ella misma califica de alto riesgo, pese a que la trabajadora, una vez recuperada de su malestar, se reincorpora a sus labores, respecto de las cuales según el dicho de los propios testigos de la demandada no se requiere hacer esfuerzo físico especial para realizarlo. De esta manera se está haciendo una distinción arbitraria pues carece de justificación racional, para ponerle término a sus labores en razón a su estado de embarazo, con lo que se vulnera lo dispuesto en la ley 20.609.”*

En cuanto al despido en sí mismo, consideramos que el raciocinio del Tribunal de

alzada se basa en una lógica certera y nuevamente pro trabajador, entendiendo que, no obstante, el contrato establezca una cláusula que permita el desvinculamiento sin expresión de causa, no hay que obviar todas las otras pruebas que demuestran en definitiva que se cometió un acto de discriminación proscrito por nuestro ordenamiento. De esta forma, el Tribunal de Segunda Instancia se hace cargo mediante esta acción especial -más allá del tenor literal de una norma o de una disposición contractual- de una problemática social de gran envergadura, dónde el foco se encuentra puesto en sujetos que histórica y consistentemente han sido discriminados, como es el caso de las mujeres embarazadas, precisamente debido a artimañas legales de ese tipo, como por ejemplo en los presentes autos, contratos de prestación de servicios que sacan a la trabajadora de la esfera de protección del Código del Trabajo.

**(iv) Otras Categorías Sospechosas.**<sup>44</sup> De las tres sentencias restantes nos gustaría abocarnos -en este punto a lo menos- al estudio de tan solo una de ellas, esto es la causa rol C-8.602-2016 ("*GUTIÉRREZ con RED DE TELEVISION*"), del 12° Juzgado Civil de Santiago.<sup>45</sup> El caso en cuestión tuvo una gran connotación pública por lo que nos resulta de relevancia exponer y analizar lo que estableció la jurisprudencia al respecto.

Estos autos versan sobre la denuncia que interpuso don Ignacio Gutiérrez, figura pública de la televisión chilena, por supuesta discriminación arbitraria en razón de su orientación sexual, en contra de Red Televisiva Chilevisión S.A. ("Chilevisión"). El conductor televisivo ya referido, indica que se sostuvieron reuniones con directivos y asesores del Canal, en las cuales se le habría solicitado potenciar una conducta más homosexual conforme a su orientación sexual, y en las cuales además, se le informó que se integraría un nuevo animador al matinal que potenciaría la heterosexualidad dentro del mismo, cuestión que el demandante no podría lograr debido a razones

---

<sup>44</sup> Optamos por unir el universo restante de casos en un solo apartado en razón de considerar tan sólo una de ellas relevante para efectos de análisis. No obstante lo anterior el lector, podrá verse libre de revisar con mayor detención las Fichas respectivas que se encuentran en el Anexo 1. Anexo 1, Fichas N° 7, 18 y 19.

<sup>45</sup> Ficha N° 19, Anexo N°1.

obvias, es decir por ser homosexual, queriendo generarse una nueva dinámica de grupo, conformado por la animadora Carolina de Moras, el nuevo animador -como “pareja heterosexual” y don Ignacio Gutiérrez, como figura “homosexual”.

El análisis que hace el Tribunal tanto de primera como de segunda instancia en este caso resulta emblemático debido, en primer lugar, y como ya hemos determinado, a la gran connotación pública que tuvo el caso; en segundo lugar, debido al desarrollo y exposición de la materia de una forma excepcional -escasamente vista a lo largo de nuestra lectura de sentencias-, tanto por ambas partes litigantes, como por parte de los Tribunales de primera y segunda instancia; y finalmente, por la importancia que tiene la categoría sospechosa que se invoca en el caso de marras. En relación a este último punto, cabe recordar y hacer memoria en cuanto a la historia y origen de esta Ley. Esta fue impulsada y dictada tras la ocurrencia de ciertos hechos lamentables que marcaron a toda la sociedad, y de hecho le dieron el nombre informal y por el cual es conocida en nuestra sociedad: “Ley Zamudio”, en honor a Daniel Zamudio, quien fue víctima de un ataque discriminatorio brutal por el simple hecho de ser “homosexual”, el cual lamentablemente terminó con su vida. Evidentemente, y en razón de lo anterior es que la “orientación sexual” se constituye como aquella categoría sospechosa emblemática, ante la cual los Tribunales están más alerta y son más receptivos ante situaciones de discriminación arbitraria.

De esta forma, el sentenciador de primera instancia centra su análisis en la justificación ofrecida por el denunciado, concluyendo por ejemplo que: *“Entonces, si la intención del canal demandado no resulta razonable atendido los antecedentes aportados precedentemente, quiere decir que la decisión adoptada por éste en el sentido de traer a un conductor para el matinal que fuere heterosexual y que el actor asumiera “su identidad sexual”, resulta arbitraria, desde que, como se dijo, no se ajusta a criterios de razonabilidad, establecidos en el estudio contratado por el propio canal demandado.*

*Resulta claro también, en relación a la prueba presentada -especialmente la prueba testimonial-, de la cual se extrae que el demandante vivía su homosexualidad de*

*forma privada, no exponiendo su orientación sexual al público y habiendo muy pocas personas que supieran efectivamente que era homosexual, que el señor Roost-Macías transgredió el derecho a la intimidad que tiene todo habitante de la República, entre los cuales se encuentra el actor.”*

A este respecto, y sin perjuicio de los breves pasajes de este pronunciamiento citados en este apartado, el análisis realizado por el sentenciador resulta ser uno de los más completos, existiendo un raciocinio lógico y una argumentación en materia probatoria clara y precisa, que permiten seguir el razonamiento del Tribunal y ver demostrado la configuración del ilícito, dando paso en este caso a un análisis pro trabajador, permitiendo el Tribunal una especie de reducción de la prueba-emulando lo establecido en el procedimiento de tutela laboral-, al no poder comprobar el demandado que su actuar discriminatorio era justificable y razonable, cuestión que a nuestro juicio parece la forma correcta de aplicación de la Ley N° 20.609, y esperamos que sienta precedentes para la resolución de casos futuros en sede civil.

De interesante análisis resulta también el hecho, de que la sentencia en segunda instancia, al haberse presentado recurso de apelación por el demandado, fue dictada con un voto disidente al confirmarse la sentencia de primera instancia. En su voto disidente, la Ministra considera que los hechos que se dieron por probados por el Tribunal no son constitutivos de un actuar discriminatorio, sino más bien de la expresión de los derechos diferentes de ambas partes; por un lado, el derecho a la integridad psíquica y física, a la intimidad y a la honra entre otros; versus el derecho del Canal al libre ejercicio de su actividad económica. En su opinión, ambos derechos fundamentales son dignos de protección y deben aprender a convivir en un equilibrio dentro de la sociedad. Conforme a esto, el Canal claramente estaba ejerciendo su derecho, y a opinión de la Ministra, dentro de un marco totalmente razonable, ya que en ningún momento se estipuló la salida del denunciante del programa, ni se alcanzó a definir el rol que este iba a interpretar dentro del mismo, y la solicitud efectuada en relación a expresar su sexualidad, se condice con el apoyo del Canal al reconocimiento de la libertad de expresión.

En nuestra opinión, el voto de minoría de la Ministra López Miranda, da cuenta precisamente del paradigma que ha imperado hasta ahora en relación con la discriminación, sobre todo al momento de ponderar este derecho respecto de otros derechos fundamentales cuyo contenido es esencialmente económico o patrimonial. En efecto, el derecho a la no discriminación ha sido históricamente subvalorado respecto de otros derechos – como el derecho al libre ejercicio de una actividad económica- a tal punto que, precisamente si se estableció una acción de no discriminación, fue por considerar que el Recurso de Protección no llegaba a garantizar la no discriminación con la misma eficacia con la que si garantiza el derecho de propiedad u otros derechos de contenido patrimonial.

En ese sentido, celebramos esta sentencia toda vez que recoge el principio proteccionista de esta Ley proscribiendo todo tipo de actos discriminatorios, aun cuando estos no tengan una repercusión de índole económica para el afectado. Más aún, consideramos que sentencias como estas, ponen el foco de atención en el objetivo final de la acción de no discriminación, que es precisamente resguardar la honra y la dignidad de todo ser humano ante actos que injustificadamente lo vulneren.

## **2. Denuncias de discriminación arbitraria en el marco de una relación laboral accionados vía procedimiento de tutela laboral establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo.**

Para efectos de este apartado, nos referiremos al análisis de 13 fallos pronunciados por Juzgados de Letras del Trabajo y Cortes de Apelaciones desde el año 2012 en adelante (esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.609), quienes conociendo de acciones de Tutela Laboral por actos discriminatorios, dan cuenta de la relevancia y trascendencia del principio de no discriminación consagrado en la Constitución Política de la República, y en particular, en el Art. 485 del Código del Trabajo en concordancia con el Art. 2º del mismo cuerpo normativo.

Las sentencias aquí analizadas fueron obtenidas a través del buscador de jurisprudencia de la página del Poder Judicial, utilizando como criterio de búsqueda

las expresiones “Tutela Laboral”, y “discriminación”. Posteriormente, fueron eliminados los fallos cuya categoría sospechosa era la sindicalización, por tratarse de una materia particular y de suma relevancia, a la cual el legislador ha dado un tratamiento distintivo que excede los propósitos de la presente investigación. Hacemos presente, además, que, para efectos de obtener una información completa, solicitamos al Poder Judicial, vía Ley de Transparencia, un listado de todas las causas en que -en el marco de la acción de tutela laboral- se ventilarán casos de discriminación. No obstante haber obtenido una respuesta favorable en sede civil, en este caso no obtuvimos la información solicitada, motivo por el que aquí únicamente constan las causas seleccionadas por las infrascritas bajo los criterios ya referidos, que fueron arrojadas por el buscador del Poder Judicial.

## **2.1. Síntesis de las “Categorías Sospechosas” más invocadas en los casos analizados.**

Respecto de la discriminación en materia laboral, el legislador ha señalado en el Art. 2º del Código del Trabajo que: “*Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.*” En ese sentido, el mismo artículo en su inciso siguiente, señala una serie de categorías sospechosas que a su juicio son constitutivas de discriminación siempre que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, a saber: raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social.

Sin perjuicio de dicha enumeración, tanto la jurisprudencia como nuestra doctrina nacional están contestes en que ese listado en caso alguno constituye una enumeración taxativa, siendo el principio de no discriminación consagrado en el Art. 19 n° 16 de la Constitución Política de la República, la norma crucial que inspira cualquier otra regulación a este 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.

Lo anterior sin lugar a dudas ha sido reflejado en el análisis jurisprudencial realizado,



donde los fallos revisados están fundados principalmente en las categorías sospechosas consagradas en la ley respecto a **edad, sexo, e ideología u opinión política**. A su vez, también pudimos constatar que existen múltiples acciones fundadas en actos discriminatorios por **motivos de salud o enfermedad, y por estado de embarazo de la denunciante**, sin perjuicio de que estas categorías no están expresadas en el Art. 2º recién transcrito, precisamente por no ser una norma de carácter taxativa.

Para efectos de proceder al análisis de cada categoría, nos remitiremos a las fichas anexadas al presente trabajo, las que para todos los efectos forman parte integrante de esta investigación.

**(i) Discriminación por sexo.** Sin perjuicio de lo bullada que ha sido esta temática, y siendo conocida la falta de equidad que ha imperado en nuestra sociedad respecto de hombres y mujeres en muchos ámbitos, esta categoría sospechosa fue invocada en solo 1 de las 13 sentencias analizadas.

Así, en los autos rol T-108-2013 (*“Inspección del Trabajo con Condominio de Barlovento Jardines de Reñaca”*) conocidos por el Juez de Letras del Trabajo de Valparaíso<sup>46</sup>, se condenó al denunciado “Condominio de Barlovento Jardines de Reñaca” tras constatar que existiendo dos trabajadores que se desempeñaban como aseadores en sus dependencias – un trabajador y una trabajadora- la demandante en autos, quien cumpliendo la misma función y teniendo mayor antigüedad que su par, tenía una remuneración menor. Lo anterior fue considerado por el Tribunal como un actuar discriminatorio y arbitrario, habida consideración de que no existía ninguna justificación razonable para ello. En ese sentido, el tribunal expresó en su sentencia que *“(…)Riquelme es varón y Miranda mujer, ambos realizan idénticas funciones y no existen a su respecto evaluaciones de desempeño, por lo que todos estos antecedentes son suficientes para juzgar a priori, que la trabajadora Miranda recibió un trato desigual en materia de remuneración por su condición de mujer, vale decir,*

---

<sup>46</sup> Ficha N°1, Anexo N°2.

*que la condición de ser la dependiente del sexo femenino fue determinante en la conducta de la denunciada quien, a igual función y sin criterios de diferenciación objetivos, retribuye por su labor a un dependiente de sexo masculino con una cantidad de dinero y le aumenta dicha cantidad periódica y anualmente, a diferencia de lo que ocurre con la trabajadora demandante en autos.”*

Hacemos presente que en esta sentencia el juez realiza una reflexión que nos parece muy apropiada en torno a la discriminación y al marco normativo de la misma en nuestra legislación, enlazando debidamente las disposiciones pertinentes del Código del Trabajo, la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales vigentes. Ahora bien, por el contrario, nos parece curioso que, tratándose precisamente de un litigio fundado en la discriminación, y donde, a nuestro juicio, se hizo un buen análisis de la misma, no se hizo referencia alguna a la Ley N°20.609 o “Ley Zamudio”, habida consideración de que, a la fecha de pronunciamiento de este fallo, esta se encontraba ya en vigencia.

Por otra parte, conviene tener presente, tal y como constatamos en sede Civil, el rol decisivo que cumple la existencia de norma expresa en torno a cada una de las categorías sospechosas invocadas en el litigio antidiscriminación. Así, y en particular en estos autos, la existencia del Art. 62 bis -introducido por la Ley N°20.348- que consagra el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, permitió la resolución de estos autos -sin lugar a dudas- en favor de la trabajadora, fundado en esta norma, la que establece precisamente cuándo estamos en presencia de una discriminación proscrita por nuestro ordenamiento jurídico. Así, de conformidad con el artículo referido, será toda vez que una distinción en razón del sexo no se funde en la capacidad, calificación, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador o trabajadora.

**(ii) Discriminación por motivos de enfermedad**. En relación con esta categoría analizamos 5 fallos, de los cuales 3 fueron acogidos y 2 rechazados.

Como primera cuestión, hacemos presente que, a nuestro juicio, las acciones fundadas en esta categoría sospechosa resultan muchas veces cuestionables, toda

vez que la “enfermedad” en determinados escenarios colisiona directamente con la capacidad o idoneidad para el cargo, siendo esta última la única discriminación permitida por expreso mandato legal.

En ese sentido, por ejemplo, en la causa Rol T-22-2014 (*“Meriño con Sociedad de Ingeniería y Movimiento de Tierra del Pacífico Limitada”*), conocida por el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena<sup>47</sup>, en relación con la denuncia por vulneración de la garantía de no discriminación interpuesta por un trabajador quien adolecía de una profunda depresión (que había culminado con un intento de suicidio), el Tribunal señala, en primer término, que el Código del Trabajo, al consagrar el principio de no discriminación, establece que este debe siempre entenderse a la luz de la Constitución Política de la República y su mandato genérico en orden a no aceptar más discriminación que aquella que se basa en la idoneidad.

En ese entendido, el Tribunal procede a analizar la prueba rendida para determinar qué razones han motivado el despido del actor, y si estas son simplemente injustificadas o si esconden un acto discriminatorio. A este respecto, el sentenciador establece que *“atendida la prueba testimonial ofrecida por la propia denunciada, se puede determinar que el trabajador fue despedido por sus problemas de salud mental, vale decir, que fue despedido atendida una condición especialmente vulnerable por la que pasaba el trabajador, discriminándolo por esta circunstancia.”*. Finalmente, no considerando justificado el actuar del empleador, se acoge la denuncia por despido discriminatorio, dando lugar a las prestaciones solicitadas.

En relación con lo anterior, estimamos que atendido que el legislador y nuestra Constitución Política de la República permiten la discriminación por idoneidad para el cargo, en estos autos precisamente esa era una zona gris, atendida la condición médica del actor, y las labores riesgosas que debía desarrollar. Más aún, habida consideración de que el trabajador se encontraba sujeto a una fuerte medicación, y que estaba en un estado de salud mental tremendamente delicado, estimamos que

---

<sup>47</sup> Ficha N°2, Anexo N°2.

su condición médica efectivamente pudo ser una justificación razonable para la separación de sus labores en caso de que el denunciado lograra acreditar que la desvinculación atendió precisamente a la seguridad del propio trabajador en el desempeño de sus funciones, excluyendo a la discriminación entendida como una decisión caprichosa o arbitraria.

En ese sentido, sostenemos que es evidente el espíritu protector del Juez del Trabajo en estos procedimientos, a diferencia de lo que sucede en los litigios antidiscriminación ventilados en los Tribunales Civiles por la Ley Zamudio, toda vez que, para fallar, atiende en gran medida a la condición desventajosa del trabajador y resuelve la controversia considerando en todo momento esa situación de especial vulnerabilidad – lo que permite inclinar la balanza a su favor aún ante situaciones no especialmente claras-, lo que a nuestro parecer resulta, en cualquier caso, positivo y acorde con el espíritu de esta acción.

Por otra parte, y sin lugar a dudas, existen múltiples ocasiones en que los actos recurridos en virtud de esta causal son del todo injustificados por parte del empleador, y constituyen un actuar discriminatorio evidente.

Así, en los autos Rol T-11-2014 (*“Castro Montalbán con Tecno Conservi Limitada”*), ventilados en el Juzgado de Letras del Trabajo de Calama<sup>48</sup>, un trabajador diagnosticado con cáncer de vesícula es despedido por supuestas “necesidades de la empresa”, en circunstancias que el propio abogado de la empresa declaró en juicio – tal y como consta en la sentencia- que *“en una decisión que puede resultar difícil de comprender desde afuera, pero lógica desde el interior de la empresa, las “intermitencias propias de la enfermedad” del demandante, llevó a la empresa a preferir a un trabajador que no tuviere aquellos inconvenientes.”*

Respecto de esta causa, el Tribunal estimó que *“es evidente que el catálogo de categorías sospechosas contempladas en el artículo 2 del Código del Trabajo no resulta taxativo, ya que no resulta razonable interpretar la norma como si el legislador*

---

<sup>48</sup> Ficha N°3, Anexo N°2.

*quisiera proteger sólo aquellos grupos mencionados, y no otros igual o más vulnerables, como los afectados por un problema de salud o enfermos, más, si se considera que la norma en comento es un reflejo del principio de la no discriminación en el empleo consagrado en el número 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”.*

Posteriormente, se acoge la demanda de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, declarando que el despido del demandante ocurrido el 21 de marzo fue discriminatorio.

A nuestro juicio, este fallo resulta correcto, toda vez que, contrario al caso antes mencionado, este trabajador no adolecía de un estado de salud que lo hiciera menos apto para el trabajo, y, luego de las licencias médicas correspondientes, no existía mayor riesgo o un riesgo aumentado – en relación con las funciones que el cumplía – para que siguiera trabajando. En ese sentido, el despido por parte de su empleador no encuentra justificación alguna más allá del temor prejuicioso respecto de su estado de salud, lo que en la práctica no estaba dificultando su desempeño laboral. Asimismo, la defensa del empleador no podía prosperar, ya que, aun cuando se desestimara la acción de tutela laboral por discriminación, el despido en cualquier caso sería injustificado desde que las supuestas “necesidades de la empresa” que fundaron la carta de despido, no fueron en modo alguno acreditadas.

**(iii) Discriminación por edad.** En relación con esta causal, únicamente analizamos un fallo cuyo acto discriminatorio recurrido tuvo como fundamento la edad del denunciante.

En este sentido, la causa rol T-74-2014 (*Barrientos Roa con Empresa Rockwood Lithium Limitada*), ventilada ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta<sup>49</sup>. En estos autos la demandante denuncia una relación laboral ficticia, de cuyo despido fue informada verbalmente el 2 de junio de 2014, en virtud de la causal N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo, esto es, término del Servicio u Obra que dio

---

<sup>49</sup> Ficha N°4, Anexo N°2.

origen al trabajo, en circunstancias que el motivo real de su desvinculación fue su edad. La actora hizo presente en autos que nunca trabajó para un proyecto, contrato o servicio determinado. Prueba de lo anterior, es que en la carta en que se comunicó el despido, la denunciada es incapaz de indicar a cuál contrato se pone término y ni siquiera enuncia las características del mismo.

Para efecto de acreditar su pretensión, en autos se indica como antecedente de vulneración de derechos fundamentales la forma de la contratación de la actora, en cuanto a la duración y el tipo de contrato que fueron absolutamente ficticios, los que en caso alguno se ajustaban a la realidad. Asimismo, la demandante señaló que, pese a que en la práctica existió, nunca suscribió un contrato indefinido, lo que evidencia la vulneración de derechos alegada principalmente al considerar que desde el año 2005 la demandada contrató a seis químicos, todos con contrato indefinido, justificando su exclusión únicamente en virtud de que *“a su edad no se le permitía optar a este tipo de contrato”*.

En relación con lo anterior, el Tribunal resuelve al siguiente tenor: *“En consecuencia y conforme a lo indicado precedentemente, el denunciante ha acreditado la existencia de indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales alegada en autos, al demostrar que los trabajadores de mayor edad se mantenían en un régimen contractual que facilitaba su despido y mantenía reducido sus beneficios dentro de la empresa, junto con haberse reconocido por parte del Jefe de Laboratorio que la empresa le solicitó que el laboratorio continuara funcionando pero con trabajadores jóvenes, y finalmente, por haberse demostrado que los casos de desvinculación ocurridos en la empresa se dieron respecto de los trabajadores de mayor edad, como lo fue el caso-junto al de la actora- de otras dos analistas de su mismo rango etario. Considerando que por otro lado el empleador no acreditó como correspondía la justificación del despido, en cuanto no pudo comprobar que a la actora se le hubiese contratado para una determinada faena u obra, y que esta haya concluido, como debería ser en relación a la causal de despido invocado, y adicionando lo declarado por el Jefe de Laboratorio, quien confirma que la actora nunca prestó servicios para una obra o faena, sino que cumplía un horario*

*como laboralista de turno, es dable concluir, que este ha sido discriminatorio en razón de la edad de la demandante.”*

En relación con este fallo, nos parece interesante evidenciar, como primera cuestión, la primacía de los principios que inspiran nuestra legislación laboral. En ese sentido, estimamos que el tribunal aplica correctamente los principios de protección al trabajador y de supremacía de la realidad, entre otros, para constatar, por un lado, que efectivamente existía una relación contractual entre las partes que no estaba pactada para una obra o faena determinada; y, por otra parte, para efectuar una interpretación de la prueba que le permitiese alcanzar la convicción de que en el caso en cuestión se configuró una discriminación arbitraria.

Como última cuestión en relación con esta causal, al igual que en el caso de la discriminación en razón del sexo, nos parece curioso el que, pese a ser una temática contingente, no sea usualmente ventilada en tribunales. En ese sentido, a nuestro juicio era esperable encontrar una gran cantidad de fallos fundados en discriminación por edad, no obstante, al parecer en la realidad esa problemática no ha llegado a judicializarse en mayor medida.

**(iv) Discriminación por ideología u opinión política.** Sin lugar a dudas, en materia de discriminación en el contexto laboral, la discriminación por ideología u opinión política es la categoría que motivó la mayor cantidad de acciones en nuestros Tribunales, tanto en sede Civil, a través de la Acción de no Discriminación, como en sede laboral mediante el Procedimiento de Tutela.

Como primera cuestión corresponde contextualizar, a grandes rasgos, cómo se ha desenvuelto esta arista particular del litigio antidiscriminación en el contexto laboral. En primer término, es menester precisar que en todos los casos analizados en que fue invocada esta categoría sospechosa, se trató de demandantes que tenían la calidad de funcionarios (as) públicos, cuyo vínculo con la Administración del Estado y sus respectivos Servicios era a través de “contratas”.

Esta calidad particular de los demandantes presenta el primer problema crucial para

la resolución de estos conflictos, esto es, la competencia de los Tribunales Laborales para resolver las problemáticas que se presentan durante la relación laboral o al término de ésta entre los Funcionarios Públicos y la Administración, principalmente atendido que respecto de ellos no regiría el Código del Trabajo, sino que el Estatuto Administrativo.

Para la resolución de esta primera controversia, nuestros Tribunales han razonado en el siguiente sentido:

Primero, teniendo presente que el Código del Trabajo en su inciso 1° efectivamente excluye de su regulación a los Funcionarios de la Administración del Estado, salvo, respecto de los aspectos o materias que no se encuentren reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos<sup>50</sup>.

En segundo lugar, habida consideración de lo recién señalado, se afirma que no existiendo en el Estatuto Administrativo un procedimiento cuyo objeto sea resguardar las garantías fundamentales de los Funcionarios Públicos, y atendido que en caso alguno es posible que esta protección sea contraria a alguna disposición del citado Estatuto, es que se estima que respecto de las denuncias efectuadas por funcionarios públicos donde se alegue la vulneración de sus Garantías Fundamentales, serán competentes para su conocimiento y resolución los Juzgados de Letras del Trabajo en el marco del procedimiento de Tutela Laboral regulado en el Código del Trabajo.

En ese sentido, en la sentencia de primera instancia dictada en la causa rol T-408-2015 (*“Fuentes Zúñiga con Ministerio de Educación”*) conocida ante el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago<sup>51</sup>, el sentenciador resolvió al siguiente tenor: *“En relación con la excepción de incompetencia opuesta por el demandado, el Tribunal resuelve que de conformidad con el propio Estatuto Administrativo no es posible establecer que en dicha norma exista regulación orientada a la protección de los*

---

<sup>50</sup> Artículo 1° inc.3° del Código del Trabajo.

<sup>51</sup> Ficha N°6, Anexo N°2.



*derechos fundamentales del personal sometido a él, por medio de alguna acción establecida para resguardarlos y sancionar al responsable, tanto durante la época de prestación de servicios como al finalizar aquella, toda vez que no puede estimarse como tal la instrucción de investigaciones sumarias o sumarios administrativos y aplicación de sanciones en virtud de ello, conforme la naturaleza y forma en la cual se desenvuelve tal relación. Por este motivo, rechaza la citada excepción de incompetencia.”*

De igual manera, en el fallo de primera instancia pronunciado por el 1° Juzgado de Letras de Concepción, en los autos rol T-16-2015 (“Espejo González con Fisco de Chile”)<sup>52</sup>, el sentenciador expresa respecto de la excepción de incompetencia que: *“(…)efectivamente existe un vacío legal en el Estatuto Administrativo respecto de la protección de los Derechos fundamentales de los Trabajadores, lo que sí se encuentra regulado en el Código del Trabajo mediante el procedimiento de Tutela Laboral, y, no advirtiendo cómo normas protectoras de esos derechos podrían ser incompatibles con las disposiciones del Estatuto Administrativo, toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado.”* En atención a esos argumentos, el tribunal estima que sí es aplicable el procedimiento de Tutela Laboral a la demandante en autos, motivo por el que debe rechazar la excepción de incompetencia deducida.

Por último, respecto de este supuesto conflicto de competencia, es menester aclarar que en la actualidad la jurisprudencia está conteste en torno al razonamiento expuesto en lo precedente, habiendo sido confirmado en múltiples fallos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que los Tribunales Laborales son competentes para conocer las denuncias efectuadas por Funcionarios Públicos para la protección de sus Derechos Fundamentales a través del procedimiento de Tutela Laboral,

---

<sup>52</sup> Ficha N°8, Anexo N°2.

particularmente, a partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema el 30 de abril de 2014 en el Recurso de Unificación de Jurisprudencia ingreso N° 10.972-2013.

Resuelta la competencia de los Tribunales Laborales, conviene referirnos al tratamiento de esta categoría sospechosa en estos casos particulares, siendo este el conflicto de fondo.

En primer término, la jurisprudencia analizada dio cuenta de una problemática recurrente y de larga data en todos los Servicios y Organismos públicos, relativa a la desvinculación de funcionarios a “contrata” en atención a su afinidad política respecto del Gobierno y Jefatura de turno.

De conformidad con el Estatuto Administrativo, los cargos a contrata son de naturaleza eminentemente transitoria, y tendrán la duración que en ellos se consigne, no pudiendo, en cualquier caso, extenderse más allá del 31 de diciembre de cada año. De este modo, en cada Servicio Público existe una dotación de personal que presta servicios en esa calidad, los que pueden ser desvinculados en cualquier oportunidad cuando el Jefe de Servicio considere –discrecionalmente- que “sus servicios no son necesarios”.

Esta facultad legal, sin perjuicio de tener un fundamento evidente de eficacia y eficiencia respecto del funcionamiento de los Servicios Públicos para la concreción de la función pública, en muchas oportunidades da lugar a múltiples arbitrariedades, las que, como se expuso lo precedente, alcanzaron mayor notoriedad al momento de asumir como Presidente de la República don Sebastián Piñera, y luego al volver a la Presidencia la coalición política denominada “Nueva Mayoría”, a la cabeza de la Presidenta Sra. Michelle Bachelet Jeria. Durante ese período –años 2011 a 2014- tanto en sede Civil (mediante la Acción de no discriminación consagrada en la Ley N°20.609) como en sede laboral, se conocieron múltiples casos de funcionarios que ingresaron durante la Administración del Ex Presidente Sebastián Piñera, y que, una vez retornada al gobierno la coalición “Nueva Mayoría”, fueron desvinculados sin

mayores justificaciones, precisamente en uso de la facultad legal que le asiste a los Jefes de Servicio para poner término anticipado a las contrataciones.

A este respecto, estimamos que los tribunales laborales—a diferencia de lo que ha ocurrido en sede Civil— con el pasar del tiempo han perdido la reticencia que tenían inicialmente para pronunciarse sobre los actos discriminatorios recurridos, permitiéndose, en la mayoría de los casos, efectuar un control de mérito respecto de los despidos de estas contrataciones, y evitando — por el contrario— quedarse en meras constataciones de legalidad respecto de estos actos administrativos.

Reflejo de lo anterior, resulta ser, por ejemplo, la sentencia definitiva dictada en los autos rol T-408-2015 (*Fuentes Zúñiga con Ministerio de Educación*), dictada por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.<sup>53</sup> La demandante en estos autos, se desempeñó como Supervisora Técnico Pedagógica a contrata en el Ministerio de Educación, desde el 23 de marzo del año 2011 hasta el 31 de marzo de 2015 (siendo renovada su contrata en los períodos respectivos). Fue despedida mediante resolución exenta N°86 suscrita por el SEREMI de Educación de la Región Metropolitana, don Felipe Melo Rivera, con fecha 22 de diciembre del año 2014, resolución a la que solo tuvo acceso con fecha 6 de marzo del año 2015, sin perjuicio de que con anterioridad le habían comunicado mediante carta emitida por la Jefa de Departamento de Recursos Humanos, doña Beatriz Larrondo Silva, la renovación de su contrata para todo el año 2015.

Según lo expuesto por la actora, su despido obedeció a su supuesta posición política, la que resultaba contraria al gobierno de turno, lo que puso en duda su compromiso con la política educacional que se buscaba implementar para el nuevo período.

Fundamenta esta alegación en que, a raíz del cambio de gobierno durante el año 2014, llegó a asumir el cargo de Jefa Provincial doña Teresa Vallespín, quién habría establecido de inmediato diferencias entre los funcionarios que ingresaron al Servicio

---

<sup>53</sup> Ficha N°6, Anexo N°2.

antes del año 2010, y aquellos ingresados durante el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera. A mayor abundamiento, relata que con fecha 1 de diciembre del año 2014 la señora Vallespín la citó a su oficina vía correo electrónico, y en esa citación le informó que estaría en evaluación hasta el 31 de diciembre de ese año, y que de esta evaluación dependería la prórroga de su contrata para el año 2015. En esa conversación la Jefa Provincial le habría dicho lo siguiente: *“Usted no está comprometida con la Reforma Educacional, yo la siento distante, además todos Uds. los que entraron con el gobierno anterior (el de Sebastián Piñera), no saben ser supervisor de verdad, solo saben bajar un programa como PAG, no están bien preparados, además tiempo atrás recibí un reclamo por correo de un colegio de Santiago por su comportamiento”*. Acto seguido le indica que *“le voy a asignar nuevas tareas para el 2015 y si usted se compromete a trabajar con entusiasmo por la Reforma Educacional, y mejorar como Supervisora podrá continuar”*.

Llegado el día 5 de marzo, consultó con la señora Vallespín sobre su evaluación, siendo informada en ese momento que no continuaría trabajando ya que su contrata es solo hasta el 31 de marzo de 2015. Ante las inquietudes de la demandante, la Sra. Vallespín le habría contestado lo siguiente: *“No seguirás porque hemos cruzado varios datos tuyos y no queremos que continúes, tu no crees en la educación pública, no estás comprometida con la Reforma Educacional de la Presidenta Bachelet, tu eres contraria al gobierno. Además, faltaste dos sábados en que había que salir a hacer promoción de la Reforma...queremos gente que se comprometa de verdad”*.

Para reforzar esta información, la demandante agrega que la totalidad de los funcionarios desvinculados por la señora Vallespín (6) habían ingresado al Servicio durante el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera.

Respecto de estas graves alegaciones, y como fue recurrente en la mayoría de las sentencias analizadas, el denunciado realiza una defensa – a nuestro juicio – sumamente superficial, escudando la validez de su actuar en torno a la facultad legal que le asiste para poner término anticipado a las contrata sin necesidad alguna de mayor fundamentación, y, más aún, excluyendo toda posibilidad de discriminación

únicamente en virtud de la legalidad invocada. En este sentido, señala que *“el término de la función pública de la actora en ningún caso se debió a sus ideas políticas, y que, a mayor abundamiento, los actos en que esta los habría fundado no son precisados ni mencionados por la demandante, salvo frases genéricas referidas a su ingreso en el gobierno anterior, sin mayores antecedentes que su propio relato.”*

Atendido lo anterior, expresa que *“sobre la materia no cabe la aplicación del artículo 2° en comento porque en ninguno de los casos del término de servicios se da la discriminación arbitraria contemplada en dicha normativa, pues en la resolución de término se respetó el imperio del derecho, constituido principalmente por el Art. 3° letra c) y por el art. 10 inc. 1° de la ley N°18.834, que disponen la transitoriedad en el caso de los empleos a contrata y que su duración máxima será hasta la fecha que se haya establecido, fecha en que expirarán por el solo motivo de la ley. En cuanto a la discriminación arbitraria, fundada en la ideología u opinión política de la actora, no hay ningún antecedente objetivo vinculado a la señalada resolución administrativa que aluda directa o indirectamente a la opinión o ideología política de la demandante.”*

Finalmente, el Tribunal falla rechazando en todas sus partes la denuncia deducida por la actora, declarando que no ha existido vulneración a los derechos denunciados, toda vez que conforme a los medios de prueba incorporados al proceso y de los hechos que se pudieron establecer en juicio, no es posible determinar la existencia de indicios suficientes de la vulneración alegada, por cuanto la decisión de la autoridad correspondiente en cuanto a la no renovación de la contrata de la denunciante, luego del 31 de marzo de 2015, se realizó conforme la normativa legal que rige la materia, esto es, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 3 y 10 del Estatuto Administrativo. En ese sentido, señala que *“el actuar de la denunciada al decidir la no renovación de la contrata de la actora no puede ser considerado ilegal, arbitrario ni discriminatorio, ya que la vulneración de derechos se produce cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se limita el pleno ejercicio de aquellos respecto de su contenido esencial, por lo que ninguno de estos presupuestos se han visto vulnerados con el actuar de las demandadas,*

*encontrándonos en presencia del ejercicio de facultades que la ley proporciona al organismo público”.*

En relación con la referida sentencia – y como fue expuesto en lo precedente- nos parece relevante recalcar el pronunciamiento del Tribunal de Primera instancia en cuanto a la competencia del Juez de Letras para conocer del procedimiento de Tutela comprendido en el Art. 485 del Código del Trabajo, no obstante tener el denunciante la calidad de Funcionario Público. En efecto, concordamos con los argumentos vertidos en el fallo para sostener que el Estatuto Administrativo no ofrece una acción que comparta el mismo objeto que el Procedimiento de Tutela Laboral, para proteger eficazmente los Derechos Fundamentales de los funcionarios del Sector Público.

Por otra parte, y en razón de lo correcto que nos parece el razonamiento realizado en cuanto a la competencia del Tribunal, nos llama profundamente la atención lo contradictorio que resulta el fallo en cuanto a la materia de fondo, precisamente porque, no obstante declarar la competencia de los Tribunales Laborales para resguardar debidamente los Derechos Fundamentales de los Funcionarios Públicos, el sentenciador resuelve este conflicto atendiendo a la naturaleza transitoria de los servicios a contrata, y realizando un mero control de legalidad respecto de la desvinculación de la denunciante que perfectamente pudo haber realizado la Contraloría General de La República y no un Tribunal del Trabajo.

En ese sentido, y sin perjuicio de que la sentencia estimó que no existió prueba que permitiera tener por acreditada la discriminación política, lo cierto es que, el Tribunal aplicó un estándar de prueba mucho más exigente que lo usual, cayendo en el absurdo de exigir una manifestación directa de la supuesta discriminación política, en circunstancias que, conforme las máximas de la experiencia era absolutamente presumible encuadrar el término de esta contrata –precisamente al momento del cambio de gobierno- en una evidente manifestación de discriminación política, habida consideración de que no existían fundamentos relativos al desempeño de la funcionaria que justificaran su salida.

A contrario sensu, en la sentencia pronunciada en los autos rol T-16-2015 (*“Espejo González con Fisco de Chile”*), del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción<sup>54</sup>, también relativa a la no renovación de una contrata, y con una defensa similar por parte del Fisco, el Tribunal resolvió en los siguientes términos: *“En cuanto al fondo del asunto (...) más allá de evaluar si estamos frente a una facultad legal de la administración, la cual ha sido reconocida, ya que la contrata de la trabajadora efectivamente se extendía en su plazo hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que corresponde dilucidar en este juicio, es si a través de esta facultad legal -aparentemente neutra- de remoción de la administración, y que permite sin lugar a dudas la separación de la trabajadora por la causal señalada, se ha cometido o no algún acto discriminatorio por el servicio, fundado en la opinión política como categoría sospechosa.”*

En esa lógica, el sentenciador se refiere primero al desempeño de la actora en el Servicio, dando por acreditado que todos los calificativos en torno al trabajo de excelencia de la demandante únicamente aparecen desvirtuados en el informe de desempeño de su superior jerárquico, el que no se condice en absoluto con lo que el mismo había medido y evaluado en por lo menos dos ocasiones anteriores. De este modo, tiene por establecido que sus calificaciones y evaluaciones no fueron consideradas a la hora de optar por renovar su contrata.

Por otra parte, en cuanto a la discriminación política, tiene como indicio el Memorándum N°0674, en el que se deja en evidencia que lo que se pretendía evaluar por instrucción del Subsecretario de Salud –y a raíz del cual surgió el informe funcionario de la demandante-, era a los equipos que hubiesen sido nombrados en sus cargos por la Administración del Presidente Piñera, a los que se califica expresamente como “heredados de la administración anterior”, siendo esta al menos una prueba indiciaria de un clima discriminatorio.

En ese contexto, el Tribunal resuelve que, *“no queda duda de que al haberse*

---

<sup>54</sup> Ficha N°8, Anexo N°2.

*excluido de su cargo a la demandante por tratarse de una funcionaria nombrada por el gobierno anterior y “heredada de la antigua administración”, decidiendo el término de su contrata se ha cometido una exclusión basada en la categoría sospechosa de opinión política, incurriendo la demandada en un acto discriminatorio que debe ser sancionado.”*

Celebramos esta línea jurisprudencial respecto de la discriminación política sufrida por los funcionarios a contrata al cambio de cada Gobierno, toda vez que deja de lado el control de “legalidad” que efectuaban en un inicio nuestros Tribunales al conocer de esta materia, y, constatando que, no obstante el poner término a las contratas anticipadamente -o a la llegada del plazo legal- es una facultad de la Administración establecida por ley, igualmente es posible realizar una evaluación “de mérito” respecto del ejercicio de estas facultades.

En ese sentido, nos parece correcto que el Tribunal no obvie el hecho de que la afinidad política de esta funcionaria si estaba marcada por la fecha de su ingreso al servicio (durante el gobierno del ex presidente Sebastián Piñera), lo que es fácilmente deducible, no obstante, jamás haya explicitado esta preferencia política. A su vez, celebramos el que se haga eco del instructivo impartido por el Ministerio de Hacienda en noviembre de 2014 respecto de la no renovación de contratas solo por criterios objetivos y fundados, lo que permitió en este caso que el Tribunal evaluara las calificaciones anteriores de la demandante, debiendo ser precisamente esa la justificación razonable que debió ofrecer el demandado para excluir la hipótesis de discriminación política.

### **3. Comparación entre ambas vías de acción en relación con sus elementos procesales más relevantes.**

A partir del análisis jurisprudencial realizado, y en concordancia con los elementos del procedimiento de la acción de no discriminación, como del de Tutela Laboral expuestos latamente en los dos primeros capítulos de la presente investigación, estimamos necesario mencionar los aspectos y particularidades procesales de los mismos que a nuestro parecer resultan determinantes para dotar de eficacia al



respectivo procedimiento, así como también aquellos aspectos más débiles cuya mejora es imprescindible para seguir fortaleciendo cada una de estas acciones.

### **a) Legitimación Activa**

En materia de Acción de no Discriminación, son legitimados activos: 1) la víctima del acto discriminatorio, ya sea por si misma o por su representante legal; y 2) cualquier persona en favor de quien ha sido objeto del acto discriminatorio cuando este último esté imposibilitado para ejercerla.

Tal y como se pudo evidenciar, en todas las sentencias estudiadas el demandante fue la propia víctima. No hay disposición expresa respecto de la legitimación de los herederos o sucesores de la víctima en caso de fallecimiento, lo que podría explicarse atendido que en este procedimiento no hay indemnizaciones establecidas en la ley, por tanto, carece de todo objeto iniciar este procedimiento únicamente para fines declarativos.

Por su parte, en materia laboral, son legitimados activos: 1) el trabajador o sindicato respectivo (actuando como tercero coadyuvante o como parte principal, una vez cumplidos los requisitos legales); y, 2) la Inspección del Trabajo, ya sea a requerimiento de la víctima o por haber constatado los hechos en una fiscalización.

En la jurisprudencia analizada, la sentencia rol T-108-2013 (“Inspección del Trabajo con Condominio Barlovento Jardines de Reñaca”), es el único fallo analizado donde el denunciante no es el propio trabajador. Tal y como se mencionó en un apartado anterior, a nuestro juicio, el rol fiscalizador de la Inspección del Trabajo cobra especial relevancia al momento de ser estos los denunciantes en un procedimiento de Tutela, habida consideración de que los antecedentes constatados por el Funcionario Fiscalizador –quien actúa como Ministro de Fe- constituyen presunción de veracidad para todos los efectos legales, por tanto, en materia de prueba es sumamente difícil para el demandado justificar su conducta y hacer frente a las conclusiones emanadas del ente fiscalizador.

Por otra parte, en la mayoría de las sentencias analizadas, es el trabajador el propio

denunciante, muy probablemente atendido que las causas por prácticas antisindicales o Tutela Laboral basada en la categoría sospechosa de “sindicalización” fueron excluidas de la presente investigación, siendo presumiblemente ese tipo de materia donde usualmente el denunciante es la organización sindical respectiva.

Por último, es menester recordar el conflicto existente respecto de la legitimación activa de los funcionarios públicos para accionar vía tutela laboral en contra del Fisco o sus respectivos órganos – atendido que estos no tendrían la calidad de trabajadores conforme los términos del Código del Trabajo- cuestión que la jurisprudencia más actual ha zanjado de conformidad con lo expuesto en el apartado 3.2 anterior.

#### **b) Prueba**

Los actos discriminatorios pueden manifestarse tanto de forma directa como indirecta, siendo precisamente esta última la expresión de mayor ocurrencia. Como se explicará en lo sucesivo, esta distinción, latamente reconocida en materia de discriminación laboral, tiene efectos prácticos de absoluta relevancia en materia de prueba, motivo por el que su omisión en la Ley N°20.609 representa, a nuestro juicio, su mayor falencia.

En ese sentido, la citada Ley reduce el ámbito de su aplicabilidad a la “privación, perturbación o amenaza” discriminatoria de un derecho fundamental (Art. 2°), omitiendo todas las hipótesis que el derecho internacional si ha reconocido, y que por cierto en materia laboral también se han asentado. Así, por ejemplo, la Observación General 20 del Comité DESC establece que el Pacto prohíbe “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación”.

Por su parte, la Dirección del Trabajo al pronunciarse sobre la Discriminación ha señalado en el ORD. 3.704/134 que “lo importante en el acto discriminatorio es el resultado, en cuanto conforma, cuando estamos en presencia de algunos de los motivos vedados, una situación objetiva de discriminación. La mirada se pone no en

si las diferencias son arbitrarias (sujeto activo) sino en las consecuencias del acto (sujeto pasivo). De ahí, que la virtualidad protectora del derecho a la no discriminación comprenda la noción de discriminación indirecta, que sobrepasa la noción estricta de discriminación directa (tratamiento diferenciado y perjudicial en base a una distinción explícita y expresa), 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 la situaciones disímiles en las que pueden encontrarse los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo en relación a otro, produciendo un resultado desventajoso para unos y para otros no. Se trata pues, de conductas que siendo neutras (dirigidas o aplicadas de manera indiferenciada o con tratamientos razonablemente desiguales) en el tratamiento formal de los distintos grupos o colectivos, en cuanto a su efectos introducen diferenciaciones discriminatorias, impacto adverso (adverse impact), según la conceptualización norteamericana; o que, pese a ser explícitas, por tratarse de diferenciaciones tan arraigadas se tornan invisibles, sistema discriminatorio (systemic discrimination), según la versión canadiense".<sup>55</sup>

De este modo, sin perjuicio de ser reprochable esta omisión por contravenir expresamente el derecho internacional de los derechos humanos – vigente y obligatorio para Chile- y por ser discordante respecto de nuestra propia legislación nacional, sostenemos que aquello es aún más gravoso al examinar las consecuencias prácticas de esta omisión en la Ley de No Discriminación, lo que, como veremos, repercute directamente en materia de prueba, en desmedro del denunciante.

Como un primer ejemplo, analizaremos lo resuelto por el 26° Juzgado Civil de Santiago en los autos rol C-7.698-2014(“*Cardemil con López de Maturana*”)<sup>56</sup>, donde

---

<sup>55</sup> <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-68527.html>

<sup>56</sup> Ficha N°11, Anexo N°1.

siete funcionarios públicos que se desempeñaban en la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), denunciaron mediante la acción de no discriminación a JUNJI, y a su Vicepresidenta Ejecutiva, por haber puesto término anticipado a sus contrataciones por supuestos motivos de discriminación política.

Al igual que en la mayoría de los fallos relativos a esta materia, los denunciados eran simpatizantes de grupos políticos cercanos a la Derecha y Centro Derecha, e ingresaron al respectivo Servicio durante el Gobierno del Ex Presidente Sebastián Piñera. Posteriormente, con ocasión de la asunción de mando de doña Michelle Bachelet Jeria – y habiendo cambiado el Gobierno y los cargos de confianza en prácticamente todos los Servicios- estos son desvinculados de sus funciones, precisamente a 1 mes de ocurrido el cambio de mando, simplemente amparados en la facultad legal de todo Jefe de Servicio para poner fin a las contrataciones antes del 31 de diciembre de cada año.

A este respecto, el Tribunal se pronunció en los siguientes términos: *“Conforme a la Ley N°19.880 este término anticipado debe tener una motivación justificada y razonable a fin de no incurrir en alguno de los actos discriminatorios arbitrarios señalados en el Art. N°2 de la ley 20.609. Por lo mismo, era imprescindible que la denunciante probase la existencia de la discriminación sospechosa de ideología u opinión política invocada; lamentablemente, y conforme a la prueba testimonial rendida, no es posible llegar a la convicción de lo pretendido por los actores, en vista que si bien los testigos indican que los denunciados aparecen en la lista de una página de internet de EVOPOLI, además de aparecer en televisión en apoyo de una figura de la oposición, estos no pueden definir en qué tiempo ocurrieron estos hechos –si previo o posterior a la desvinculación- no logrando tampoco identificar a todos los denunciados como partícipes de estos actos, confundiendo en la cantidad de actores en el caso en comento”.*

En relación con lo anterior, sostenemos que del análisis del pronunciamiento del Tribunal, queda en evidencia la imposibilidad probatoria a la que parecen estar sometidos los denunciados, toda vez que obviando todo elemento de contexto, y sin

atender a que estamos precisamente frente a un acto de discriminación indirecta – y que por tanto el acto es aparentemente neutro-, el sentenciador exige una prueba o manifestación expresa de la motivación discriminatoria del acto, lo que en caso alguno es posible ofrecer por parte del denunciante.

Esta situación, que es sin duda una deficiencia de la propia Ley, y en la que poca y nula responsabilidad le cabe al Juez, lleva consecuentemente al Tribunal a analizar la prueba sin ningún objeto –ya que en caso alguno se podrá acreditar una motivación discriminatoria que jamás se mencionó expresamente- cayendo, finalmente, en absurdos tales como descartar la existencia de una discriminación política por no tener certeza de si en el preciso minuto en que los denunciados eran desvinculados, estos pertenecían a determinado Partido Político.

A nuestro juicio, ese tipo de exigencia probatoria, además de no condecirse en absoluto con las reglas de la sana crítica -en tanto no parece mínimamente racional- es totalmente contrario al espíritu protector que inspira a esta Ley.

Atendido lo expuesto, estimamos que resulta urgente, a efectos de dotar de eficacia a la Acción de no Discriminación como una herramienta eminentemente protectora de derechos fundamentales, conjuntamente con incorporar en la Ley la noción de discriminación indirecta, el establecer la prueba indiciaria que se consagró en materia de Tutela Laboral, pues precisamente los elementos probatorios que está en posición de ofrecer un denunciante que ha sido víctima de una discriminación indirecta, son indicios de este ilícito, los que necesariamente deben ser analizados por el Tribunal en concordancia con la justificación del acto ofrecida por el denunciado. Esta urgencia es evidente, al constatar la gran cantidad de sentencia analizadas en el marco de la presente investigación, donde fueron rechazadas las acciones interpuestas por los denunciados por no tener por acreditados los actos de discriminación arbitraria alegados.

A mayor abundamiento, sostenemos que lo anterior queda absolutamente evidenciado al analizar los pronunciamientos que frente a esta misma materia han emitido los Tribunales Laborales, con a nuestro juicio, mucho mejores resultados.

Así, por ejemplo, en autos rol T-16-2015 (*“Espejo González con Fisco de Chile”*) del 1º Juzgado de Letras Del Trabajo de Concepción<sup>57</sup>, donde la denunciante ingresó a trabajar en calidad de contrata al Departamento de Salud Pública y Planificación de la Secretaria Regional Ministerial de Salud con fecha 1º de marzo del año 2011, siendo su contrata prorrogada sucesivamente durante los años 2012, 2013 y 2014. Posteriormente, y habiendo tenido lugar el cambio de Gobierno, su Jefe Directo le comunicó verbalmente la decisión de no prorrogar su contrata para el año 2015, y que las razones para tal determinación constaban en el documento titulado *“Informe Funcionaria Raquel Espejo”*.

En relación con estos hechos, el Tribunal realiza un análisis diametralmente opuesto a lo que ocurre en el litigio citado en lo precedente en sede Civil, resolviendo, en definitiva, lo siguiente: *“Que no es óbice para establecer lo contrario el hecho que se intente por la demandada a través del conainterrogatorio de los testigos de la demandante establecer que la opinión política de la denunciante distinta de su empleador nunca fue conocida por éste, ya que como dijimos estamos ante una acción de discriminación indirecta en que la categoría sospechosa de opinión política se funda en la opinión que mantiene el empleador, al ser partícipe del gobierno de doña Michelle Bachelet, y haber sido la actora precisamente nombrada por la administración anterior de Sebastián Piñera. Debemos tener presente que la opinión política es una especie de opinión pública relacionada con el poder político que se expresa por los grupos de opinión, por cuyo intermedio se transforman en factores de poder, consistente en emitir conceptos o juicios públicos como reacción frente a determinados problemas políticos y con el objeto de hacer escuchar, controlar, fortalecer o legitimar el ejercicio del poder por parte de los administradores públicos. Subsiguientemente, no existiendo duda por ser un hecho público y notorio que el empleador mantiene una opinión política relacionada con la manifestada públicamente por doña Michelle Bachelet Jeria, como nueva Presidenta de la Republica, esto es, coincidente con las opiniones del grupo político denominado*

---

<sup>57</sup> Ficha N°8, Anexo N°2.

*Nueva Mayoría y que son opuestas a la manifestada por la administración anterior del Pacto Alianza por Chile, gobierno en el cual la actora ingresó al Servicio, esta funcionaria fue discriminada precisamente por esto, y no por su propia opinión política, siendo inane el conocimiento o no por el empleador de aquella”.*

Tan determinante resulta en este litigio el hacerse cargo de las posibles manifestaciones que puede tener la discriminación, que el sentenciador se pronuncia en sucesivos considerandos al respecto. Así, continúa señalando:

**“DECIMO TERCERO.** *Que asentado lo anterior y para resolver este conflicto debemos considerar que la discriminación laboral se puede presentar como directa o indirecta, la diferencia se da en el criterio de neutralidad de la medida que conoceremos como acto discriminatorio. Así la discriminación es indirecta cuando estamos frente a una medida de apariencia neutra, es decir, alejada del criterio sospechoso, en el caso de autos la motivación por opinión política, pero que en los hechos afecta de manera desproporcionada a un trabajador por este mismo criterio, vulnerando su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en el empleo, sin que medie una razón objetiva que justifique el perjuicio de manera extraña a la discriminación por razón de aquel factor diferencial prohibido legalmente. El que una medida sea neutra supone que sean destinatarios de ella todos los trabajadores que se encuentren en iguales condiciones y es solo aparentemente neutra cuando en los hechos al momento de su cumplimiento aparece que afecta exclusivamente a uno de estos trabajadores dado ciertas motivaciones de razón política, como se ha denunciado en el caso de autos. No obstante, si la medida controvertida llegara a justificarse por razones objetivas, quedaría destruido el acto discriminatorio indirecto, aun persistiendo el efecto perjudicial.”*

Seguidamente, el sentenciador señala que es posible determinar un caso de discriminación indirecta, como lo propone el autor Caamaño en su obra “El derecho a la no discriminación en el empleo”<sup>58</sup>, a través de las siguientes operaciones:

---

<sup>58</sup> CAAMAÑO, ROJO, Eduardo. “El Derecho a la No Discriminación en el Empleo”. 2ª edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007. pp.90.

1. Se debe establecer cuál es la medida que sustenta este tipo de discriminación, formulada neutralmente, pero que no obstante ello trae aparejada una exclusión para el trabajador víctima de la discriminación por un criterio sospechoso.
2. Se debe examinar si esta medida de contenido neutro afecta en la realidad a un trabajador perteneciente a esta categoría sospechosa.
3. Si ello resulta cierto se debe dilucidar si esta medida impuesta por el empleador puede explicarse por factores extraños a una discriminación, es decir, se debe alegar y evidenciar que está objetivamente justificada y que se ha respetado el principio de proporcionalidad, en cuanto a que los medios elegidos corresponden a una necesidad verdadera y son apropiados y necesarios para la realización del objetivo perseguido.

Este entendimiento respecto del acto discriminatorio indirecto, revela precisamente que para efectos de su análisis, una vez ofrecidos indicios suficientes de la existencia de un acto discriminatorio por parte del denunciante, debe necesariamente ponerse el foco en la justificación ofrecida por el empleador, precisamente por encontrarnos ante actuaciones de carácter o contenido aparentemente neutro, los que examinados por si solos, sin atención a los otros requisitos que menciona el autor recién citado, nunca van a permitir acreditar plenamente el acto discriminatorio.

En este sentido, otro buen ejemplo respecto del rol fundamental que toma en este litigio la reducción probatoria consagrada en el procedimiento de Tutela laboral, es el fallo pronunciado por el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, en autos rol T-102-2014 (*“Jiménez Castro con Ministerio de Desarrollo Social”*<sup>59</sup>), donde el legislador procede a analizar los indicios ofrecidos por la denunciante, concluyendo al respecto que *“(…)estos constituyen indicios suficientes para justificar una aparente discriminación política. Para esto “basta recordar que ella ingresó a prestar servicios bajo la anterior administración, cuya tendencia política era de derecha; dentro de la Secretaría Regional Ministerial llegó a tener un cargo máxima confianza, sin que*

---

<sup>59</sup> Ficha N°9, Anexo N°2.



*legalmente haya tenido ese carácter; que su afinidad política era ampliamente conocida por todos, tanto así que trabajo como jefa de campaña del señor Reyes que fue candidato a diputado por la UDI; su carrera fue siempre en ascenso y su calificaciones siempre fueron sobresalientes. Sin embargo, una vez que asume la nueva administración y es designado el actual Seremi señor Blamey, que tiene una tendencia política totalmente opuesta a la denunciante pues es militante de un partido político y su cargo necesariamente tiene que ver con esa calidad, ya que legalmente es de exclusiva confianza, poco a poco la denunciante fue perdiendo funciones, fue relegada a otras de menor importancia, en el mes de julio fue notificada de su desvinculación, fue calificada en septiembre por una Comisión de calificación que rebajó todas sus notas, quedando lista dos, y finalmente sale del servicio el 7 de octubre, una vez que el decreto fue totalmente tramitado por Contraloría General de la República.”*

En los autos en cuestión, los indicios antes señalados debieron ser desvirtuados por la denunciada, quien se limitó a alegar que no había discriminación, toda vez que la facultad de poner término anticipado a la contrata es privativa de la autoridad, porque la contratación si bien tiene un plazo determinado lo es bajo la figura “mientras sus servicios sean necesarios”. Ante esta situación, el sentenciador estimó que:” (...) Sin duda este sentenciador reconoce la facultad del Seremi de organizar su servicio. Sin embargo, no puede dejar de advertirse, que tal como sucedió el año 2010 y por hechos que son de público conocimiento, las nuevas autoridades remplazaron a todas aquellas personas que pudieron y que no eran de su afinidad política, con nuevas que llegaban con ellos. Por lo anterior, las medidas adoptadas por el Seremi señor Blamey deben interpretarse en ese mismo sentido.

Asentadas estas consideraciones, finalmente resuelve: “Que, en definitiva, considerando que la prueba aportada por la denunciada no ha desvirtuado los indicios acreditados por la actora, este sentenciador ha llegado a la convicción que la única razón por la que se puso término anticipado a su contrata fue por su tendencia política, por su negativa a firmar su renuncia voluntaria y por la necesidad de remplazar cargos sensibles al interior de la Secretaría Regional Ministerial, con

*personas de la confianza del nuevo Seremi, en circunstancia que las funciones que desarrollaba la Sra. Jiménez no eran de exclusiva confianza, sino más bien de carácter técnico.”*

Este fallo, favorable para la denunciante, solo pudo alcanzar este resultado gracias a la norma consagrada en el artículo 493 del Código del Trabajo, en cuya virtud la obligación de la actora era solo justificar indicios de una posible vulneración de esta garantía. En ese sentido, concordamos con la jurisprudencia al señalar a su respecto que: “(...) *la norma antes indicada establece una disminución del estándar probatorio exigido para quien alega haber sido vulnerado sus derechos, pues ya no se exige una prueba directa sino solamente antecedentes que puedan ser considerados bases de una presunción de vulneración. Este tema, dentro del procedimiento de tutela, es fundamental. En efecto, si no se aplica bien un estándar disminuido de prueba, exigiéndose una prueba directa de la vulneración, muchas de las acciones podrían verse rechazadas por circunstancias no queridas ni pretendidas por el legislador.*”<sup>60</sup>

Esta regla de prueba disminuida tiene como fundamento, por un lado, las normas de interpretación sobre derechos fundamentales y, por otro, recoger una realidad de dificultad probatoria para quien es afectado por situaciones vulneradoras, donde muchas veces las situaciones que importan vulneración de derechos fundamentales son subrepticias, no dejan una huella evidente, sino que lenta y solapadamente van constituyéndose en acciones que llevan a la vulneración, por lo que es muy difícil probarlos de manera directa y causal.

Atendido lo anteriormente expuesto, podemos concluir que sin lugar a dudas la gran deficiencia de la Acción de no Discriminación consagrada en la Ley N°20.609 está dada en primer término, por no contemplar en la Ley la discriminación indirecta, en circunstancias que la mayoría de los actos denunciados poseen esta calidad.

Seguidamente, en relación con esto, tal y como hemos podido apreciar, esta omisión

---

<sup>60</sup> Autos rol T-102-2014 (\*Jiménez Castro con Ministerio de Desarrollo Social\*), del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.

repercute necesariamente en materia probatoria- y consecuentemente, en el resultado del juicio-, toda vez que al no considerar la relevancia de la discriminación indirecta, también se ha omitido consagrar la reducción probatoria como herramienta necesaria para mejorar la posición del denunciante en este litigio –como ha sido consagrado en materia de Tutela Laboral- lo que en definitiva importa que la acción de no discriminación sea rechazada en la mayoría de las denuncias, en circunstancias que, de tener aplicación los indicios probatorios, se habrían resguardado efectivamente los derechos fundamentales de los denunciantes.

En ese sentido, y habida consideración de estas conclusiones, no podemos sino estimar que el procedimiento de Tutela Laboral resulta ser, innegablemente, un procedimiento mucho más efectivo para la protección del derecho a la no discriminación de los trabajadores, siendo este aspecto- la reducción probatoria- determinante para estos efectos.

### **c) Sanciones y efectos de la sentencia.**

Junto con la materia analizada en el punto anterior, a nuestro juicio, los efectos de las sentencias pronunciadas en cada uno de estos procedimientos, así como las sanciones que contempla cada una de estas acciones, son otro elemento relevante para efectos del análisis y comparación de ambos procedimientos, cuyo objeto es en primer término, la protección del derecho a no ser discriminado.

*Conforme lo establecido en el artículo 12 de Ley N°20.609, “El tribunal fallará dentro de los 15 días hábiles siguientes a aquel en que la causa hubiere quedado en estado de sentencia. En ella declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, se dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.*

*Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de 5 a 50 Unidades Tributarias Mensuales, a beneficio fiscal, a las personas*

*directamente responsables del acto u omisión discriminatorio.*

*Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de 2 a 20 unidades tributarias a beneficio fiscal.”*

En relación con las posibilidades que expresamente contempla la ley, es menester mencionar que, a partir de la jurisprudencia analizada en la presente investigación, relativas a denuncias de actos discriminatorios en el marco de relaciones laborales (entendidas estas en sentido amplio), estimamos que las sanciones establecidas en la Ley 20.609 son muchas veces insuficientes e ineficaces para restablecer el imperio del derecho respecto de los trabajadores denunciados.

Para efectos de evidenciar lo anterior, resulta conveniente revisar algunos pronunciamientos judiciales en los cuales, acogiendo la denuncia, el Tribunal ordena determinadas medidas, las que, como se verá, en muchas oportunidades no presentan mayor utilidad.

Así, en los autos rol C-8602-2016 del 12° Juzgado Civil de Santiago (“Gutiérrez con Red de Televisión”), se conoció la denuncia efectuada por un connotado animador y periodista televisivo en contra de Chilevisión, por haber incurrido este último en actos discriminatorios en razón de la orientación sexual del denunciante, lo que se manifestó en reuniones con los directivos del canal, en las cuales se le habría solicitado potenciar una conducta *“más homosexual conforme a su orientación”*, y en las cuales, además, se le informó que se integraría un nuevo animador al matinal a efectos de potenciar la heterosexualidad que el demandante no podría lograr en pantalla debido a su orientación, argumentando el canal que *“con esto quiere generar una nueva dinámica de grupo, conformada por la animadora Carolina de Moras, el nuevo animador como pareja heterosexual, y el mismo denunciante como figura homosexual”*, a fin de lograr llegar a un público más tradicional, y así aumentar el rating del espacio televisivo.

En relación con estos autos, el Tribunal acogió la presente denuncia, resolviendo al respecto: *“Es por tanto, y desestimando las defensas esbozadas por el canal*

*demandado, que este tribunal estima que si hubo un acto discriminatorio arbitrario por parte del denunciado, por lo que se acoge la demanda declarándose que existió en perjuicio del actor, don Ignacio Gutiérrez Castillo, un acto de discriminación arbitraria perpetrado por el demandado Red de Televisión Chilevisión S.A., consistente en exigirle que asumiera un rol más explícito relativo a su condición sexual.*

*Atendidas las características del hecho, este no puede dejarse sin efecto, por lo que se dispone además que el canal demandado no podrá reiterar la conducta que en esta sentencia se ha tipificado como un acto de discriminación, esto es, no podrá exigir que el actor asuma en pantalla su condición de homosexual en forma alguna. Finalmente, se condena al demandado al pago de una multa a beneficio Fiscal de 25 UTM, y a pagar las costas del juicio.”*

En relación con lo anterior, estimamos apropiado hacer dos reflexiones sobre esta materia.

En primer lugar, debemos destacar que, no obstante, las deficiencias que pueda tener esta acción, sin lugar a dudas su consagración importa un avance en pos de la mayor protección de la igualdad y la prohibición de la no discriminación a la que el Estado de Chile está obligado por el ordenamiento internacional, y por su propia normativa nacional, tanto constitucional como legalmente. En este sentido, indudablemente la acción de no discriminación facilita el reclamo en los casos de acciones u omisiones discriminatorias, respecto de lo estipulado en el derecho vigente, y a su vez, al introducir nuevas categorías de no discriminación, como la orientación sexual, la identidad de género y la socioeconómica que no estaban presentes en nuestro derecho interno, facilita la protección de las minorías y de quienes poseen menos poder de influencia.”<sup>61</sup>

Lo anterior queda absolutamente reflejado en el pronunciamiento del Tribunal recién

---

<sup>61</sup> Coddou, Alberto; Scchonsteiner, Judith, y, Vial, Tomas. “La Ley antidiscriminación: avances y suficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile.” Pág. 307-308.

referido, toda vez que reconoce el derecho del denunciante a desempeñarse laboralmente en un ambiente respetuoso de su individualidad y orientación sexual, considerando las intromisiones de su empleador en esta esfera privada, como actos discriminatorios y por tanto proscritos por el derecho. En ese sentido, se debe reconocer el mérito de la Ley N°20.609 para estos efectos, ya que, por una parte, vino a establecer la no discriminación como un derecho independiente del derecho a la igualdad consagrado a nivel constitucional, y por otra parte, y consecuentemente, impone un estándar de conducta mucho más respetuoso entre los individuos, especialmente respecto de los grupos o minorías históricamente discriminados, el que deberá observarse en todas las relaciones sociales- incluidas por cierto, las relaciones laborales-excluyendo todo tipo de discriminación arbitraria.

Por otra parte, y ya desde una perspectiva más crítica en cuanto al efecto de esta sentencia, no podemos sino referirnos a la irrelevancia de este fallo en términos prácticos, toda vez que, más allá del impacto mediático que se logró con este pronunciamiento en cuanto al respeto de las minorías sexuales, del tenor de la propia resolución se evidencia que esta solo es relevante en términos declarativos, ya que carece absolutamente de todo elemento restitutorio a favor del denunciante.

Es en este escenario donde cabe cuestionarse la pertinencia que habría tenido consagrar indemnizaciones para las víctimas de hechos o actos discriminatorios, entendiendo que, efectivamente ha existido un daño que no se va a reparar con ninguna de las posibilidades que permite la ley. A este respecto, conviene recordar que durante el debate legislativo de la Ley N°20.609 en la Cámara de Diputados, se consideró la posibilidad de establecer una indemnización de perjuicios como sanción, no obstante ello, el Senado no la consideró ni integró en el texto definitivo, estimando que podría contribuir a ser un incentivo para abusar de la acción de no discriminación arbitraria, fomentando un mal uso por las supuestas víctimas.

Consideramos que aquello fue una equivocación, que tuvo como origen la discusión existente en torno al objeto y propósito de esta ley que se expuso en el capítulo primero anterior. Tal y como señalamos en esa oportunidad, una de las grandes

controversias que marcaron el debate legislativo fue precisamente el propósito que tendría este cuerpo normativo. En ese sentido, el proyecto originalmente presentado por el Ejecutivo establecía que *"las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona"*.

Este objeto, que fue calificado de "ambicioso" y prácticamente imposible por parlamentarios de diversos sectores políticos, finalmente fue modificado en el texto definitivo, el que actualmente consagra en su Art. 1° lo siguiente: *"Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria"*.

De este modo, la Ley de No Discriminación viene a ser una herramienta que pese a intentar tener un carácter preventivo, es eminentemente una acción restitutoria de derechos, ya que precisamente se accionará mediante esta vía para denunciar un acto u omisión arbitraria que ya se verificó. En ese sentido, consideramos que habiendo reconocido este carácter, no entregar a la víctima una herramienta para resarcirse del perjuicio ocasionado en virtud de este ilícito importa necesariamente que la acción, aun cuando contenga un pronunciamiento favorable para el denunciante, no cumpla con el objeto buscado por el legislador, sobre todo, porque no se hace cargo del daño patrimonial que pueden acarrear estos actos discriminatorios, lo que se acrecienta aún más cuando estos se presentan en el contexto laboral.

Por otra parte, y aun cuando únicamente nos enfoquemos en la restitución del derecho a no ser discriminado, sostenemos igualmente que la ley es deficiente en tanto, si bien el tribunal puede ordenar que se deje sin efecto el acto discriminatorio o puede disponer la no reiteración del mismo para el futuro, no tiene forma de controlar el cumplimiento de esta orden, ni capacidad de ejercer medidas de apremio en caso de que el denunciante se niegue a cumplir con lo ordenado, principalmente atendido el carácter no patrimonial de este litigio. Ejemplo de lo anterior resultan ser las

sentencias dictadas en procedimientos donde los denunciantes eran funcionarios públicos. En estos casos, además de existir muy pocos pronunciamientos favorables para los demandantes, los fallos resultan ser prácticamente inútiles, ya que, por la naturaleza del vínculo de estos trabajadores con la Administración del Estado, es imposible su reintegro pese a existir un pronunciamiento judicial que lo estime pertinente, por tratarse de actos administrativos donde el Poder Judicial no puede inmiscuirse.

En esta hipótesis, nuevamente sostenemos que resultaría prudente que se establezcan indemnizaciones para los denunciantes, debiendo estos poder elegir si optan por el cumplimiento forzado de la sentencia –cuando se trate de actos positivos del denunciado- o por una indemnización pecuniaria.

Por último, en relación con las multas establecidas en la Ley a beneficio fiscal, estimamos que, precisamente si se establecieron con el objeto de ser un desincentivo para los denunciados para “no discriminar”, debieron ser fijadas en montos superiores.

Por otra parte, distinto es lo que ocurre en materia de Tutela Laboral respecto de los efectos de la sentencia. Como hemos referido en lo precedente, en caso de que la denuncia fuese acogida, se producirán una serie de efectos, los que referiremos brevemente a continuación:

- a) El juez deberá tomar las medidas necesarias para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a aquel en que se produjo la vulneración denunciada;
- b) Deberá el juez abstenerse de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de los derechos fundamentales;
- c) En la sentencia el juez ordenará el pago de las indemnizaciones contempladas en los artículos 162 y 163 del Código del Trabajo (indemnización substitutiva del aviso previo e indemnización por años de servicio);



d) No obstante lo señalado anteriormente, el trabajador, podrá optar entre las indemnizaciones referidas y la reincorporación al trabajo cuando en el caso en particular el juez (1) haya declarado el despido como discriminatorio, (2) haya declarado en la sentencia que dicha discriminación ha sido por haber infringido el empleador el inciso cuarto del artículo segundo del Código del Trabajo previamente citado, y (3) que esta discriminación haya sido calificada de grave por el juez, mediante resolución fundada. En caso de que el trabajador opte por la indemnización, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conoce de la causa.

De esta manera, y a diferencia de lo que ocurre con la Acción de no Discriminación, el procedimiento de Tutela Laboral puede examinarse en relación con los efectos de su sentencia desde una perspectiva múltiple, siendo su dimensión reparatoria trascendental para diferenciarla de lo ocurrido en sede civil. En este sentido, sostenemos que la posibilidad de demandar indemnizaciones en sede laboral, así como el establecimiento de multas de montos más altos que los establecidos en la Ley N°20.609 como medida de apremio para asegurar el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, inclinan de manera definitiva la balanza a favor del procedimiento de Tutela Laboral, consagrando este procedimiento como el más eficaz y apropiado para resguardar el derecho a la no discriminación de los trabajadores.

#### **d) Otros aspectos procesales relevantes.**

Finalmente, referiremos brevemente otros aspectos procesales cuya mención consideramos oportuna para efectos de efectuar un análisis comparativo completo entre ambos procedimientos, no obstante, a nuestro juicio, se trata más bien de elementos de análisis secundarios y mucho menos determinantes que los elementos referidos en los apartados anteriores, a saber:

**(i) Trámite de admisibilidad de la acción.** Conforme dispone la ley, en la Acción de no Discriminación se reguló de forma expresa un trámite de admisibilidad de la misma, el que implica no solo constatar el cumplimiento de requisitos de forma

(como, por ejemplo, el plazo para deducir la acción) sino que, por el contrario, estableció un trámite de admisibilidad que derechamente examina el fondo del asunto, mirando el hecho discriminatorio y el fundamento de la acción deducida. En este sentido, del solo texto legal podríamos estimar que, en comparación con el procedimiento de Tutela Laboral, la acción de no discriminación presenta un examen de admisibilidad sumamente riguroso, mucho más exigente que en sede laboral en cuanto a la formulación de las denuncias, los cumplimientos de plazos y la configuración del ilícito discriminatorio, siendo esta una carga para el litigante al momento de deducir su acción.

Sin perjuicio de lo anterior, en el transcurso de la presente investigación pudimos constatar que la mayoría de los Tribunales Civiles no da aplicación a lo establecido por el legislador en cuanto al examen de admisibilidad, permitiendo en múltiples oportunidades la tramitación de acciones que debieron ser rechazadas al momento de su interposición, ya sea porque la acción se encontraba prescrita, o, derechamente, por no contener una exposición mínimamente clara de los hechos en que se funda la demanda, permitiendo así la substanciación de procedimientos completos sin sentido alguno, con todo el desgaste de recursos que aquello puede implicar. En ese sentido, por ejemplo, en la causa rol C-3.081-2013 ("*VALDEBENITO con SOTO*") del 1° Juzgado Civil de Valparaíso<sup>62</sup>, el sentenciador permite la tramitación íntegra de la causa para finalmente señalar en la sentencia que la acción es extemporánea, y que pese a que la propia ley lo facultaba para declarar la inadmisibilidad, igualmente decide referirse al asunto deducido en tanto estima que el libelo fue poco claro al no precisar cuál fue el acto discriminatorio que el actor pretendía dejar sin efecto. Lo anterior da cuenta del absurdo en que incurre el Tribunal, y que a nuestro juicio contradice toda lógica, habida consideración de la facultad expresa que le reconoce la Ley para pronunciarse con respecto a la inadmisibilidad de una acción en cuanto a su extemporaneidad y a las facultades del mismo para solicitar aclaraciones o enmiendas a las partes de conformidad con las

---

<sup>62</sup> Ficha N°2, Anexo N°1.

reglas generales aplicables al caso.

Atendido lo anterior, y como resulta evidente, el examen de admisibilidad de cada una de estas acciones no constituye en caso alguno un elemento relevante para efectos de realizar comparaciones entre estos procedimientos, ya que, pese al tenor literal de la ley, los jueces civiles han aplicado con absoluta laxitud estos requisitos, no presentando diferencias significativas respecto de la admisibilidad de la Tutela Laboral.

**(ii) Plazo de interposición de la acción y de tramitación del proceso.**

Conforme al artículo 5º de la Ley N° 20.609, existe un plazo de 90 días corridos para deducir la acción de no discriminación, contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella.

Consideramos relevante hacer mención a este elemento, debido a que se trata de un plazo bastante breve -que en variadas sentencias dio lugar a que se alegara la prescripción de la acción por extemporánea- atendida la importancia del derecho a proteger. Cabe mencionar que este punto fue largamente discutido durante la tramitación del Proyecto de Ley, existiendo una serie de propuestas diversas en relación al mismo.

En el procedimiento de tutela laboral, por su parte, el plazo para interponer la acción es aún más reducido que en sede civil, estableciéndose un plazo fatal de 60 días para deducir esta acción, desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. No obstante esto, de todas las sentencias analizadas en esta sede, ninguna de ellas fue rechazada por extemporánea. Creemos que lo anterior puede deberse a que el procedimiento de Tutela Laboral lleva mayor tiempo de tramitación que la Ley N° 20.609, y que su conocimiento y la especialización en la materia, tanto por los abogados litigantes como por los tribunales laborales, evita que se produzcan situaciones como las que observamos en sede civil.

En ese sentido, no podemos sino preguntarnos si estos plazos de 90 y 60 días

respectivamente, favorecen a los denunciados para hacer valer su derecho, y, así mismo, cuestionar -al igual que lo hizo el Diputado Hugo Gutiérrez durante el debate parlamentario de la Ley N°20.609 -por qué se otorgó un plazo tan reducido para la protección de un derecho que atiende a la dignidad e igualdad de las personas, en contraposición, por ejemplo, al plazo de 6 meses que se otorgó al Recurso de Amparo Económico que vela por la protección de un derecho patrimonial. Atendido lo anterior, a nuestro parecer, este aspecto debe ser uno de aquellos a revisar y mejorar por el legislador en cuanto a la Ley N° 20.609 y, por cierto, en la Tutela Laboral.

En cuanto al plazo de tramitación del procedimiento, si bien se establecieron plazos más cortos en la Ley de No Discriminación- en oposición a aquellos establecidos en el procedimiento de Tutela Laboral-, en la práctica pudimos observar que la tramitación en sede civil resulta mucho más larga y tediosa en la mayoría de las causas, entrampándose muchos de los procesos –como conocidamente suele suceder en sede civil-, extendiéndose más allá del tiempo deseable para este tipo de causas y en relación a los plazos establecidos para el mismo.

Por el contrario, las causas tramitadas ante los tribunales laborales en virtud del procedimiento de Tutela Laboral, y a pesar de considerar un mayor plazo de tramitación, resultan ser más expeditas, debido principalmente a la inmediatez del procedimiento, a su tramitación casi exclusivamente oral, y a la imposibilidad de presentar recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia.

**(iii) Suspensión provisoria del acto denunciado.** La suspensión provisoria del acto denunciado resulta ser a nuestro juicio un elemento positivo que se estableció en la Ley N° 20.609, en virtud del cual el recurrente podrá solicitar que el acto reclamado sea suspendido por el tribunal y este deberá conceder la solicitud cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior. No obstante, la utilidad de esta especie de Orden de no Innovar, de las 19 sentencias analizadas en

materia civil, en ninguna de ellas el denunciante hizo uso de esta herramienta contemplada por el legislador.

A nuestro parecer, esto último se debe nuevamente a la ignorancia y poco conocimiento por parte de aquellos que interponen esta acción tanto respecto de la propia ley, como de la aplicación que de la misma están haciendo los Tribunales - atendido que es una acción relativamente nueva y por tanto con una práctica judicial que está en desarrollo- a lo que necesariamente debemos adicionar el hecho de que la propia Ley no da cuenta de las medidas que puede adoptar el Tribunal para exigir compulsivamente la suspensión del acto reclamado en caso de negativa por parte del sujeto responsable, produciéndose un efecto de ley muerta al respecto, no aportando en absoluto a la eficacia de esta acción. Es decir, si bien se encuentra perfectamente regulada en el texto y pareciera ser una gran herramienta otorgada por el legislador, hasta la fecha no existe claridad de cómo opera en la práctica, y en particular, que ocurre en caso de negativa del denunciado.

Por su parte, en el procedimiento de Tutela Laboral este mecanismo también se encuentra presente, y de hecho va un paso más allá, estableciendo que el juez puede ordenarlo de oficio y no sólo a petición de parte, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes.

Si bien en los casos analizados tampoco se hizo uso por parte de los recurrentes –ni de oficio por el tribunal por cierto- de este mecanismo, la forma en que está regulado, permite, a diferencia de lo establecido en la Ley de No Discriminación, el cumplimiento efectivo de la medida a través de sanciones pecuniarias, ante la negativa de cumplimiento de la misma por parte del sujeto demandado, permitiendo la absoluta eficacia de su aplicación en caso de concurrir los requisitos para hacerla

procedente.

#### **4. Reflexiones finales en torno al desarrollo del litigio antidiscriminación seguido en sede Civil y Laboral.**

La jurisprudencia analizada en virtud de la presente investigación, nos ha permitido visualizar cuál es la aplicación práctica que han dado tanto los litigantes, como los Tribunales de Justicia, a los procedimientos establecidos por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, los que en su plano teórico fueron expuestos en los primeros dos capítulos de este trabajo.

En ese sentido, y tal como adelantamos en apartados anteriores, pese a que la Acción de No Discriminación consagrada en la Ley N°20.609 fue dispuesta especialmente para resguardar ese derecho –a diferencia del procedimiento de Tutela, cuyo ámbito de aplicación es más amplio- a todas luces el balance en cuanto a su puesta en marcha hoy deja mucho que desear, especialmente al compararlo con lo que ocurre en sede laboral.

En primer término, sostenemos que la falta de teorización y comprensión respecto del derecho a la no discriminación y su alcance se hace patente tanto en los litigantes, como en el propio Tribunal. Así, las denuncias analizadas en sede civil en muchos casos son absolutamente ineptas para configurar siquiera hipotéticamente un caso de discriminación, ya que realizan relatos de hechos intrascendentes para estos efectos, o simplemente invocan una categoría sospechosa –por ejemplo, origen étnico-para justificar actos sin ningún otro nexo causal. A su vez, las sentencias también dan cuenta de que en muchos casos es el propio Tribunal quien no da abasto para analizar y resolver las hipótesis discriminatorias que se le presentan, primero, porque el resguardo de derechos fundamentales nunca ha sido una materia sometida a su conocimiento, lo que implica que forzosamente hoy razonen en una lógica protectora que antes les era desconocida, y, segundo, porque la propia regulación legal en materia de prueba, al no haber incluido la reducción probatoria que rige en materia Laboral, vuelve muchas veces imposible la acreditación de los hechos alegados – especialmente en las hipótesis de

discriminación indirecta- lo que finalmente ata de manos al sentenciador para fallar en favor del denunciante que no ha acreditado de manera directa la discriminación, aun cuando indiciariamente existan hechos suficientes para configurar un acto u omisión discriminatoria.

En este sentido, la jurisprudencia analizada en sede laboral da cuenta de una realidad diametralmente distinta, toda vez que, más allá de las cuestiones procesales relevantes que tienen consagración expresa en la ley –como la reducción probatoria, o la posibilidad de establecer indemnizaciones- a nuestro juicio lo que en su origen caracteriza al procedimiento de Tutela Laboral y lo distancia de la Acción de No discriminación, es precisamente la esencia protectora que impera en sede laboral, donde se entiende que entre ambas partes de una relación laboral (trabajador-empleador) existe siempre una relación asimétrica donde el trabajador es considerado la parte más débil, y por tanto el ordenamiento jurídico debe equilibrar esta balanza mediante normas protectoras que le permitan estar en posiciones menos desaventajadas. De este modo, principios como el de Protección al Trabajador, o el principio de Primacía de la Realidad, vienen en muchos casos a resolver precisamente aquellas áreas grises -cuya resolución no es completamente clara- haciéndose cargo de la posición subjetiva en que se encuentra cada una de las partes en este litigio.

Este espíritu protector es el que hoy no ha alcanzado al litigio antidiscriminación en sede Civil, principalmente porque, como ya mencionamos, el resguardo de derechos fundamentales nunca ha sido sometido al conocimiento de los Tribunales Civiles, por lo que hoy malamente están haciéndose cargo de una materia compleja, estrechamente vinculada con la dignidad humana, sin ningún otro lineamiento ni capacitación más que la propia Ley y el sentido común.

En este sentido, compartimos plenamente las conclusiones expuestas por el autor Fernando Muñoz León en su publicación “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis Crítico de la jurisprudencia sobre

Ley Zamudio entre 2012 y 2015”<sup>63</sup> al señalar que *“más urgente aún, y más desafiante, es que los jueces incorporen a su cultura jurídica la conciencia de la siguiente realidad: que la lucha contra la discriminación entendida como un fenómeno social exige un tipo de racionalidad jurídica protectora, similar a la que se adscribe al derecho laboral. Esto involucra cambios profundos en la cultura jurídica de nuestra judicatura. Fundamentalmente, hace falta la construcción de una disciplina jurídica que dé sustento a la lectura pro discriminado que aquí se propugna. Tal construcción debiera integrar las diversas áreas de nuestro sistema jurídico que actualmente están vinculadas a la lucha contra la discriminación, incluyendo leyes relacionadas con categorías específicas de sujetos como las personas en situación de discapacidad o los pueblos indígenas. Tal dogmática de los grupos desaventajados es una tarea que, por el momento, queda pendiente.”*<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> MUÑOZ LEON, FERNANDO. “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”. Rev. Derecho (Valdivia), vol.28 no.2 Valdivia dic. 2015.

<sup>64</sup> MUÑOZ LEÓN, FERNANDO. Op cit.



## **Conclusiones.**

La discriminación arbitraria es una problemática que golpea socialmente a todas las naciones, las que, mediante regulación interna y la suscripción de Convenios Internacionales diversos, han buscado combatirla desde antaño, sin lograr erradicarla. Sus manifestaciones son variadas, y muchas de ellas se han naturalizado a tal punto que, aún en nuestros tiempos, gran parte de la población no ha comprendido que un acto u omisión arbitraria, además de ser una forma de violencia, es una vulneración de derechos gravísima, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana.

En este sentido, el legislador estableció un nuevo mecanismo para el combate de esta problemática mediante la dictación de la Ley N°20.609, instaurando un mecanismo judicial que permita restablecer de forma eficaz el imperio del derecho ante la ocurrencia de una discriminación arbitraria. De este modo, la Ley de No Discriminación viene a ser una herramienta que, pese a intentar tener un carácter preventivo en su origen, es eminentemente una acción restitutoria de derechos, cuya mayor preponderancia deviene efectivamente una vez que se ha cometido un acto de discriminación, posibilitando el restablecimiento del estado de derecho mediante el ejercicio de la acción por parte de la víctima o sujeto discriminado.

Estas dos características principales de la acción – mecanismo judicial antidiscriminación, y su carácter restitutorio- son precisamente los símiles entre la Acción De No Discriminación y la Tutela Laboral, que posibilitan el ejercicio comparativo expuesto a lo largo de esta investigación respecto, primeramente, sobre el contenido normativo de cada acción y su procedimiento, y a su vez, a propósito del tratamiento que se le da, tanto en sede Civil como en los Tribunales Laborales, a las denuncias por actos u omisiones discriminatorios que tienen lugar en relaciones de índole laboral.

En relación con la Acción De No discriminación, y especialmente atendida la jurisprudencia analizada desde su dictación hasta nuestros días, estimamos que al menos respecto de las situaciones de discriminación ocurridas en el ámbito laboral,

la acción no satisface en ninguna medida el objeto de la ley en cuanto a permitir restablecer el estado de derecho. Más aún, sostenemos que esta acción al menos hoy y con su texto actual, no constituye una herramienta útil para el trabajador o trabajadora que ha sido víctima de una acción u omisión arbitraria.

Tal y como pudimos evidenciar, esto se debe fundamentalmente a:

- La falta de capacitación y especialización de los jueces civiles en esta materia, así como también la absoluta impericia de los Tribunales Civiles para el resguardo de derechos fundamentales;
- La nula racionalidad jurídica protectora en favor de los sujetos discriminados;
- La dificultad probatoria del demandante, atendido que el legislador en este caso no contempló una alteración a la carga de la prueba como sí ocurre en sede laboral, por lo que, frente a actos de discriminación indirecta -que tampoco fueron expresamente considerados- el denunciante se encuentra, en la práctica, imposibilitado de acreditar los hechos que denuncia.
- La improcedencia de indemnizaciones en favor del denunciante que obtiene sentencia favorable; y,
- Por último, la irrelevancia de las sanciones que puede decretar el Tribunal en contra del demandado (multas de 5 a 50 UTM), y la carencia de medidas de apremio para exigir el cumplimiento de las medidas ordenadas por el tribunal.

A su vez, esta situación contrasta con lo evidenciado en el procedimiento de Tutela Laboral, donde, sin perjuicio de que es un mecanismo relativamente reciente, y cuyo perfeccionamiento es también necesario, se constatan múltiples aspectos positivos que debieron ser recogidos en la Ley N°20.609, y que injustificadamente no han sido incorporados.

Así, identificamos como elementos positivos en el procedimiento de Tutela Laboral:

- La lógica protectora del Derecho del Trabajo respecto del trabajador, lo que,

materializado en la aplicación de principios, como el de Primacía de la Realidad, o el de Protección al Trabajador, logran equilibrar, en parte, la balanza en favor de la parte más débil en estos litigios. Esto se hace patente en los razonamientos que expone cada sentenciador en sus fallos, donde el juez no simula -como si sucede en sede Civil- que entre las partes existe una igualdad jurídica, sino que en muchos casos derechamente refieren la especial vulnerabilidad en que se encuentra el trabajador, prácticamente de oficio.

- Como consecuencia de esta lógica protectora, la consagración de facilidades probatorias como la reducción contemplada en el Art. 493 del Código del Trabajo, lo que permite aliviar la prueba para el trabajador -sobre todo en caso de actos discriminatorios indirectos- una vez que el denunciante haya expuesto indicios suficientes de la discriminación alegada.
- La procedencia de indemnizaciones en favor del trabajador, lo que materializa la dimensión restitutoria de este procedimiento, haciéndose cargo de las consecuencias patrimoniales que importa la ocurrencia de un acto u omisión discriminatoria en la vida de un trabajador o trabajadora.
- La aplicación de sanciones de mayor entidad para el cumplimiento de las medidas ordenadas por el Tribunal, así como también la posibilidad de decretar medidas de apremio seguidamente, hasta que el denunciado cumpla con lo ordenado.

De conformidad con lo expuesto, y como puede apreciarse de la comparación de ambos procedimientos, sostenemos que existe una cuestión de fondo que es crucial para diferenciarlos y que en definitiva erige al procedimiento de Tutela Laboral como la vía más idónea para que los trabajadores accionen contra actos u omisiones arbitrarias sufridas en la relación laboral, esto es, la lógica protectora que informa a todo el Código del Trabajo, y por cierto a la Tutela.

Este espíritu protector, totalmente ausente en la Ley N°20.609, es el que permite

analizar y enfrentar correctamente el problema de la discriminación, precisamente porque a través de él, el legislador obliga al juez a hacerse cargo de la posición más desaventajada del sujeto denunciante, entendiendo que la víctima de un acto u omisión arbitraria usualmente será un individuo que ha sufrido una hostilidad sistemática por parte de su entorno. Así por ejemplo en el caso de las minorías sexuales, de los discapacitados, de los inmigrantes, entre otros.

De este modo, en el procedimiento de Tutela Laboral el denunciante ya se encuentra “más protegido” por su sola calidad de trabajador, lo que posteriormente se conjugará con la categoría sospechosa que este invoque para finalmente configurar si ha existido o no discriminación arbitraria, pero teniendo siempre como punto de partida el entendimiento de que las partes en este litigio en ningún caso están en una posición de igualdad, lo que a nuestro juicio resulta trascendental. Finalmente, los aspectos procesales relevantes -como la reducción probatoria, o las indemnizaciones- son el correlato necesario de esta misma lógica.

Cómo última cuestión, resulta importante destacar que pese a las hipótesis que manejamos al iniciar esta investigación, las categorías sospechosas consagradas en la Ley N°20.609 -cuyo catálogo es más completo que el consagrado en sede Laboral, incorporando la orientación sexual e identidad de género, así como la condición socioeconómica- no han sido hasta la fecha un elemento diferenciador entre ambos procedimientos, ni han influenciado el litigio Laboral en términos de un mayor o menor reconocimiento.

Lo anterior se debe principalmente a que, como pudimos constatar, si bien la doctrina en materia laboral habla de un sistema “cerrado” con respecto a la formulación del Art. 2°, y en cuanto al catálogo de situaciones que enumera, se ha entendido por parte de la Dirección del Trabajo - a través del ORD. N° 3704/134 que fija el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo - que la norma no puede agotarse en una formulación cerrada, lo que impediría la calificación de discriminatorias a ciertas desigualdades de trato que no sea posible encuadrar dentro de la enumeración legal. Como referimos, esto tiene

sentido en virtud del texto Constitucional, Art. 19 N° 16, el que, debido a su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, abre la cerrada fórmula legal a otros tipos de diferencias o categorías sospechosas, que se entienden discriminatorias, pero no se encuentran enumeradas en la norma.

Más aún, en cuanto a la influencia que ha tenido la Ley N°20.609 en el procedimiento de Tutela Laboral, y viceversa – entendiendo que ambas acciones protegen un mismo bien jurídico- afirmamos que ha sido prácticamente nula. En efecto, como recién explicamos, en las sentencias analizadas no existen mayores referencias a la Ley Zamudio, ni al catálogo de categorías sospechosas que esta contempla. Esto puede explicarse atendido que la Ley N°20.609 es una regulación relativamente reciente, y a su vez, evidencia que en nuestro país no existe una regulación antidiscriminación unificada y sistemática.

En virtud de la investigación expuesta mediante el presente trabajo, sostenemos que esta última idea es la de mayor relevancia para avanzar en la dirección correcta, siendo sin lugar a dudas la gran tarea pendiente en materia de discriminación.

Como referimos precedentemente, la construcción de un derecho antidiscriminación debe tender no solo a conceptualizar correctamente la discriminación o las categorías sospechosas en los textos legales, sino también a entender la discriminación en su contexto más puro, como una condición de subordinación o desventaja, y a partir de eso ofrecer todas las herramientas tanto jurídicas, sociales y educativas para combatirla, lo que solo será posible a través de una jurisprudencia antidiscriminación efectiva, que aúne criterios en todas las sedes en que se ventilen estas controversias -Civil, Laboral y por cierto Constitucional- y que por cierto sea coherente en sus distintas regulaciones.

Estimamos que hoy en día nuestros Tribunales tienen una oportunidad inmensa para avanzar en esta materia, a través de una jurisprudencia antidiscriminación que reflexione, teorice, precise conceptos, supla los espacios en blanco, y desarrolle hipótesis discriminatorias que no estén especialmente contempladas en el texto de la Ley, entendiendo este como un fenómeno social complejo y dinámico, que debe ser

atendido en todas sus dimensiones para así hacerle frente. En este sentido, la Ley 20.609, aún con todas sus falencias, representa una herramienta más para alcanzar este objeto, el que debe aprender e integrarse con el procedimiento de Tutela Laboral para estos fines.

Urge para esto, capacitar a jueces y abogados en la materia, considerando el poco manejo y conocimiento del derecho a la no discriminación, lo que se traduce finalmente en sentencias pobremente razonadas, o en el absurdo de tramitar juicios completos, careciendo estos de sentido por no invocar actos u omisiones arbitrarios.

De ayuda resultaría, además, que el legislador regule separadamente una mayor cantidad de normas protectoras especiales para los distintos grupos usualmente discriminados, como es el caso de los discapacitados, las mujeres o los inmigrantes, recogiendo las necesidades particulares de cada uno. Tal y como se expuso, por ejemplo, a propósito de la abogada no vidente que requería *adaptaciones necesarias* para cumplir con sus labores, cuyo fallo favorable fue alcanzado precisamente por existir una norma que regula la situación de los discapacitados, lo que vino a actuar como soporte y complemento necesario para la Ley N°20.609. En el mismo sentido, lo ocurrido respecto de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, que ya fue regulado en materia laboral.

Para finalizar, sostenemos que, no obstante, todas las críticas expuestas anteriormente, la Ley N°20.609 vino a ser un punto de partida para la construcción de un derecho antidiscriminación que solo regulado en el área laboral era del todo insuficiente.

Así, esta ley pone en la palestra una problemática totalmente contingente a nuestros tiempos, que históricamente ha estado presente y que representa una de las grandes deudas del Estado con la sociedad chilena, y que como país estaremos al debe hasta que no existan más funcionarios públicos despedidos a 15 días de ocurrido un cambio de gobierno, o mientras un trabajador sea hostigado en su lugar de trabajo por su condición sexual, y definitivamente, hasta que erradiquemos toda posibilidad de que exista otro Daniel Zamudio en nuestra historia.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristian, “*El efecto horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile*”, *Ius et Praxis*, N° 13-1, enero 2007.
2. CAAMAÑO, ROJO, Eduardo. “*El Derecho a la No Discriminación en el Empleo*”. 2ª edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007.
3. CODDOU, Alberto; SCHÖNSTEINER, Judith, y VIAL, Tomás, “*La ley antidiscriminación: avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile*”.
4. DE FERRARI MONCADA, María Francesca. “*Tema laboral Derechos Fundamentales y procedimiento de tutela de derechos laborales*” Disponible en: <https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6007a000001574d835758c24ceb30&docguid=iB93E5863D9ED88F22AC51E8B2FC88AD0&hitguid=iB93E5863D9ED88F22AC51E8B2FC88AD0&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1C7D7B8&searchFrom=&savedSearch=false&context=18&crumb-action=append&#FN1>.
5. FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos y DIAZ, Rodolfo Walter “*La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*”, en *Revista de Derecho* N°2, Vol. 24., diciembre 2011.
6. GAUCHE MARCHETTI, Ximena. “*Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013*”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* N° 1, Vol. 5., enero-abril 2014.
7. LIZAMA PORTAL, Luis. “*La discriminación laboral en Chile*”. Disponible en: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:f6KatkclGglJ:https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D128D0766/2/material\\_docente/bajar%3Fid\\_material%3D60493+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:f6KatkclGglJ:https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D128D0766/2/material_docente/bajar%3Fid_material%3D60493+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl)
8. MUÑOZ LEON, Fernando. “*Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015*”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* N° 2, Vol. 28, diciembre 2015.
9. MUÑOZ LEON, Fernando. “*La Ley Zamudio en acción: Sentencias de primera*



*Instancia sobre acción antidiscriminación emitidas entre diciembre de 2012 y marzo de 2015*". Disponible en: [https://www.academia.edu/15066767/La\\_Ley\\_Zamudio\\_en\\_accion\\_sentencias\\_de\\_primera\\_instancia\\_sobre\\_accion\\_antidiscriminacion\\_emitidas\\_entre\\_diciembre\\_de\\_2012\\_y\\_marzo\\_de\\_2015](https://www.academia.edu/15066767/La_Ley_Zamudio_en_accion_sentencias_de_primera_instancia_sobre_accion_antidiscriminacion_emitidas_entre_diciembre_de_2012_y_marzo_de_2015).

10. PONCE DE LEON SOLIS, Viviana "*Alcances de la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en el procedimiento de tutela laboral*", Estudios Laborales de Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo N° 8, 2013.
11. RODRIGUEZ BURR, Matías "*Nociones sobre la discriminación laboral indirecta. Reconocimiento legal en Chile*", en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social N° 3, Volumen 1, año 2013.
12. SEVERIN CONCHA, Juan Pablo. "*Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional*", en Revista de Derechos Fundamentales N°7, Universidad Viña del Mar, junio de 2012.
13. SILVA MONTES, Rodrigo. "*Manual de procedimiento laboral*", Editorial Jurídica de Chile, 2014.
14. VIAL SOLAR, Tomás. "*La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento*", en Anuario de Derechos Humanos N°9, 2013.
15. ZAMUDIO, Sergio. "*Ley N° 20.609, una mirada jurisprudencial a poco más de un año de su implementación*". Octubre 2013, pp.- 1-12.
16. Ley N° 20.609, 24 de julio de 2012. Disponible en: [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl)
17. Código de Trabajo
18. Sentencia causa rol C-514-2013, Caratulado "CARVAJAL con DUARTE", 1º Juzgado de Letras de San Fernando.
19. Sentencia causa rol C-3081-2013, Caratulado "VALDEBENITO con SOTO", 1º Juzgado Civil de Valparaíso.
20. Sentencia causa rol C-1325-2013, Caratulado "MARTINEZ con LEMUS", 1º Juzgado Civil de Coyhaique.
21. Sentencia causa rol C-5451-2013, Caratulado "MAJMUD con MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS DIRECCION GENERAL DE OOP", 4º Juzgado de Letras Civil de Antofagasta.

22. Sentencia causa rol C-7880-2013, Caratulado "LOPEZ con INE", 25º Juzgado Civil de Santiago.
23. Sentencia causa rol C-9091-2013, Caratulado "OSORIO con JELDRES", 1º Juzgado Civil de Rancagua.
24. Sentencia causa rol C-517-2014, Caratulado "ANTINAO con VAN LANKEREN y OTROS", Juzgado de Letras y Familia de Lautaro.
25. Sentencia causa rol C-1901-2014, Caratulados "RIESCO con PAUL", 1º Juzgado Civil de Chillán.
26. Sentencia rol causa C-1352-2014, Caratulado "DIAZ con ARMADA DE CHILE", 2º Juzgado Civil de Valparaíso.
27. Sentencia causa rol C-3262-2014, Caratulados "GARCIA con SOTOMAYOR", 3º Juzgado Civil de Temuco.
28. Sentencia causa rol C-7698-2014, Caratulados "CARDEMIL con LÓPEZ DE MATURANA", 26º Juzgado Civil de Santiago.
29. Sentencia causa rol C-10146-2014, Caratulados "MUNNIER con AMARALES", 4º Juzgado Civil de Santiago.
30. Sentencia causa rol C-10794-2014, Caratulado "PIREZ con SOTOMAYOR", 7º Juzgado Civil de Santiago.
31. Sentencia causa rol C-9219-2014, Caratulados "LAMIG con SOTOMAYOR", 16º Juzgado Civil de Santiago.
32. Sentencia causa rol C-10527-2014, Caratulados "LETLIER con AMARALES", 10º Juzgado Civil de Santiago.
33. Sentencia causa rol C-407-2015, Caratulados "GIACAMAN con MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN", 3º Juzgado Civil de Concepción.
34. Sentencia causa rol C-965-2015, Caratulados "DE LA CRUZ con GOBIERNO REGIONAL DE ARICA Y PARINACOTA", 2º Juzgado de Letras de Arica.
35. Sentencia causa rol C-4411-2015, Caratulados "RODRIGUEZ con SERVICIO NACIONAL DE TURISMO SERNATUR", 6º Juzgado Civil de Santiago.
36. Sentencia causa rol C- 8602-2016, Caratulados "GUTIERREZ con RED DE TELEVISION", 12º Juzgado Civil de Santiago.
37. Sentencia causa rol T-108-2013, Caratulados "INSPECCION DEL TRABAJO

con CONDOMINIO BARLOVENTO JARDINES DE REÑACA”, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

38. Sentencia causa rol T-22-2014, Caratulados “MERIÑO con SOCIEDAD DE INGENIERIA Y MOVIMIENTO DE TIERRA DEL PACIFICO LIMITADA”, Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

39. Sentencia causa rol T-11-2014, Caratulados “CASTRO MONTALBAN con TECNO CONSERVI LIMITADA, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama.

40. Sentencia causa rol T-74-2014, Caratulados “BARRIENTOS ROA con EMPRESA ROCKWOOD LITHIUM LTDA.”, Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.

41. Sentencia causa rol T-181-2015, Caratulados “ESTAI con MINISTERIO DE EDUCACIÓN”, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

42. Sentencia causa rol T-450-2015, Caratulados “VÁSQUEZ CUNICH con MUNICIPALIDAD DE HUECHURABA”, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

43. Sentencia causa rol T-408-2015, Caratulados “FUENTES ZÚÑIGA con MINISTERIO DE EDUCACIÓN”, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

44. Sentencia causa rol T-29-2015, Caratulados “MARTINEZ con MINISTERIO PÚBLICO”, Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

45. Sentencia causa rol T-102-2014, Caratulados “JIMENEZ CASTRO con MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL”, Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.

46. Sentencia causa rol T-89-2015, Caratulados “BARRIA ULLOA con CONSTRUCTORA DOS ESTEROS DE PELLUCO LIMITADA”, Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt.

47. Sentencia causa rol T-16-2015, Caratulados “ESPEJO GONZÁLEZ con FISCO DE CHILE”, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

48. Sentencia causa rol T-3-2015, Caratulados “PEÑAILILLO MACHER con OCEGTEL S.A.”, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama.

49. Sentencia causa rol T-42-2016, Caratulados “ZARATE GONZALEZ con SECRETARIA REGIONAL MINISTERIAL DE DESARROLLO SOCIAL DE

ANTOFAGASTA”, Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.

## **ANEXO N°1: Fichas jurisprudenciales acción de no discriminación Ley 20.609.**

### **Ficha N° 1**

**Causa Rol: C-514-2013. (CARVAJAL con DUARTE).**

**Tribunal: 1° Juzgado de Letras de San Fernando.**

**Partes:** -Denunciante: Luz Elena Carvajal Uribe.

-Denunciado: Wilson Duarte Rabello.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Terminó de la relación laboral fundado en supuestos motivos políticos.

**Categoría sospechosa invocada:** Ideología u opinión política.

**Derechos Fundamentales supuestamente vulnerados:** Derecho de propiedad respecto del contrato.

**Antecedentes:** Doña Luz Carvajal Uribe trabajó como secretaria en la Municipalidad de Nancagua desde el día 17 de junio de 2011 hasta el día 28 de diciembre de 2012.

El primer contrato de trabajo fue celebrado con el alcalde de la comuna don Rodrigo Villagra, y, dos contratos posteriores con el alcalde don Wilson Duarte Cabello, denunciado en estos autos.

Según señala la actora, este último habría puesto fin a la relación laboral por motivos políticos el día 28 de diciembre del año 2012, en particular, atendido que la demandante apoyó a un candidato a alcalde distinto al elegido, quien en el caso particular era también su "empleador". Esta situación fue acompañada, según la actora, de persecución política durante el período en que aún era funcionaria de la Municipalidad, lo que se expresó en amenazas realizadas en reuniones especiales, en haber sido despojada de sus útiles de trabajo antes de ser despedida, se le privó de marcar tarjeta, etc.

Finalmente, la actora señala haber sido despedida verbalmente -pese a tener contrato a plazo cuyo vencimiento estaba fijado para el día 31 de diciembre de 2012- frente al resto de sus compañeros, de manera poco respetuosa y sin ofrecer causal alguna para fundamentar el término de la relación laboral.

**Defensa del denunciado:** El denunciado opone en primer término la excepción de caducidad de la acción, atendido a que, si bien la acción se interpuso dentro del plazo legal, esta no fue notificada a su parte sino transcurridos 150 días después de la ocurrencia de los hechos.

Luego, el denunciado niega que exista un vínculo de subordinación y dependencia entre la actora y el Municipio, toda vez que doña Luz Carvajal U. se encontraba prestando servicios a honorarios y por tanto su situación jurídica estaría regulada por el Código Civil.

Respecto del fondo del asunto, el denunciado niega que la demandante hubiere recibido un trato distinto con la nueva administración ni que existiera persecución política alguna. Asimismo, señala que lo que el alcalde hizo fue únicamente agradecer a un grupo de personas por los servicios prestados, e informarles que no estaban contemplados en el equipo de trabajo de la nueva administración, todo ello en uso del derecho constitucional a la libre contratación.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

(i) Primera instancia. En relación con la excepción de caducidad opuesta por el denunciado, esta es rechazada por el Tribunal, atendido que el plazo previsto por la ley para el ejercicio de la acción es de 90 días corridos " desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella", no exigiendo en parte alguna el requisito de que esta deba ser notificada dentro de dicho plazo.

En cuanto al fondo, el sentenciador de primera instancia tuvo por acreditado - a través del testimonio de 2 testigos- que existieron actos discriminatorios realizados por el demandado, los que se expresaron en la privación de los útiles de trabajo de la actora, la prohibición de marcar tarjeta y la no asignación de sus funciones normales. A su vez, el tribunal determinó que tales actos discriminatorios, cuyo fundamento residió en la ideología política que ostenta la demandante, constituyen una privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio del derecho de propiedad que ostenta la demandante sobre los derechos personales que emanan de su contrato de trabajo, garantía constitucional establecida en el artículo 19 N°24 de nuestra Carta fundamental cuyo sustrato contempla toda especie de bienes, sean estos corporales o incorporales. Luego, tal derecho la hace dueña de todos los beneficios y facultades que su contrato de trabajo le reporte. La privación de tales beneficios constituye privación, perturbación y amenaza sobre el derecho de propiedad que ostenta la demandante sobre sus bienes incorporales, viéndose afectado en el caso de marras el derecho de la actora a seguir cumpliendo sus labores en forma adecuada.

En razón de lo anterior, se acoge la demanda, se rechaza la pretensión de indemnización de perjuicios invocada por la demandante, se condena al demandado al pago de multa en beneficio fiscal, correspondiente a 10 UTM, y no se condena en costas al demandado por no haber sido totalmente vencido.

(ii) Segunda Instancia. El tribunal de alzada revoca la sentencia de primera instancia por no haber sido apreciada correctamente la prueba por parte del juez de primera instancia, en particular, la prueba testimonial. En efecto, los testimonios de los testigos ofrecidos por la actora se trataban de oídas respecto de los dichos de la propia demandante, en circunstancias que el testigo ofrecido por el denunciado - quién negó la existencia de hechos discriminatorios, así como también de los malos

tratos denunciados por doña Luz Carvajal U.- era un testigo presencial, y por tanto su declaración debería tener mayor valor probatorio.

**Comentarios.** La presente sentencia contiene a nuestro juicio algunos aspectos positivos, toda vez que se hace cargo de ciertas deficiencias o vacíos de la ley en beneficio del demandante, por ejemplo, respecto del cómputo del plazo de caducidad de la acción. En ese sentido, y alejándose de la regla general, la sentencia esclarece que la prescripción o caducidad de la acción se interrumpe con la sola interposición de la acción y no desde su notificación, lo que a nuestro juicio es positivo para el demandante dado ya el breve plazo de caducidad contemplado en la ley.

Por otra parte, y a contrario sensu, estimamos que el fallo evidencia una serie de errores del todo graves para la finalidad de la misma ley. En efecto, el sentenciador identifica una serie de actos positivos que "menoscaban al sujeto pasivo o víctima" de tales hechos, los que califica como discriminatorios per se, y simplemente decide en el considerando décimo sexto, que dicha discriminación arbitraria se fundó en la ideología u opinión política de la demandante, sin expresar en modo alguno cómo alcanzó dicha convicción, ni que hechos o pruebas la llevaron a esa conclusión.

En el mismo orden de ideas, la relación realizada por el sentenciador en cuanto a la garantía constitucional vulnerada en el caso de marras, esto es, el derecho de propiedad que ostenta la demandante sobre los derechos personales que emanan de su contrato de trabajo, nos parece del todo vacía e improvisada, cuyo único fin es encuadrarse en los presupuestos del Art. 2º de la Ley 20.609.

Por último, conviene plantear la interrogante respecto de la decisión de la actora de accionar en esta vía, toda vez que a todas luces en autos existía controversia respecto de la naturaleza jurídica del vínculo contractual de las partes, lo que, sumado a la pretensión indemnizatoria que intentó la demandante, a nuestro juicio habría tenido muchísimas más posibilidades en sede laboral. Más aún, atendido que el contrato a plazo de la demandante terminaba en pocas semanas luego de ser despedida, la posibilidad que le ofrecía esta ley- "poner fin al acto discriminatorio"-, tampoco habría implicado mantenerse en su puesto de trabajo.

## **Ficha N°2**

**Causa Rol: C-3081-2013 ("VALDEBENITO con SOTO")**

**Tribunal: 1° Juzgado Civil de Valparaíso.**

**Partes:** - Denunciante: Sergio Fabián Valdebenito Vega.

-Denunciados: (i) Víctor Soto Cabrera, Presidente de la Comisión Central de Medicina Preventiva de la Armada; (ii) Kennet Pugh Olavarría, Director General de Personal de la Armada, e, (iii) Ignacio Mardones Costa, Director de la Escuela Naval Arturo Prat.

\*Asimismo, comparece el Fisco de Chile en calidad de tercero coadyuvante, haciendo presente que los autos en cuestión, versan sobre actos administrativos realizados en el ejercicio de la función pública y por funcionarios legalmente investidos, por tanto, el resultado del juicio compromete al Fisco de Chile.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Resolución de la autoridad Naval que dispuso el retiro del actor de la Escuela Naval, fundada en que es portador de Leucemia Mieloide Crónica, en circunstancias que el Hospital Naval de Viña del Mar habría emitido un informe médico en que se indicó que el demandante estaba apto para el servicio.

**Categoría sospechosa invocada:** Enfermedad.

**Derechos fundamentales supuestamente vulnerados:** 19 N° 1, N°2 (inc. 1 y 2), N°3, Derecho a la protección de la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de trabajo y a su protección.

**Antecedentes:** El actor recurre en contra de don Víctor Soto Cabrera, contraalmirante y Presidente de la Comisión Central de Medicina Preventiva de la Armada, por haber dictado la Resolución P.C.C.M.P. Reservado N°11350/220/9673 de fecha 7 de mayo de 2013, en la que se concede el Alta de Reposo Preventivo Parcial, por enfermedad incompatible con el servicio institucional, no afecto a los beneficios del artículo 237 del DFL N°1 de 1997; en contra de don Kenneth Pugh Olavarría, Vicealmirante y Director General del Personal de la Armada, quien ordenó por Mensaje R 061013 de junio de 2013, al Director de Educación, con copia al Director de la Escuela Naval, que el Director de esta dispusiera su retiro; y contra



don Ignacio Mardones Costa, capitán de Navío y Director de la Escuela Naval Arturo Prat, quien en cumplimiento de una orden emanada del Director General de Personal de la Armada escribió la carta N°3803/855 de 26 de junio de 2013, en la que se notificó al padre del recurrente acerca del retiro de este de la Escuela Naval, de inmediato o al final del año 2013, según elección del recurrente, y solicita: (i) que se tenga por presentada la acción de no discriminación arbitraria; (ii) que esta sea declarada admisible; (iii) que se declare que existió discriminación arbitraria y se deje sin efecto el acto discriminatorio, y , por último,(iv) "que se tenga presente que no es la institución la que provoca la discriminación, sino los agentes del Estado, responsables de haber discriminado a su representado para que se retire de la Escuela Naval" [SIC].

El actor fundamenta la acción señalando, que la autoridad naval resolvió su retiro de la Escuela Naval porque es portador de Leucemia Mieloide Crónica, en circunstancias que el informe médico del Hospital Naval indicó, que frente al tratamiento médico que se le aplicó obtuvo una "respuesta citogenética completa" y que está "apto para el servicio". Asimismo, pone énfasis en que los recurridos habrían actuado excediéndose de sus facultades, lo que necesariamente importó una distinción y exclusión ilegal y carente de justificación razonable.

**Defensa del denunciado:** El denunciado señala, que todos los recurridos han actuado conforme las facultades y atribuciones que la ley le confiere, en particular, atendido que el Art. 20 del Reglamento Orgánico de la dirección General del Personal de la Armada faculta al Director de la Escuela Naval para solicitar el retiro de la Escuela de un cadete por "enfermedad crónica".

A mayor abundamiento, agrega que el artículo 2° de la Ley 20.609 no es aplicable al caso de autos, porque no existe ninguna acción o acto discriminatorio por parte de la autoridad Naval en contra del actor, por cuanto incluso hasta la fecha de tramitación de estos autos el actor sigue estudiando en la Escuela Naval, sin que el Director haya hecho uso de las facultades que le concede la legislación y reglamentación vigentes.

**Pronunciamiento del Tribunal:** El tribunal señala en primer término que el recurrente hace mención a 3 actos, los que aparecen fechados en los meses de

mayo y junio del año 2013. Sin perjuicio de lo anterior, el actor no deduce su acción sino hasta el 23 de octubre del año 2013, esto es, excediendo el plazo de 90 días contemplado en el Art. 5° de la Ley para la interposición de la acción. Atendido lo anterior, la demanda no puede sino rechazarse por extemporánea.

Agrega el sentenciador, que, pese a que la propia ley lo faculta para declarar la inadmisibilidad de la acción en razón de su extemporaneidad, como se trató de un libelo poco claro -que no precisó cuál es el acto discriminatorio que se pretende dejar sin efecto- decidió referirse a este requisito en lo resolutivo del fallo. Aún más, y pese a rechazar la demanda por este motivo, igualmente se pronuncia respecto del fondo de la controversia, haciendo presente que el actor no ha cumplido con el mandato de la ley en cuanto a fundar su pretensión en la existencia de un acto discriminatorio, toda vez que el soporte de la alegación del recurrente es que los referidos actos habrían sido dictados excediéndose los demandados en sus facultades.

Por último, el sentenciador culmina agregando que ha quedado "asentado que el actor es portador de una leucemia mieloide crónica Philadelphia positivo, una enfermedad que, según el órgano legalmente idóneo, impide al actor pasar a formar parte, con posterioridad al egreso, de la Planta de una institución de la Defensa, como es la Armada de Chile".

**Comentarios:** En relación con los presentes autos, consideramos en primer término que no nos parece correcto que la acción se haya tramitado hasta la etapa de sentencia, sin que el tribunal hubiese ordenado al actor aclarar o rectificar su demanda, precisando a los sujetos recurridos, así como el acto discriminatorio que en particular se buscaba dejar sin efecto, habida consideración de que la ley precisamente contempla esos requisitos de admisibilidad para la tramitación de estas causas, y atendiendo además a las facultades que el propio juez tiene para solicitar aclaraciones o enmiendas a las partes de conformidad con las reglas generales.

Esa falta de precisión importó, a nuestro parecer, una tramitación judicial carente de todo propósito, toda vez que, el no haber especificado la fecha en que tuvo lugar el supuesto acto discriminatorio trajo como consecuencia el llegar al estado de sentencia -habiendo incluso rendido prueba- para que el sentenciador recién se pronunciase respecto de la extemporaneidad de la acción, cuestión que debió haber

tenido lugar al momento de ser deducida la misma, según lo establece el propio mandato legal.

Por otra parte, y en cuanto al fondo de la controversia, si consideramos correcto el razonamiento del Tribunal en cuanto a establecer que la presente acción debe estar fundada en la ocurrencia de actos discriminatorios que tengan el carácter de arbitrarios, vale decir, que sean contrarios a la justicia, la razón o las leyes, y que en ese entendido, el actor debió enmarcar su alegación en hechos o actos de esas características, cuestión que no ocurrió, y por tanto correspondía rechazar la demanda.

Por último, hacemos presente que el actor dedujo recurso de apelación respecto de la sentencia definitiva, la que también fue presentada de manera extemporánea, toda vez que la Ley contempla un plazo especial de 5 días, y no de 10 como es la regla general.

### **Ficha N° 3**

**Causa Rol: C-1325-2013 ("MARTINEZ con LEMUS").**

**Tribunal: 1° Juzgado Civil de Coyhaique**

**Partes:** (i) Denunciante: Marisol del Carmen Martínez Sánchez.

(ii) Denunciado: Iván Danilo Lemus Soto, Director del Servicio de Salud de Aysén.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Término de su contratación el mismo día de su contratación, sin expresión de causa.

**Categoría sospechosa invocada:** Motivos ideológicos u opinión política.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** 19 N° 16 y N° 24.

**Antecedentes:** La demandante indica que, durante el mes de marzo del año 2013, sostiene una conversación con don Iván Lemus Soto, Director del Servicio de Salud

de Aysén, quien, conforme a lo dicho por la actora, le habría ofrecido trabajo en el Servicio de Salud de Aysén para desempeñarse en el Hospital de Puerto Aysén. Conforme a lo anterior, se presenta con fecha 01 de abril de 2013, en horas de la mañana en el Hospital solicitando ser atendida por el Director de dicha Institución de Salud Pública. Indica que el motivo de la entrevista con el referido Director, era presentarse ante él e indicarle que había sido contratada por el Director del Servicio de Salud de Aysén, para desempeñarse en dicho hospital a honorarios, en la Unidad de Salud Mental, y que su sueldo ascendería a \$1.400.000.- mensuales. Ante lo anterior, el Director del Hospital, no existiendo un cargo disponible en el área mencionada, ni en cualquier otra, destina a la actora a la Unidad de Personal, instruyendo se habilite lugar para su desempeño, siendo presentada ante su Jefe Directo y demás funcionarios de la citada Unidad. Finalmente, en horas de la tarde de ese mismo día (01 de abril de 2013), después de que el Director del Hospital de Puerto Aysén asiste a una reunión de trabajo con el Director de Servicios de Salud de Aysén, le informa a la denunciante que no es posible su contratación, según lo manifestado por el Doctor Iván Lemus Soto. La actora aduce que la supuesta puesta de término a su contratación no tiene elemento razonable alguno y dice relación con su ideología política de la cual el demandado estaba al tanto, por cuanto hace pocos meses había dejado el cargo de Alcaldesa de la misma ciudad.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se rechace la acción de no discriminación deducida por la demandante, indicando que los hechos que relata la actora se desarrollaron de forma distinta a la planteada por la misma. Afirma que en marzo de 2013 visitó a la actora, con motivo de haber formado parte ésta de la mesa de diálogo, consultándole en tal oportunidad la denunciante sobre un posible puesto de trabajo en el Hospital y el salario aproximado que una asistente social podría recibir por el mismo. El denunciado contesta que por el momento no hay vacante alguna y que en abril de ese año podría generarse una posibilidad, lo que llevó a la actora a dar una interpretación errónea de la conversación, presentándose esta el 01 de abril de 2013 ante el Director del Hospital de Puerto Aysén a trabajar, indicando, que su contratación estaba autorizada por el denunciado. El Director del Hospital de Puerto Aysén, careciendo de facultades y ante la aseveración de la denunciante, ex

Alcaldesa de dicha ciudad, no dudó en la veracidad de sus declaraciones, guardando la confirmación de la misma para una reunión que se llevaría a cabo en horas de la tarde ese mismo día. Sabiendo que no existían puestos de trabajo disponibles en el área de salud, decide ubicarla en la Unidad Personal, en el entendido que efectivamente se había determinado su contratación. En la reunión de esa tarde se le indica al funcionario por parte del denunciado que nunca existió tal acuerdo, por lo que debe señalarle a la denunciante que no se daría curso a su contratación.

Manifiesta en definitiva que jamás se perfeccionó un acuerdo de voluntades destinado a una contratación, nunca se acordó con la demandante ésta, y no se ha contratado ninguna profesional asistente social en los meses siguientes en dicho hospital. Es más, no existía vacante para dicho cargo, ni partida presupuestaria destinada para tal efecto, por lo que en caso alguno existe un actuar discriminatorio en contra de la actora, sino que, el Hospital efectivamente no requería de sus servicios, por lo que, y, en consecuencia, lo que verdaderamente existió fue un mal entendido entre ambas partes.

#### **Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i)Primera Instancia:** El tribunal estima que, en cuanto a la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes, destinado finalmente a la contratación de la actora para desempeñarse en el Hospital de Puerto Aysén, la actora no ha logrado acreditar, como en derecho le correspondía hacerlo, que el Director del Servicio de Salud de Aysén, Doctor Iván Lemus Soto, le haya efectivamente ofrecido un puesto de trabajo a honorarios en una de las Unidades del Hospital de Puerto Aysén. Que en consecuencia la conducta de la denunciante, de presentarse a trabajar en el Servicio el 01 de abril, no puede obedecer sino a un malentendido de la conversación que se sostuvo con ella en marzo de ese año y que el Director del Hospital de Puerto Aysén, don Héctor Alarcón, permitió que se perpetuara no obstante haber declarado que no tenía conocimiento ni instrucción alguna para dicha contratación, ni facultades para ello, por lo que su error consistió en no corroborar la información vía telefónica con el denunciado. Que la conducta equivocada del Director se puede explicar en vista y considerando que se encontraba ante la ex Alcaldesa de la ciudad y de que en horas de la tarde tendría una reunión en la que podría dilucidar todas sus dudas.

Posteriormente, el denunciado, en la citada reunión, indica que no existió tal contratación y que esta es imposible ya que no existía cargo disponible como tampoco glosa presupuestaria para contratar a honorarios, cuestión que por lo demás fue probada por la denunciada, por lo que ordena indicarle a la denunciante que su contratación no es posible.

En consecuencia, la razón esgrimida por la demandante, para no ser contratada para desempeñarse en el Hospital de Puerto Aysén, esto es, por su ideología política o partidista, y por ende ser discriminada por tal motivo, no ha logrado acreditarse.

Más bien, se encuentra acreditado en autos, que existió una razón de tipo presupuestario, la que era incluso preexistente con anterioridad a la data en que se presentó la demandante al Hospital a trabajar y motivada por un mal entendido, toda vez que tampoco se encuentra determinado en autos, la concurrencia de una oferta y aceptación de trabajo, como tampoco tratativas destinadas a tal efecto, entre las partes.

Por consiguiente, se resuelve que se rechaza la demanda en todas sus partes y que no se condena en costas a la demandante, por estimarse que litigó con fundamento plausible.

**(ii) Segunda instancia:** La sentencia fue apelada por la denunciante y el tribunal de alzada confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia, considerando, que no se había logrado acreditar la ocurrencia del acto discriminatorio, en razón de que, de los antecedentes aportados por la recurrente aparece que ni siquiera se acreditó ni determinó su filiación política, lo que resulta indispensable comprobar en este tipo de procedimientos. Es decir, la causal de discriminación invocada de modo alguno fue establecida, como era la obligación de la demandante, por lo que La Corte no puede sino rechazar la apelación.

**Comentarios:** A nuestro juicio, en esta sentencia se refleja la necesidad de aplicar la reducción probatoria que, a diferencia de la Ley 20.609, logró establecerse en materia laboral en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En este último, en virtud del artículo 493 del Código de Trabajo, se establece una especie de inversión de carga de la prueba, en virtud de la cual basta que el trabajador demandante logre presentar ciertos indicios discriminatorios, debiendo el empleador

demandando probar que, respecto de estos indicios, su actuar tiene un fundamento o justificación razonable. Este elemento resulta de gran importancia en los casos de discriminación, debido a la gran dificultad del trabajador para probar efectivamente un acto discriminatorio, ya que este, siempre se ha considerado la parte más débil dentro de la relación laboral -y por sobre todo en este caso en particular-, teniendo en este caso el “supuesto empleador”, el Servicio de Salud de Aysén, mayor fuerza probatoria, en cuanto a demostrar y desvirtuar que el acto en cuestión no representa una discriminación arbitraria.

El análisis hecho por ambos tribunales resulta un tanto superficial, atendida la importancia de la materia y considerando, conforme a lo dicho por la parte demandante, que no se tomaron en cuenta e indagaron en aspectos relevantes para dilucidar el asunto y las dudas que pudiese tener el tribunal, obviándose a nuestro parecer una parte importante de la argumentación de la parte demandante.

Por otro lado, estimamos incorrecta la afirmación de La Corte de Apelaciones en cuanto estima que la afiliación política de la demandada no fue acreditada en autos, siendo esto uno de los puntos determinantes para concluir que no se podía configurar una hipótesis de discriminación por razones políticas. En efecto, la actora tenía una afiliación política conocida, ya que tal y como se hizo presente fue alcaldesa de esa ciudad, cuestión que debió haberse tenido como un hecho notorio y de público conocimiento, principalmente atendido que la acción de No Discriminación consagrada en la Ley N°20.609 establece un sistema de prueba conforme las reglas de la sana crítica.

En ese sentido, nos parece que la valoración de la prueba en este procedimiento es absolutamente rígida, evidenciando así la poca sintonía existente entre el espíritu proteccionista de este procedimiento y la aplicación práctica que de él han hecho nuestros Tribunales.

#### **Ficha N° 4**

**Causa Rol: C-5451-2013 ("MAJMUD con MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS DIRECCION GENERAL DE OOP").**

**Tribunal: 4° Juzgado DE Letras Civil de Antofagasta.**

**Partes:** (i) Denunciante: Lizette Andrea Majmud Miranda.

(ii) Denunciado: Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Resolución Exenta N° 394 del Seremi de Obras Públicas, Región de Antofagasta, la cual dejó sin efecto el nombramiento de la denunciada como directora del jardín infantil perteneciente al Bienestar de la Seremi de Obras Públicas, la que a juicio de ésta tendría por único fundamento el hecho de haber gozado de las licencias y permisos correspondientes a su puerperio.

**Categoría sospechosa invocada:** Maternidad.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** Art.19 de la CPR N°s 2 y 16.

**Antecedentes:** La denunciante fue nombrada, con fecha 21 de diciembre de 2011, en calidad de profesional-educadora de párvulo-grado 12° EUS, en la Subsecretaría de Obras Públicas, según oficio N°224, proceso 5448763 de fecha 30 de diciembre de 2011. Posteriormente, y tras el fallecimiento de la Directora del Jardín en agosto de 2012, fue designada Directora del jardín respectivo, según da cuenta la resolución exenta N°776 de fecha 6 de septiembre de 2012. En el mes de septiembre la denunciante se entera de su estado de gravidez, situación que informa de inmediato a sus superiores directos (Jefa de Bienestar y Secretario Regional Ministerial).

En el mes de octubre de 2012 se abre concurso para proveer el cargo de vacante de educadora de párvulos, concurso en que fue seleccionada finalmente doña Didier Yasna Carvajal Cruz.

Con fecha 14 de enero de 2012 la denunciante inicia su prenatal sin inconveniente alguno, teniendo lugar el nacimiento de su hija el día 18 de febrero de 2013. El 17 de mayo se entera de la existencia de una supuesta resolución que dejaba sin efecto su nombramiento como Directora del Jardín, por lo que el 20 de mayo de 2013 conversa con su subjeftura directa, quienes le indican que la decisión es del Secretario Regional y que retomaría su cargo a su regreso, previo análisis de la situación.

Con fecha 5 de agosto de 2013, al retomar sus funciones, se entrevista con el Secretario Regional Ministerial de Obras Públicas, Sr. Rodolfo Gómez Acosta, quien



le indica que la decisión de dejar sin efecto su nombramiento fue a raíz de la propuesta formulada por la Jefa de Bienestar, doña Blanca Leal Leal, en consideraciones a la necesidad del servicio. Agrega que, doña Blanca, le hizo presente que ya no existía la necesidad del servicio, de modo que el referido Secretario Regional quedó de analizar la situación, y otorgarle una respuesta a la denunciante

Luego de una licencia médica por enfermedad de hijo menor de un año, el 19 de agosto de 2013 retoma funciones, pero como educadora de párvulos, sin que el Secretario Regional ni la Jefa de Bienestar le expliquen el porqué de su decisión. Con fecha 15 de octubre de 2013, sin mayores argumentaciones o antecedentes, le señalaron que la decisión se adoptó por mala gestión como Directora.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se declare inadmisibles las acciones, toda vez que, con la ausencia de la denunciante el jardín requería dos educadoras de párvulos para ejercer los roles de educadora y Directora. Por lo anterior, se decide revocar la resolución N°776 que designaba como Directora a la denunciante, en virtud de la resolución N°394 de fecha 15 de mayo, la que designó por delegación de funciones a la única educadora de párvulos que se encontraba en actividad en el jardín.

En cuanto a su defensa de fondo, alega que no existe discriminación alguna al considerar que existe causa constitucionalmente legítima al no poder identificarse el acto discriminatorio, ya que la denunciada volvió a su puesto de trabajo en el rol de educadora de párvulos, que viene a ser el mismo rol con el que fue contratada y del que goza por ser funcionaria pública, circunstancia que no ha cambiado.

Alega que el jardín infantil solo contempla dos cargos, los cuales son de educadora de párvulos y que el cargo de Directora del jardín se delegó en la denunciante a través de un acto transitorio, en virtud de las facultades legales que posee la Administradora del jardín – la jefa de bienestar-, no teniendo la calidad de titular en dicho cargo, por lo que no existe una especie de propiedad con respecto al mismo. No obstante ello, reconoce que la funcionaria anterior ejerció la calidad de directora durante 20 años hasta su fallecimiento.

Indica además que “no existe perjuicio jurídico alguno, por cuanto mantiene su estatus de empleada pública, en el mismo grado, su designación no fue producto de un ascenso por carrera funcionaria ni por concurso público, no le significó un aumento en sus remuneraciones y, por otro lado, al regresar a sus funciones una vez revocado el acto de delegación, tampoco varió su calidad continuando con su mismo grado remuneraciones y manteniendo su calidad de funcionario titular.”

Finalmente señala que la posibilidad de delegación de funciones es esencialmente revocable y temporal y a la cual se le puso término dentro de las facultades discrecionales, sin existir arbitrariedad alguna por parte de la autoridad administrativa.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i)Primera Instancia:** El tribunal en su análisis estima que para que haya discriminación arbitraria, deben concurrir los siguientes requisitos: a) una distinción (diferencia en base a alguna particularidad), exclusión (quitarle a alguien el lugar que ocupa) o restricción (reducción a límites menores) que carezca de justificación razonable; b) que cause perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales; c) arbitrariedad, esto es, falta de fundamento, falta de proporcionalidad o desviación del fin.

En el caso en particular, y con respecto al primer requisito, el tribunal estima que el tema se puede observar desde diversos puntos de vista, el primero desde un punto de vista estrictamente formal, analizando si dos personas en la misma situación han sido tratadas de forma desigual; en el segundo ámbito, de igualdad material, se debería determinar si las dos personas en similar caso –sea o no igual- fueron tratados o no de diversa manera, y si existió justificación para tal diferencia de trato; en el tercer caso, que se relaciona con la tercera generación de los derechos fundamentales, se debe determinar si ambas personas se encuentran en situación de disparidad, si se ha tratado desigualmente a fin de otorgarles igualdad de oportunidades, y si dicho trato ha sido razonable. A juicio del Tribunal en el caso en cuestión no ha habido igualdad de trato, desde ninguna de las vertientes posibles respecto de la denunciante. En cuanto al punto de vista estrictamente formal y al que dice relación con la igualdad material, queda en evidencia que la desigualdad de

trato con respecto al único punto de comparación, la directora anterior, es patente. También se puede afirmar, y con mayor gravedad aún, que se ha excluido a la actora de modo desigual, al desatender su condición de falta de equiparidad que ameritaba un trato desigual de partida, atendida su condición de mujer embarazada, la que de conformidad con el tercer concepto de igualdad -igualdad de oportunidades-, era procedente.

En cuanto al segundo requisito de procedencia (perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales), es dable concluir que también se produjo, toda vez que la actora no solo es funcionaria pública, sino que también detenta la calidad de mujer que se encontraba embarazada y recién parida al momento de dictarse el decreto N° 394 que revoca la resolución en virtud de la que la actora fue nombrada como Directora del establecimiento. En consecuencia, no solo hay una privación y perturbación en el ejercicio de sus derechos fundamentales, sino que además no se respetó lo dispuesto por las siguientes normas: a) Artículo 2° de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer”; b) Recomendación número 4 del “Convenio Sobre La Protección a la Maternidad”, adoptado por la OIT y aceptado por nuestro país el 14 de octubre de 1994; c) Artículo 8 del “Convenio Sobre la Protección de la Maternidad” del año 2000, de la OIT, el cual no ha sido ratificado por Chile; d) Artículo 1° del “Convenio Sobre la Discriminación en el Empleo y La Ocupación” adoptado por la OIT y ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971.

Finalmente, y en cuanto al tercer requisito -la arbitrariedad- necesario para poder determinar la existencia de un acto discriminatorio o no, el tribunal concluye que el denunciado no fue capaz de acreditar la racionalidad o fundamentación de su actuar, toda vez que el argumento para legitimar su actuar dice relación con la naturaleza transitoria y eventual de la delegación de funciones a la actora, argumento que fue rechazado por este tribunal, debido a que los hechos demuestran que la delegación ha tenido un carácter de permanente y no eventual, considerando el caso de la Directora anterior, que sirve como punto de comparación.

En consecuencia, se resuelve que se acoge la denuncia formulada por doña Lizette Andrea Majmud Miranda en contra del Fisco de Chile y, por lo tanto, se deja sin

efecto la Resolución Exenta N°394 de 15 de mayo de 2013, debiendo la actora reasumir su labores de dirección del Jardín Infantil MOP, Región de Antofagasta, dentro del plazo de 3 días contados desde que la presente sentencia cause ejecutoria; se ordena además a la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas de la Región de Antofagasta, que instruya un sumario administrativo a fin de determinar la participación y responsabilidades funcionarias que pudieran concurrir en el acto discriminatorio determinado en esta sentencia, dentro de tercero día contado desde que la presente sentencia cause ejecutoriada.

**(ii)Segunda Instancia:** Apelada la sentencia por parte del Fisco, esta es confirmada por el tribunal de alzada, considerando que, a pesar de que los trabajadores de la administración se regulan por otra normativa, por su discrecionalidad, muchas veces se acerca a la arbitrariedad, el hecho de haberse modificado el cargo y puesto de la actora al encontrarse esta embarazada, denota una clara discriminación arbitraria en contra de la misma debido al estado puerperal. Es así como el tribunal afirma: “Desde este punto de vista, terminado el post-natal, el órgano debió conservar el puesto y la función para evitar la discriminación por un estado biológico connatural a la especie humana. El no hacerlo, constituye en sí mismo una discriminación por su estado, sin que sea necesario hacer la posterior comparación con personas que cumplieron el cargo anteriormente.”

Se revoca la sentencia en materia de costas atendido que “la defensa del órgano fiscal es plausible no sólo porque estos principios se recogen en una legislación reciente, sino principalmente porque todo lo relacionado con los funcionarios a contrata, tanto la jurisprudencia como la ley, disponen una discrecionalidad que muchas veces se acerca a la arbitrariedad y que, por lo tanto, los órganos del Estado entienden un exceso de facultades que justifican la desaprensión de normas de protección como las que aquí se tratan, por lo que en este punto deberá revocarse la sentencia con el objeto de no condenar en costas a la parte demandada.”

**Comentarios:** Esta es una de las pocas sentencias en materia de acción de no discriminación en la que el tribunal, tanto en primera como en segunda instancia, admite la acción en favor de un funcionario público. La mayoría de los casos en los cuales los demandantes tienen esta calidad, como bien dice el tribunal de alzada, se

rigen por una normativa diferente y especial, y por ende son rechazados por parte de los tribunales, atendido los dictámenes de la Contraloría y de la Jurisprudencia imperante en Chile. Esta situación dista de lo que ocurre en sede laboral, en donde la mayoría de la jurisprudencia reciente se inclina por aceptar y dar cabida a demandas de protección de Derechos Fundamentales ejercidas por funcionarios públicos (en contra de actos considerados discriminatorios), entendiendo que estos funcionarios son sujetos que merecen protección de sus derechos fundamentales y que el Estatuto al que están sometidos no contempla un procedimiento similar que asegure dicha protección

Nos parece que ambos tribunales, contra todo pronóstico, y contradiciendo los dictámenes y la jurisprudencia imperante hasta ahora, hacen un estudio y empleo minucioso de la materia y buscan dilucidar y dejar en claro el análisis que le permite arribar a la conclusión de que sí ha existido un acto discriminatorio, independiente del estatuto jurídico que se aplica a la actora. Lo determinante para ambos tribunales, en miras de determinar si existió un acto de discriminación, fue precisamente el estado de embarazo de la actora-independiente de su calidad de funcionario público-, situación que constituye una categoría sospechosa de usual e histórica ocurrencia, por lo que para ambos jueces era presumible y verosímil que una mujer embarazada haya sido discriminada por ese motivo.

Consideramos, que hay un esfuerzo por demostrar manejo y conocimiento del tema y por realizar un análisis conciso de la ley, que permita seguir de forma clara el razonamiento del tribunal, y permita dar una oportunidad a trabajadores que por regla general, y en virtud de su calidad, se ven desfavorecidos, efectuando un razonamiento a nuestro parecer lógico y más pro trabajador.

## **Ficha N° 5**

**Causa Rol: C-7880-2013 ("LOPEZ con INE").**

**Tribunal: 25° Juzgado Civil de Santiago.**

**Partes: (i) Denunciante: Daniela Gigliola López Folle.**

(ii) Denunciado: Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Despido notificado por carta certificada con fecha 27 de marzo de 2013, producto de su estado de embarazo.

**Categoría sospechosa invocada:** Maternidad

**Derechos Fundamentales vulnerados:** Art.19 de la CPR N°s 2 y 16.

**Antecedentes:** La denunciante comenzó a desempeñarse en mayo de 2011 en el INE como investigadora del proyecto VII EPF y luego como encargada de grupo hasta diciembre de 2012.

El primero de febrero de 2013 comenzó a trabajar en un nuevo proyecto, completamente distinto al proyecto anterior, en virtud del cual entre las partes existía un vínculo contractual denominado “contrato de prestación de servicios a honorarios en base a suma alzada”, el que celebraron el 23 de enero de 2013, con vigencia desde el 1 de febrero hasta el 31 de octubre del mismo año. La denunciante fue contratada para realizar labores de levantamiento, análisis de consistencia y pertinencia, validación y depuración de información proveniente de encuestas económicas para las etapas próximas del programa de encuesta nacional de innovación desarrollado por la denunciada.

Que a partir del 18 de febrero del 2013 y hasta el 14 de marzo del mismo año, la denunciante comenzó a faltar producto de licencias otorgadas por complicaciones en el embarazo del cual la denunciante no estaba al tanto. Producto de estas licencias y de su estado de embarazo le es informado que será despedida, cuestión que ocurre finalmente el día 27 de marzo a través de carta certificada.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se declare inadmisibles las acciones, toda vez que su actuar no se condice con un acto de discriminación arbitraria sino más bien con el cumplimiento de la regulación aplicable conforme al artículo 11 del DFL N° 29-2044 sobre Estatuto Administrativo y conforme a las cláusulas contractuales pactadas (específicamente las cláusulas n° 10 y 13). En virtud de lo anterior, las ausencias por licencia médica en este tipo de vínculo contractual irían a descuento directo, debido a que la denunciante no cumplía con la antigüedad requerida para gozar de la cláusula que las autoriza, ni le servirían para justificar sus inasistencias, ya que requiere de una permanencia continua en el servicio para hacer

uso de ellas. Además, y conforme a lo manifestado por ambas partes, se habría pactado poner término anticipado a la contratación, unilateralmente y sin expresión de causa, por cualquiera de las partes.

Reconoce que se le puso término a los servicios de acuerdo al contrato, y se le notificó por carta certificada, previas averiguaciones y alternativas de solución dentro de la institución, por tratarse de licencias médicas producto de un embarazo complicado, considerando que la ausencia de una analista colocaba en grave riesgo el éxito del proyecto; además, debido a la existencia de imposibilidades desde el punto de vista operativo del proyecto de contratar a un reemplazo y de pagar las licencias médicas. “En definitiva no se le puso término anticipado al contrato fundado en una discriminación de género o por su condición de embarazo”.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i) Primera Instancia:** Conforme a lo analizado por el tribunal, se concluye que no ha existido por parte de la denunciada discriminación en contra de la denunciante e infracción al artículo 19 numerales 2 y 16 de la Constitución Política y a lo dispuesto en la ley N°20.609 que regula la materia, por cuanto las condiciones establecidas en el contrato celebrado entre las partes no han sido controvertidas en juicio, y, además, atendido que la denunciante ha reconocido de manera expresa que su labor desempeñada en el programa VII EPF concluyó en diciembre de 2012 y fue contratada para un proyecto distinto, a contar del 1 de febrero de 2013. En razón de este último, no concurre el requisito de continuidad exigido en la cláusula decimotercera para poder hacer uso de licencia médica. Por lo demás, a la data de su contratación la denunciante debió estar en conocimiento de su estado de embarazo, de acuerdo al contenido de los antecedentes señalados en el documento que rola a fojas 11, cuestión que le permitiera negociar mejores o distintos términos a los pactados en el actual contrato.

A mayor abundamiento, el tiempo que duró la prestación de servicios de la denunciante, fue prácticamente la primera quincena del mes de febrero de 2013, tal como ella misma lo ha sostenido en el libelo pretensor.

Por tanto, habiendo sido contratada la denunciante para prestar sus servicios en un proyecto con plazos acotados y donde las partes de común acuerdo estipularon que

no procedían licencias médicas, sin que se haya prestado servicios por un periodo continuo no inferior a seis meses en el proyecto, y tratándose de una labor presencial y en terreno, su desvinculación contractual se debió a la facultad del denunciado, que fue establecida por las partes contratantes en la cláusula vigésima del contrato, debidamente notificada, cuyo marco de derechos y obligaciones se rigen por los términos contractuales establecidos en el artículo 1545 del Código Civil.

En consideración a la naturaleza propia del contrato celebrado por las partes y a lo establecido precedentemente, la decisión de desvinculación contractual se adoptó en miras a cumplir con los fines del proyecto para el cual fue contratada la actora, cumpliéndose con todas las formalidades dispuestas para el término de sus servicios. En consecuencia, la denunciada en concepto de este Tribunal, actuó conforme al ordenamiento jurídico aplicable al contrato de prestación de servicios a honorarios, celebrado con plena voluntad de las partes, por aplicación al principio de autonomía de la voluntad que rigió la contratación, en la que ambas partes obraron con plena capacidad.

Por tanto, se desestima la denuncia interpuesta por doña Daniela Gigliola López Folle en contra del Instituto Nacional de Estadísticas, por lo que en consecuencia se determina que, no ha existido acto discriminatorio.

**(ii) Segunda Instancia:** Interpuesta apelación por parte de la denunciante, la sentencia fue revocada en segunda instancia. La Corte estimó que el hecho de tener un embarazo riesgoso y el que la ausencia de la denunciante se considerara como un entorpecimiento de la buena marcha del proyecto para el cual estaba contratada fue la verdadera razón de su alejamiento y despido. No obstante ello, se le comunicó a la denunciante solamente que se hacía uso de una cláusula contractual que permite desvincularla sin expresión de causa. “Que lo anterior resulta ser un evidente acto de discriminación de parte del demandado contra la demandante, al ponerle término a su contrato de trabajo por el hecho de ser portadora de un embarazo que ella misma califica de alto riesgo, pese a que la trabajadora, una vez recuperada de su malestar, se reincorpora a sus labores, respecto de las cuales según el dicho de los propios testigos de la demandada no se requiere hacer esfuerzo físico especial para realizarlo. De esta manera se está haciendo una distinción arbitraria pues



carece de justificación racional, para ponerle término a sus labores en razón a su estado de embarazo, con lo que se vulnera lo dispuesto en la ley 20.609.”

Por lo que, en definitiva, se revoca la decisión del tribunal de primera instancia, declarando que se acoge la demanda deducida.

Posteriormente se deduce recurso de casación por la parte demandada, que se declara desierto, por no cumplir con el cumplimiento de lo ordenado dentro de plazo.

**Comentarios:** A nuestro juicio, el análisis del tribunal de primera instancia resulta poco conforme a la regulación y protección actual de la mujer, especialmente respecto de aquellas que se encuentran en estado de embarazo. El tribunal de primera instancia obvia toda la normativa en relación a esta materia, abocándose únicamente a lo regulado en las cláusulas contractuales, errando de esta forma, en tomar en cuenta todos los factores para determinar si hubo un actuar discriminatorio o no. De este modo, el sentenciador de primera instancia omitió la consideración a la que se hizo referencia en la ficha anterior, toda vez que no toma no considera a la maternidad como una categoría sospechosa usual e histórica, cuya envergadura e importancia para las mujeres trabajadoras es tal, que ha sido salvaguardada no sólo a nivel internacional a través de diversos convenios y tratativas, sino también a nivel nacional, mediante normas laborales como por ejemplo el establecimiento del pre y post natal obligatorio, el fuero maternal, la obligación de pagar sala cuna y el permiso de amamantar, entre otros.

La situación anterior, se ve revocada por el análisis más certero que hace el tribunal de alzada de los mismos hechos y aplicando el derecho, en nuestra opinión, conforme a lo intencionado por el legislador.

En cuanto al despido en sí mismo, consideramos que el raciocinio del tribunal de alzada se basa en una lógica certera y nuevamente pro trabajador, entendiendo que, no obstante el contrato establezca una cláusula que permita el desvinculamiento sin expresión de causa, no hay que obviar todas las otras pruebas que demuestran en definitiva que se cometió un acto discriminatorio. De esta forma, el Tribunal de Segunda Instancia, se hace cargo mediante esta acción especial -más allá del tenor literal de una norma o de una disposición contractual- de una problemática social de gran envergadura, dónde el foco se encuentra sobre sujetos que histórica y

consistentemente han sido discriminados, como es el caso de las mujeres embarazadas, precisamente debido a artimañas legales de ese tipo, como por ejemplo la del presente caso- contratos de prestación de servicios que sacan a la trabajadora de la esfera de protección del Código del Trabajo-.

## **Ficha N° 6**

**Causa Rol: C-9091-2013 ("OSORIO con JELDRES").**

**Tribunal: 1° Juzgado Civil de Rancagua.**

**Partes:** (i) Denunciante: Nelson Osorio Carvajal.

(ii) Denunciado: Ximena Jeldres Astudillo, Concejala de la Municipalidad de Graneros; Raquel Campos Puentes, Concejala de la Municipalidad de Graneros y Antonio Pereira Aguilera, Concejal de la Municipalidad de Graneros.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** 1) Reunión ocurrida en junio de 2013 en la cual los denunciados habrían solicitado la desvinculación del denunciante al Sr. Alcalde de la Municipalidad de Graneros, aludiendo que no cumple con el requisito de salud compatible por padecer de insuficiencia renal; 2) Acto del 24 de junio de 2013, en virtud del cual los denunciados efectúan una presentación ante la Contraloría Regional, solicitando esta se pronuncie respecto a la contratación del denunciante.

**Categoría sospechosa invocada:** Enfermedad o discapacidad.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** Art.19 de la CPR N°s 1, 2, 16,17.

**Antecedentes:** Don Nelson Osorio se encontraba contratado bajo la modalidad contrato a honorarios a suma alzada desde el 06 de diciembre de 2012, periodo en que el actual Alcalde, don Claudio Rafael Segovia Cofre, asume su cargo, para ejercer las gestiones de Asesoramiento en Desarrollo Institucional en Gestión Municipal. El señor Osorio padece insuficiencia renal, lo que lo obliga a asistir a diálisis tres veces a la semana en horario no laboral.

Con fecha 26 de febrero del año 2013, fue solicitado por los Concejales denunciados, al Sr. Alcalde un informe con respecto a la situación contractual de los funcionarios

incorporados al municipio con posterioridad a la asunción en el cargo del mismo. En el presente requerimiento se solicitaba, entre otras cosas, responder a la supuesta improcedencia de la contratación del Sr. Osorio, por cuanto su salud no sería compatible con el trabajo en la municipalidad. No se da respuesta al requerimiento de los denunciados por lo que en junio de 2013 deciden abordar la materia en una reunión privada con el Sr. Alcalde, indicándole nuevamente la improcedencia de la contratación del Sr. Nelson Osorio. Posteriormente, y ante la negativa de una respuesta por parte del Sr. Alcalde, los denunciados efectúan una solicitud ante la Contraloría Regional, con fecha 23 de junio, solicitando un pronunciamiento respecto de la contratación del Sr. Osorio, por cuanto no cumpliría con el requisito de salud compatible.

**Defensa del denunciado:** Los denunciados solicitan se declare inadmisibles las acciones, toda vez que sus actos tan solo reflejan el cumplimiento de su labor pública como Concejales, en tanto denotan y demuestran preocupación por su labor como entes fiscalizadores de la Administración de la Municipalidad por parte del Alcalde de turno.

Aducen que bajo ningún caso se solicitó la desvinculación del Sr. Osorio, por el contrario, tan sólo se solicitó, en ambos actos indicados como discriminatorios, un pronunciamiento con respecto a su contratación, en el entendido de que no cumplía con el requisito de salud compatible para ejercer el cargo. Indican que si el Sr. Alcalde hubiera dado respuesta a su solicitud de información, dando a conocer la situación de contratación y de salud del Sr. Osorio, no habría habido necesidad de recurrir a la Contraloría, ya que los funcionarios contratados en calidad de trabajador a honorarios no se encuentran regulados por el mismo estatuto y por ende no resulta aplicable el requisito de salud compatible.

No obstante lo anterior, relativo al fondo del asunto, indican que los actos realizados no pueden ser considerados como actos discriminatorios, ya que los requerimientos efectuados por ellos mismos carecen de los atributos necesarios para ser considerados como discriminación arbitraria en cuanto no le causan al denunciante privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de sus legítimos derechos. Es más, el derecho al trabajo, que resulta ser de extrema relevancia en este caso, “sólo

podría estar en riesgo por una decisión de quien lo contrató, quien tiene la facultad única, exclusiva y excluyente respecto de su contratación”, vale decir el Sr. Alcalde.

De este modo, en los actos realizados por los denunciados no existe un presupuesto básico para que se esté en presencia de un acto discriminatorio, cual es que exista una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales, por lo que se reitera que lo denunciado no constituye un acto discriminatorio.

### **Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i) Primera Instancia:** Según lo reflexionado por el Tribunal, resulta evidente, del análisis de los hechos, que los denunciados no contaban con información suficiente para entender la calidad en la cual se encontraba contratado el denunciante, por lo que actuaron conforme a sus labores fiscales, en cuanto a interrogar y solicitar pronunciamiento con respecto a un tema de relevancia –la salud compatible con el cargo-. Ciertamente es, que, si los denunciados hubiesen recibido de forma oportuna la información solicitada al Sr. Alcalde, no se hubiere producido mayor actuar de su parte. El tribunal considera que en ningún caso hubo solicitud alguna -como lo indica el denunciante- en cuanto a solicitar el despido del trabajador, simplemente se buscaba una aclaración y pronunciamiento con respecto a la situación contractual del Sr. Osorio. Por ende, no nos encontramos ante actos discriminatorios, sino más bien ante un actuar diligente por parte de los denunciados en cuanto a cumplir con su labor política de Concejal.

En consecuencia, se rechaza la demanda en contra de doña Ximena Jeldres Astudillo, Concejala de la Municipalidad de Graneros; Raquel Campos Puentes, Concejala de la Municipalidad de Graneros y Antonio Pereira Aguilera, Concejal de la Municipalidad de Graneros, y, por lo tanto, se declara, que no ha existido discriminación arbitraria fundada en motivos de enfermedad o discapacidad, por parte de los demandados en contra del actor.

No obstante ello, y apareciendo la demanda revestida de fundamento, se exime al actor de la multa contemplada en el inciso final del artículo 11 de la Ley N°20.609 y no se condena en costas al demandante por estimarse que ha tenido motivos plausibles para litigar.

**(ii) Segunda Instancia:** La sentencia fue apelada por la parte demandante, y confirmada en segunda instancia sin mayor argumentación por parte del tribunal de alzada.

**Comentarios:** A nuestro juicio, el análisis del tribunal es bastante poco feliz, debido a que tan sólo se centra en la prueba de que, si los actos realizados por los denunciados fueron una solicitud de aclaración o una solicitud de desvinculación, y no en el hecho de si esta solicitud de aclaración o desvinculación tiene la aptitud de constituir un acto discriminatorio. Consideramos que en este caso se ve representada la falta de preparación que tienen los tribunales civiles para resolver causas en este tipo de materia. Más aun, el tribunal logra hacer caso omiso de todas las pruebas presentadas para centrarse en un único elemento que le permite rechazar la acción sin mayor análisis probatorio.

Del mismo modo, estimamos que este caso refleja una vez más una de las grandes falencias de la Ley N° 20.609, esto es, la prueba, consecuencia de que el legislador no consagrara en esta materia la reducción probatoria establecida en el procedimiento de Tutela Laboral. Resulta en nuestra opinión, y en base a lo que hemos podido evaluar a lo largo de nuestra lectura, de suma relevancia facilitar al trabajador -conocidamente la parte más débil-este elemento de inversión de la prueba, en donde debe ser necesariamente el empleador quien deba demostrar la razonabilidad de su actuar, debiendo desvirtuar la alegación de discriminación mediante una justificación razonable para la conducta que ha desplegado. Sin este elemento, pareciera ser que las oportunidades de éxito, en cuanto a acogida de la acción para los trabajadores que accionan a través de esta vía, son bastante reducidas sino mínimas.

## **Ficha N°7**

**Causa Rol: C-517-2014 (ANTINAO con VAN LANKEREN y OTROS).**

**Tribunal: Juzgado de Letras y Familia de Lautaro.**

**Partes:** -Denunciante: Irma Antinao Deumacán.

-Denunciados: Peter Van Lankeren Braun; Maximino Germán Berrade Lagos; Claudia Alejandra Cuevas Sepúlveda; Maritza Carola Cid Castro; Macarena Del Carmen Provoste Inostroza; Ana Carolina Urrutia Olivares.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Despido y burlas.

**Categoría sospechosa invocada:** Etnia (mapuche), edad, religión (mormona), ideología u opinión política (simpatizante Partido Demócrata Cristiano).

**Derechos fundamentales supuestamente vulnerados:** Art. 19 N°2, N°3, N°16 de la Constitución Política de la República; Observación General N°18 de 11 de septiembre de 1989 sobre no discriminación del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

**Antecedentes:** La actora se desempeñaba como guardia de seguridad en un Supermercado Unimarc, comuna de Lautaro, donde alega haber recibido malos tratos, burlas y discriminación en razón de su etnia, su color de piel, su edad, religión y su partido político, de parte de los denunciados, quienes son funcionarios del mismo supermercado donde ella prestaba servicios.

Hace presente además, que paralelamente a la tramitación de esta acción, se ventila un juicio en sede laboral con ocasión de su despido, pero que sin perjuicio de este, "las humillaciones, vejámenes y discriminaciones arbitrarias en su quehacer laboral careciendo de justificación razonable, tales como mofas, burlas hacia su etnia, color de piel, edad, religión, etc. deben ser sancionadas con el máximo rigor que establece la ley, la constitución Política y tratados internacionales, por los manifiestos daños y perjuicios morales y laborales que he sufrido".[SIC].

**Defensa de los denunciados:** Las denunciadas Sras. Claudia Alejandra Cuevas Sepúlveda; Maritza Carola Cid Castro; Macarena Del Carmen Provoste Inostroza; Ana Carolina Urrutia Olivares evacúan su informe solicitando se rechace la demanda con expresa condena en costas por ser esta falaz, frívola e infundada.

Señalan que la presente denuncia no cumple con los estándares y supuestos mínimos requeridos para invocar la Ley Antidiscriminación, ya que en la especie lo que verdaderamente ha ocurrido entre las partes son disensiones menores de orden laboral, propios de un lugar de trabajo donde laboran más de 50 personas y se atiende público en una cantidad y proporción cercana a las 1000 personas en forma

diaria. Hacen presente también que la actora es una persona extremadamente conflictiva, tanto con sus pares, como respecto de los clientes, lo que fue informado al Sindicato de trabajadores y a la Gerencia de la empresa, puesto que ella era considerada como un "elemento disociador".

Además, niegan la ocurrencia de actos que constituyan discriminación arbitraria, más aún cuando la actora únicamente ha fundado estos, en que alguna vez alguno de los denunciados le "habría dicho india, o vieja, o mormona", todo lo cual les parece frívolo e irrisorio.

Por su parte, don Peter Van Lankeren Braun y don Maximino Germán Berrade Lagos evacúan informe aparte, siendo estos Gerentes Regionales de la división Unimarc Supermercados Chile de las Regiones IX-X-XIV y IX respectivamente, teniendo domicilios en Valdivia y Temuco, por tanto, no conociendo personalmente ninguno de ellos a la denunciante.

En ese sentido, señalan que, en razón de su trabajo, concurren a dicho supermercado con muy poca frecuencia, tomando conocimiento de aspectos generales del mismo con exclusiva dedicación a la operación del local en general, por lo anterior, y al no haber cruzado palabra alguna con la denunciante, difícilmente podría configurarse con respecto a ellos alguna de las hipótesis contempladas en la Ley Antidiscriminación.

Agregan que efectivamente existió una demanda en sede laboral por despido injustificado y cobro de prestaciones laborales por parte de la actora, y que en dicha demanda no se menciona ninguna de las supuestas discriminaciones que ahora se invocan, más aún, ni siquiera se menciona a don Peter Van Lankeren en dicha demanda. Es más, en esa sede no se alega ninguna vulneración de derechos sufridos por la denunciante, habida consideración de las posibilidades que le ofrece la acción de tutela por vulneración de garantías fundamentales.

**Pronunciamiento del Tribunal:** El Tribunal rechazó la denuncia interpuesta por doña Irma Antinao Deucaman en contra de los recurridos, declarando que no se acreditó que haya existido un acto de discriminación arbitraria en perjuicio de la actora.

El sentenciador fundamenta el fallo atendido en que, pese a que se señalaron múltiples elementos de contexto, no se explicitó la época en que acaecieron los

supuestos hechos ni estos fueron narrados circunstanciadamente. Dicho de otro modo, la actora nunca explicitó qué le decían, ni cuando, ni como la ofendían, por tanto, de la etapa de discusión y la eventual prueba rendida, solo se logra apreciar que existía una relación conflictiva entre la demandante y los denunciados, pero que no se acreditó en caso alguno que estos últimos hayan efectuado actos de discriminación en los términos del Art. 2° de la Ley N°20.609.

**Comentarios.** A nuestro juicio los presentes autos evidencian la absoluta falta de capacitación en torno a la "discriminación", y al propósito de la propia ley, tanto respecto de la denunciante y de la Corporación de Asistencia Judicial (que es quien patrocina a la actora en autos) como del Tribunal.

En efecto, una vez más el Tribunal admite a tramitación una acción que por el modo en que fue presentada carece de fundamento, toda vez que no determina cual es el hecho que constituye un actuar discriminatorio, ni en qué época este tuvo lugar, no teniendo la denuncia genérica respecto de "burlas" la aptitud suficiente para dar lugar a este procedimiento.

Lo anterior trae como consecuencia, el que se substancie un procedimiento completo sin ninguna finalidad, atendido que el sentenciador no puede pronunciarse sobre si ha existido o no discriminación arbitraria respecto de un hecho que ni siquiera ha sido esbozado. En este sentido, insistimos en la necesidad de que el Tribunal exija a las partes al momento de interponer la denuncia -entendiendo que había elementos suficientes para suponer la existencia de actos discriminatorios- que realicen las aclaraciones que sean pertinentes para determinar el objeto del litigio, y que sobre estos el Tribunal pueda eventualmente pronunciarse.

Respecto del fondo del asunto en cuestión, estimamos que el Tribunal además de rechazar la acción por falta de pruebas para configurar la existencia de hechos que constituyen un actuar discriminatorio, debió necesariamente referirse a la falta de aptitud respecto de los hechos denunciados para constituir vulneraciones a los derechos señalados en el Art. 2° de la Ley N°20.609. En otras palabras, aun cuando la actora hubiera acreditado la existencia de los hechos que alegó, habría resultado interesante que el sentenciador calificara estos como suficientes (o no) para causar



una "privación, perturbación o amenaza" en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales que la Ley enumera.

Por último, conviene tener presente que la sentencia fue apelada y confirmada por el Tribunal de alzada.

## **Ficha N°8**

**Causa Rol: C-1901-2014 ("RIESCO con PAUL")**

**Tribunal: 1° Juzgado Civil de Chillán.**

**Partes:** -Denunciante: María Rebeca Riesco Aguayo.

- Denunciados: Iván Renato Paúl Espinoza, por sí; y en representación del Servicio de Salud Ñuble.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Haber sido destinada la actora por el entrante Director del Servicio de Salud Ñuble, don Iván Paul Espinoza, al cargo de Asesora Jurídica de la Subdirección de Recursos Físicos y financieros del Hospital Clínico Hermina Martín, mediante resolución Exenta N° 738 de fecha 18 de marzo de 2014, sin proveerle para el desempeño de sus funciones, de una asistente personal, ni de los implementos técnicos necesarios para el referido fin, atendida la discapacidad visual de la demandante.

**Categoría sospechosa invocada:** Ideología u opinión política y enfermedad o discapacidad.

**Derechos Fundamentales supuestamente vulnerados:** Art. 19N°16 de la CPR (Libertad de trabajo).

**Antecedentes:** La demandante es abogada con grado de Magister en Derecho de la Universidad de Concepción, y posee una discapacidad visual genética y de carácter progresivo llamada reinitis pigmentosa, por lo que su visión es escasa y ha sido diagnosticada como ciega.

Esta discapacidad no ha impedido que la recurrente se desempeñe apropiadamente como profesional, ingresando el 1 de marzo de 2011 como abogada asesora del, en ese entonces, Director del Servicio de Salud Ñuble, don Jaime Guzmán Nova. Para

el cumplimiento de sus labores, y con el espíritu de integrar a las personas discapacitadas al mundo laboral y al sector público, el Director del Servicio autorizó la adquisición de un computador para su uso personal, con un software especial que le facilita la labor de lectura de documentos, navegación por internet, etc. Además de lo anterior, se autorizó la contratación por parte del Servicio, de una persona que cumplía las labores de asistente personal, cuyas tareas estaban destinadas a aminorar las dificultades que su ceguera le producía (lectura de documentos, ayuda en los desplazamientos, tomar nota en reuniones, etc.).

Agrega la actora que en el desempeño de su cargo tuvo siempre una excelente evaluación por parte del Servicio, ganando inclusive un concurso público en octubre del año 2013, asumiendo posteriormente el cargo de Jefe de Departamento con funciones de Subdirectora de Recursos Humanos de dicha entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, con ocasión del cambio de gobierno, el día 17 de marzo de 2014, asume la dirección del Servicio de Salud Ñuble don Iván Raúl Espinoza, quien con la misma fecha procede a destinarla como asesora jurídica de la Subdirección de Recursos Físicos y Financieros del Hospital Clínico Herminda Martín, de esta ciudad, lo que materializa con la dictación de la resolución exenta 4A1 N°0738 de fecha 18 de marzo de 2014 y, consecuencialmente con ello, se le informa de la pérdida de remuneración consistente en la asignación por funciones críticas, ya que dicha asignación se le había otorgado en razón de desempeñar la función de Subdirectora de Recursos Humanos, y no la función de asesora jurídica.

En esa misma oportunidad se le informa que la destinación no puede implicar contar con una asistente, atendido que en el Hospital Herminda Martin hay dos funcionarios no videntes y que ninguno de ellos cuenta con asistente personal. Cabe tener presente que dichos funcionarios son maso terapeuta y telefonista, respectivamente.

Frente a esta negativa, la actora consulta al Director del Hospital donde debe desempeñarse la factibilidad de contratar a una asistente a su cuenta, requiriendo únicamente su autorización para ello (ya que la remuneración de la misma saldría de su bolsillo), a lo que el Director inicialmente accedió, pero luego le fue informado que por un tema reglamentario y legal argumentado por la abogado del Hospital, no es posible autorizar que una persona que no es funcionaria del hospital se desempeñe

como asistente, atendido que no puede tener acceso a información con carácter de reservada, no podría presenciar reuniones, etc., por lo que solo podría autorizarse para cumplir la función de "lazarillo" de la demandante.

Atendido lo anterior, la actora alega que sistemáticamente se le ha negado la posibilidad de desempeñarse laboralmente, ya que las condiciones para ello se han negado por parte del señor Paul, al privarla de la asistente que requiere para cumplir con su trabajo.

**Defensa del Denunciado:** El denunciado señala que la destinación de la funcionaria no tuvo otras razones que la legítima atribución legal de toda autoridad para organizar el trabajo y los equipos que lo lleven a cabo considerando únicamente las necesidades y requerimientos de la institución, por tanto, la destinación de la Sra. Riesco Aguayo en ningún caso tuvo relación con su limitación visual. A mayor abundamiento, por la misma razón, el Servicio autorizó el traspaso -desde los inventarios de la dirección del Servicio del referido establecimiento- del computador adquirido especialmente para la recurrente, a fin de que esta pudiera seguir desempeñando sus labores con las mayores facilidades.

En relación con la contratación de una asistente personal para la actora, el denunciado hace presente que es una decisión que le corresponde a la Dirección del Hospital Herminda Martin, sin que el director del Servicio de Salud haya tenido participación alguna en ello. Sin perjuicio de ello, en su opinión, la contratación de dicha asistente resultaba innecesaria dado que existían dos funcionarios no videntes en el hospital, y sería contrario a la igualdad de trato proporcionar un asistente únicamente a la Sra. Riesco Aguayo; además, señala que la actora omite en su libelo que durante los meses de enero a marzo del año 2014, había prescindido de una asistente ya que el contrato de la última funcionaria que prestó esos servicios habría terminado en diciembre del año 2013.

Sin perjuicio de lo anterior, el denunciado hace presente que el día 10 de abril de 2014 la Dirección del Hospital Herminda Martin tomó la decisión de contratar a costa de la administración una funcionaria asistente para la recurrente, lo que le fue informado a la actora sin obtener respuesta de esta hasta varios días después.

**Pronunciamiento del Tribunal:** El Tribunal tiene por establecido que el día 18 de marzo de 2014, doña María Rebeca Riesco Aguayo fue destinada por el Director del Servicio de Salud Ñuble a sus nuevas funciones, sin contar con los implementos técnicos ni humanos que le permitieran desarrollar la labor a la que estaba designada.

Que la denunciada no ha justificado su actuación en el marco de ninguna de las garantías constitucionales del art. 2º, ni ha acreditado a juicio del sentenciador, causa legítima, toda vez que:

(i) Justificar la negativa de otorgar un asistente basado en un principio de igualdad respecto de otras personas no videntes que prestan servicios en el mismo hospital es dar un trato arbitrario a la denunciante, ya que teniendo que cumplir funciones distintas (maso terapeuta y telefonista, y abogado respectivamente) es evidente que los primeros pueden prescindir de una asistente, a diferencia de la recurrente; y,

(ii) Señalar que la contratación de la asistente es una decisión que le corresponde al Jefe directo actual de la denunciante, carece de sustento legal, toda vez que a juicio del sentenciador, es el Director del Servicio de Salud quien al momento de realizar la destinación tenía la responsabilidad de realizar 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.

Por esta razón, se concluye que la acción discriminatoria del Servicio de Salud Ñuble reviste el carácter de arbitraria, pues, como se ha señalado, no se trata de una "distinción, exclusión o restricción" razonable, fundada en el derecho. En el mismo sentido, se dispone que en lo sucesivo, cuando este Servicio realice una destinación o contratación de una persona con discapacidad, deberá efectuar 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 de esta forma 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, tal como lo prescribe el Art. 2º de la Convención sobre discriminación de personas con discapacidad.

Por estos motivos, se rechaza la acción en contra de don Iván Paul Espinoza como persona natural, y se acoge la denuncia en contra del Servicio de Salud Ñuble, sentenciando que dicho denunciado deberá disponer la contratación de una asistente de confianza de la denunciante, equipos técnicos y una oficina que permita que tanto la denunciante como la asistente puedan desarrollar sus funciones en forma conjunta, y ordenando que en lo sucesivo se realicen los ajustes necesarios para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Del mismo modo, condena a la denunciada al pago de una multa correspondiente a 50 UTM y a las costas de la causa.

**Comentarios.** A nuestro juicio, esta sentencia es una de las que posee más elementos positivos para evidenciar el propósito y finalidad de la Ley 20.609, y cuyo análisis aporta muchas luces respecto de lo que debería ser el litigio antidiscriminación y el marco de protección que debería contemplar.

En primer término, no podemos sino mencionar que el líbelo de la actora - presumiblemente atendido que ella es también de profesión abogada - por su claridad en el relato de los hechos, así como por la determinación del hecho considerado como discriminatorio en relación con las garantías fundamentales que fueron vulneradas, contribuye tremendamente a que este procedimiento se haya substanciado de manera apropiada, y que el debate se haya centrado efectivamente en calificar, por parte del sentenciador, si existió o no discriminación arbitraria en la conducta imputada al Servicio de Salud.

Por otra parte, y en cuanto al fondo, consideramos necesario mencionar el papel preponderante 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 para las personas con discapacidad, tal y como se consignó en la citada sentencia.

En ese 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 a priori que, por ejemplo, la denegación de ajustes razonables (o la adopción de medidas de acción

orientadas a evitar compensar las desventajas de una persona con discapacidad) importan 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.

Atendido lo anterior, sostenemos que resulta evidente a la luz de este caso, el que para efectos de que la Acción de No Discriminación consagrada en la ley N° 20.609 cumpla su propósito, es necesario contar con más normas especiales destinadas a otorgar protección a los grupos usual e históricamente discriminados en nuestro país, poniendo énfasis en las distintas necesidades de cada cual para el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones, y de modo que estas sirvan de complemento y piso para la Ley de No Discriminación, facilitando por cierto la labor del juez en el litigio de no discriminación.

Por último, celebramos también que el sentenciador haya dispuesto que, en lo futuro, ese Servicio deba actuar conforme ordenan las leyes vigentes en materia de inclusión social de las personas discapacitadas, toda vez que refleja correctamente, a nuestro parecer, el espíritu proteccionista de esta acción, sin perjuicio del efecto relativo de cada sentencia.

## **Ficha N°9**

**Causa Rol: C-1352-2014 ("DIAZ con ARMADA DE CHILE").**

**Tribunal: 2° Juzgado Civil de Valparaíso.**

**Partes:** (i) Denunciante: Charles Humberto Díaz Barra.

(ii) Denunciado: Armada de Chile

**Hecho o acto discriminatorio recurrido.** Ord. N°1600/0332/8039 de fecha 28 de marzo de 2014, emitido por el Director General del Personal de la Armada, que dispuso el retiro absoluto del denunciante de la institución, luego de ser declarado como "no apto para el servicio" por la Comisión de Sanidad de la Armada.

**Categoría sospechosa invocada:** Motivo de enfermedad o discapacidad.

**Derechos Fundamentales supuestamente vulnerados:** Art.19 de la CPR N°s 1, 2, 16, 17.

**Antecedentes:** Don Charles Díaz ingresó a la Escuela de Grumetes de la Armada de Chile en febrero del año 2011, cumpliendo y aprobando todos los perfiles y requisitos académicos, físicos, médicos y psicológicos necesarios. Posteriormente, y habida consideración de su buen desempeño académico, aprobó una especialidad, e incluso fue contratado en la Armada de Chile como marinero, a contar del 1 de enero de 2013.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión de Sanidad de la Armada, en noviembre del año 2013, lo declaró "no apto para el servicio y no afecto a lo establecido en el ámbito del artículo 237 del D.F.L N°1 de 1977", fundado en que luego de practicadas nuevas evaluaciones psicológicas se concluye que "clínicamente no presenta cuadro que amerite tratamiento, sin embargo, presenta una discapacidad que es concordante con alexitimia o un cuadro de tendencia asperger".

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se declare inadmisibile la acción, toda vez que atendida la calidad de funcionario de las Fuerzas Armadas del demandante, su situación se encontraría regulada por un estatuto legal de derecho público del cual no puede substraerse mediante el subterfugio de invocar una supuesta conducta discriminatoria. Por otra parte, hace presente, que el denunciante mediante la presente acción estaría intentando impugnar el contenido de leyes vigentes, toda vez que han sido estas las que han determinado las condiciones de su desvinculación de la institución.

En cuanto al fondo, señala que el demandante antes de ser contratado por la Armada de Chile fue sometido a exámenes de medicina preventiva, conforme a la reglamentación vigente, cuyo resultado fue el de apto, desde el punto de vista médico, y no apto, psicológicamente. Pese a ello, la armada resolvió contratarlo, condicionando su permanencia en la institución a una nueva reevaluación psicológica, que debía desarrollarse al año siguiente, lo que fue puesto en su conocimiento. Verificada la posterior evaluación, resultó que el demandante no presentaba una salud psíquica totalmente apta para el desempeño en la institución.

De este modo, la desvinculación de don Charles Díaz no se trata de un acto arbitrario o injustificado, toda vez que en todas las evaluaciones psiquiátricas y psicológicas a las que fue sometido el actor desde su ingreso a la institución este fue declarado "no apto" desde el punto de vista psicológico, por presentar una personalidad retraída, y un coeficiente intelectual limítrofe, lo que conllevaría una discapacidad concordante con "alexitimia", la que si bien no puede ser calificada como enfermedad, si resultaría incompatible con la vida militar. Por esta razón, el Director General del personal de la Armada solo se ha limitado a cumplir la normativa legal vigente, haciendo uso de sus facultades sobre la base de un pronunciamiento técnico-médico de la comisión de Sanidad de la Armada para determinar la capacidad del personal para continuar en el servicio.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i) Primera instancia.** Según lo reflexionado por el Tribunal, el sustento normativo del retiro cursado por el director General del Personal de la Armada es: a) la letra a) del artículo 57 de la Ley 18.948 que establece que "el retiro absoluto del personal del Cuadro Permanente y de Gente de Mar, procederá por alguna de las siguientes causales: a.- Por padecer de enfermedad declarada incurable o sufrir de alguna inutilidad de las señaladas en esta ley"; b) El inciso 1° del artículo 234 del DFL N°1, de 1977, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas: "el examen físico y psíquico del personal, la determinación de su capacidad para continuar en el servicio o la clase de inutilidad que pudiera corresponderle será efectuado, exclusivamente, por la Comisión de Sanidad de cada Institución".

Atendido lo anterior, fluye que las causales aplicables que habilitaban jurídicamente para disponer el retiro del actor eran la declaración de una enfermedad declarada incurable o el sufrimiento de alguna inutilidad señalada en la ley, lo que en caso alguno fue reflejado por los informes psiquiátricos que fueron tomados como base para su retiro.

De este modo, a juicio del sentenciador: "Cuando el Director General del Personal de la Armada motivó la desvinculación del actor en causas relacionadas con su salud psíquica, sin que ello encontrase debido reflejo en los exámenes practicados, incurrió en un uso no razonable de sus facultades. Cuando las prerrogativas legales de una



autoridad son llevadas a la práctica sin estar antecedidas por un procedimiento racional y justo, el resultado es la comisión de un acto arbitrario."

Por estas consideraciones, se acoge la demanda en contra de la Armada de Chile, y, en consecuencia, se declara que ha existido discriminación arbitraria fundada en motivos de enfermedad o discapacidad por parte de la demandada en contra del actor. Asimismo, se deja sin efecto el acto discriminatorio, consistente en el ORD. N°1600/0332/8039 de 28 de marzo de 2014, cursado por el Director General de Personal de la Armada de Chile, debiendo reincorporarse al demandante a dicha institución dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde que este fallo se encuentre firme y ejecutoriado.

**(ii) Segunda Instancia.** La Corte de Apelaciones de Valparaíso revoca la sentencia de primera instancia, rechazando la denuncia y señalando que, para la dictación de la resolución que dispuso el retiro absoluto del demandante de la Armada, el Director de Personal de dicha institución tuvo en vista diversos antecedentes que fundamentaron la misma, los que se tradujeron en exámenes de salud, informes médicos psiquiátricos, etc., por tanto, en caso alguno puede afirmarse que esta actuación se produjo careciendo el emisor de una justificación razonable. Dicho de otro modo, la resolución que ordenó el retiro del actor se basó en antecedentes más que plausibles para llegar a la conclusión que en definitiva se adoptó respecto del demandante, pudiendo estar o no de acuerdo con sus fundamentos, pero no siendo la misma irreflexiva o infundada como se ha pretendido sostener.

Por otra parte, el sentenciador hizo presente que de conformidad con el Art. 18 de la Ley 20.609 "los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes", por tanto, no se puede impugnar por esta vía el Estatuto del Personal de las Fuerzas armadas que faculta a las autoridades de su institución para determinar las personas que deben o no pasar a retiro.

**(iii) Corte Suprema.** Alzada la sentencia de la Corte de Apelaciones en casación en la forma y en el fondo, esta es confirmada por nuestro máximo tribunal, haciendo eco de los fundamentos vertidos en la nueva sentencia respecto de la existencia de justificación razonable para fundar el acto que dispuso el retiro del demandante.

**Comentarios.** A nuestro juicio se trataba de un caso tremendamente discutible, toda vez que, si bien, efectivamente no existía una enfermedad mental que se encuadrara en la norma como "enfermedad declarada incurable" – y que por tanto justificara íntegramente la desvinculación del denunciante al tenor del Estatuto de las Fuerzas Armadas, tal y como resolvió el Tribunal de Primera Instancia-, si se expuso una condición psicológica o perfil del demandante que se consideró (en más de una oportunidad) por la profesional experta como "no apto" para la vida militar, especialmente atendido el potencial uso de armamento por parte del sujeto.

Dicho de otro modo, la decisión de desvincular al demandante de la Institución no resulta claramente injustificada o arbitraria, precisamente porque la justificación de dicha actuación no descansó en el presupuesto del Estatuto de las Fuerzas Armadas (esto es, la presencia de una "enfermedad declarada incurable"), sino que, se justificó la conducta desplegada por el demandado en virtud del análisis que realizó el Tribunal respecto de todos los procedimientos y opiniones médicas que llevaron al denunciado a desvincular a este funcionario, lo que vino a eliminar una posible conducta antojadiza o arbitraria.

#### **Ficha N°10.**

**Causa Rol: C-3262-2014 (GARCÍA con SOTOMAYOR").**

**Tribunal: 3° Juzgado Civil de Temuco.**

**Partes:** - Denunciante: Mónica Andrea García Ritter.

- Denunciados: (i) Instituto de Desarrollo Agropecuario INDAP; (ii) Don Alex Saúl Moenen-Locoz Medina, en su calidad de Director de INDAP Región de la Araucanía; (iii) don Octavio Sotomayor Echeñique, en su calidad de Director Nacional de INDAP.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido.** Resolución N°000285 de fecha 5 de mayo de 2014, dictada por la Subdirección Nacional del Instituto de Desarrollo Agropecuario, en virtud del cual se puso término a la contrata de la actora.

**Categoría sospechosa invocada.** Ideología u opinión política.

**Derechos fundamentales vulnerados.** Igualdad ante la Ley; Derecho de propiedad (19N°24 de la CPR).

**Antecedentes.** Doña Mónica García Ritter ejercía funciones como profesional asimilado a grado 10°EUR en la Ciudad de Temuco, Región de la Araucanía, en labores de apoyo en el proceso de revisión de proyectos PDI presentados por usuarios del INDAP en el Departamento de Fomento de la Dirección Regional. Ingresó a prestar servicios desde el 6 de mayo de 2011, con sucesivas prórrogas, siendo la última dictada mediante Resolución Exenta N°158990 de fecha 29 de noviembre de 2013, por la cual se renovaba su contrato hasta el 31 de diciembre de 2014, señalando el mismo esa fecha de término e indicando "o hasta que sus servicios sean necesarios".

El desempeño de la actora en sus funciones fue desarrollado con absoluta normalidad, hasta que con ocasión del cambio de Gobierno asumió un nuevo Director Regional de Servicio, Sr. Moenen- Locez Medina (militante del Partido Demócrata Cristiano, afín al nuevo Gobierno), quien habría desarrollado una serie de actos persecutorios y que obstaculizaron el ejercicio de sus funciones -como impedirle participar de actividades en terreno fijadas con anterioridad- lo que tuvo como única motivación el hecho de ser la demandante simpatizante del Partido Renovación Nacional, y haber ingresado al Servicio durante el Gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera.

En ese contexto, durante los últimos días del mes de abril, se le habría presentado un documento para que ella aceptara un nuevo cargo con un Grado y remuneración inferior al que ostentaba en ese momento, y para ejercerlo en el área de Teodoro Schmidt, distante a 100 kilómetros de su domicilio. Tras rechazar dicho cargo, y luego de haber presentado una licencia médica, tomó conocimiento de que su cargo y funciones fueron entregados a otra funcionaria, cuya contratación se hizo efectiva el 1° de mayo de 2014, recibiendo posteriormente la Resolución N°285 de fecha 5 de mayo de 2014, que ponía término a su calidad de funcionaria pública a contrata, Grado 10° EUR, "por necesidades del servicio", sin cumplir esta con los requisitos de todo acto administrativo en torno a ser fundado.

**Defensa del denunciado.** Los denunciados (salvo don Octavio Sotomayor Echeñique, debido a que la actora se desistió de la acción interpuesta en su contra) solicitan se rechace la demanda, atendido que la actora fue contratada bajo la modalidad de "contrata", que es por definición de carácter transitoria, toda vez que el Estatuto Administrativo establece que estos durarán como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año. De este modo, se deja clara e implícita la facultad de INDAP de ponerle término a la contratación, antes de esa fecha, siendo absolutamente aventurado e infundado lo expuesto por la demandante en torno a que ese acto obedeció a una discriminación de carácter político.

**Pronunciamiento del Tribunal.**

(i) Primera Instancia. El sentenciador de primera instancia estimó que el término de la contratación de la actora "por necesidades del servicio", sin que tal afirmación indique cuál o cuáles serían las necesidades del servicio que implicaron la desvinculación de la denunciante, carece de una justificación razonable. Más aún cuando el contrato de la denunciante indicaba como fundamento de término "... o hasta que sus servicios sean necesarios", esto es, circunscribiendo la causal a la persona contratada y los servicios que prestaba.

Además, estimó que conforme los antecedentes probatorios expuestos (testimonios de los testigos), valorados según la sana crítica, pudo arribar a la convicción de que la motivación del acto administrativo que puso término al contrato de la denunciante obedeció a su ideología política.

Por lo anterior, resolvió dejar sin efecto la resolución impugnada, por ser discriminatoria y arbitraria, debiendo la parte denunciada abstenerse de la reiteración del acto. Sobre este punto, conviene tener presente que la actora había solicitado su inmediato reintegro al cargo y funciones que ostentaba antes de su desvinculación, lo que no fue aceptado por el sentenciador ya que con dicha orden se verían afectados los derechos de terceros que no tienen parte en autos (la funcionaria que actualmente ocupa el cargo), y además, atendido que la presente sentencia se estaba dictando en una fecha muy próxima al 31 de diciembre de 2014, fecha en que legalmente terminaría de todos modos su contrata.

Además, ordenó a la denunciada pagar a la denunciante todas las remuneraciones, demás prerrogativas y derechos legales devengados entre la fecha de su desvinculación y el 31 de diciembre de 2014.

(ii) Segunda Instancia. El Tribunal de alzada revoca la sentencia dictada en primera instancia, rechazando la denuncia y condenando en costas a la actora, atendidos los siguientes argumentos:

(a) No existe una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, ya que según dispone el Estatuto Administrativo, las contrataciones son esencialmente provisorias y si no se renuevan cesan por el sólo ministerio de la ley el 31 de diciembre de cada año, siendo facultativo del Jefe del Servicio ponerle término anticipadamente cuando esos servicios no sean necesarios. De este modo, según la Corte, la Resolución dictada por la Sub Directora de Indap, N° 000285 de 5 de mayo de 2014, está fundada y el organismo contralor tomó razón de ella el día 15 de mayo de 2014, razón por la que dicho acto administrativo se encuentra ajustado a derecho, por lo que contiene una justificación razonable.

(b) No hay vulneración a Garantías Constitucionales ni a otras normas legales: En el mismo orden de ideas, y atendido que la resolución impugnada fue dictada en uso de una facultad legal, el sentenciador estimó que en ningún caso podría estarse vulnerando el Derecho a la Igualdad contemplado en el Art. 19 N°2 de la Constitución Política de la República.

(c) No existió en autos prueba suficiente para fundamentar la existencia de actos que constituyan discriminación arbitraria por razones políticas.

Por otra parte, la sentencia de segunda instancia es crítica respecto del fallo en alzada, cuando sostiene que “es el denunciado el que debe acreditar la racionalidad y fundamentación legal de su actuar, toda vez que aun cuando en estas causas la prueba se aprecie de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la norma fundamental respecto al onus probandi emana del artículo 1698 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones o su extinción a aquel que alega éstas o aquella y que se traduce en el aforismo “actoris incumbit probatio”. Es decir, es la denunciante la que debe probar sus asertos, cuestión que no ocurrió en autos. Más aun, la sentencia de segunda instancia señala que los hechos denunciados como

discriminatorios por la actora no fueron acreditados más allá de los dichos de los testigos, sin que alguno de éstos fuera objeto de alguna ratificación objetiva, y tratándose por tanto de simples suposiciones.

La nueva sentencia fue objeto de un recurso de casación en el fondo interpuesto por la actora, el que fue rechazado por la Corte Suprema, confirmando así la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco.

**Comentarios.** Los presentes autos dan cuenta de una problemática recurrente en los Servicios Públicos respecto de los funcionarios a contrata, cuya permanencia en el puesto de trabajo está, al parecer, vinculada a la coalición política que se encuentre en el Gobierno.

En ese sentido, nos parece interesante resaltar cómo esta temática puede lograr fundamentarse jurídicamente desde ambas posiciones. Primero, y según el razonamiento empleado por el Tribunal de primera instancia, asumiendo lo que es evidente: una funcionaria (abiertamente simpatizante de un Partido Político) que ingresa a un Servicio durante determinado gobierno, con ocasión del cambio de gobierno (y asumiendo una coalición política distinta) es removida de sus funciones precisamente por una discriminación de carácter político, aun cuando este acto esté amparado en una atribución legal del Director u otro funcionario de INDAP. Por otra parte, y como ha señalado la nueva sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, la discriminación arbitraria no tiene lugar respecto de actos que están amparados por otras normas legales, vale decir, el actuar conforme determinada norma faculta, es per se justificación razonable del acto.

En este contexto, sostenemos que los Tribunales tienen –a nuestro juicio- la oportunidad de ser críticos e incidentes en cuanto al funcionamiento de nuestros servicios y organismos públicos, debiendo dar una señal clara a los Partidos Políticos que trabajan y operan los entes gubernamentales, en orden a que el ejercer la facultad que les entrega la ley para terminar las contrataciones antes del plazo legal únicamente fundado en motivos políticos si constituye un acto de discriminación arbitraria que no puede sino estar reñido con el ordenamiento jurídico y en especial con la Ley N°20.609 y la Constitución Política de la República. Dicho de otra manera, consideramos que hoy la Ley 20.609 abre una puerta a los Tribunales para

reflexionar respecto de la discriminación política como único sustento para asignar funciones y/o terminar contrataciones en nuestros Servicios Públicos, lo que eventualmente, y con una jurisprudencia que esté a la altura de las circunstancias, podría conllevar a poner fin – o a lo menos reducir drásticamente- a esta práctica.

## **Ficha N° 11**

**Causa Rol: C-7698-2014 ("CARDEMIL con LÓPEZ DE MATURANA").**

**Tribunal: 26° Juzgado Civil de Santiago.**

**Partes:** (i) Denunciantes: Alberto Eugenio Cardemil Herrera, Cristián Letelier Aguilar, Carlos Claussen Calvo, abogados, en representación convencional de Ivo Milenko Pavlovic, Natalia Vilches Soto, Constanza Escobedo Farfán, Catalina Denise Concha Suárez, Constanza Henríquez Achurra, María José Méndez Cáceres y María Gabriela Orellana Lazo, funcionarios públicos.

(ii) Denunciados: Gladys Desirée López de Maturana Luna, Vicepresidenta Ejecutiva de La Junta Nacional de Jardines Infantiles (en adelante JUNJI), y en contra de la JUNJI.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Término a las contrataciones de los actores, de forma anticipada en abril de 2014, por parte de la JUNJI, supuestamente en razón de su ideología política.

**Categoría sospechosa invocada:** Motivos ideológicos u opinión política.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** 19 N° 16 y N° 24

**Antecedentes:** Don Ivo Milenko Pavlovic, doña Natalia Vilches Soto, doña Constanza Escobedo Farfán, doña Catalina Denise Concha Suárez, doña Constanza Henríquez Achurra, doña María José Méndez Cáceres y doña María Gabriela Orellana Lazo, fueron funcionarios públicos, desempeñando funciones para la JUNJI, en los diversos cargos que constan en sus respectivos decretos de nombramientos, según los grados ahí señalados y, todos ellos en la calidad jurídica de contrata.

La demandada JUNJI puso término a las contrataciones de los actores en forma anticipada, en abril de 2014, antes del plazo señalado en cada uno de los decretos de nombramiento, es decir, antes del 31 de diciembre de 2014.

No existió sumario administrativo a fin de poner término anticipado a los empleos a contrata de los actores.

De todos los denunciados, del único que se conoce afinidad política es de don Ivo Milenko Pavlovic Lazcano, quien milita activamente en el partido Unión Democrática Independiente.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se declare inadmisibles las acciones, toda vez que el vínculo jurídico que unía a los actores con la JUNJI se encuadra en el sistema de empleos a contrata, expresamente reconocido en la Ley N°18.834 sobre Estatuto Administrativo, siendo éstos esencialmente transitorios, por lo que quienes los sirven carecen de la estabilidad en el empleo propia de los funcionarios de carrera.

En segundo lugar, argumenta que la Excma. Corte Suprema ha declarado que cuando una contratación ha sido dispuesta con la expresión “mientras sean necesarios sus servicios”, la autoridad puede darle término cuando estime conveniente; similar término invoca la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

En tercer lugar, indica que las resoluciones que ponen término a las contrataciones no pueden calificarse como actos discriminatorios, puesto que fueron dictadas en armonía con las atribuciones que tiene la autoridad sobre la materia, siendo ejercidas racionalmente y con fundamento expreso.

En consecuencia, no existe discriminación arbitraria respecto de los demandantes, ya que se ha puesto término a su contrata mediante una causal objetiva, razonada y plenamente legal, la que ha sido debidamente expresada en los actos administrativos correspondientes, por lo que tampoco ha habido amenaza a las garantías constitucionales aducidas por la demandante.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i) Primera Instancia:** El tribunal estima que para poder determinar si se encuentra ante un acto discriminatorio es necesario dilucidar tres cuestiones: 1) determinar la



naturaleza jurídica de las contrataciones de cada uno de los actores; 2) determinar las facultades del organismo contratante para poner término anticipado a dichas contrataciones, es decir, si tiene dichas facultades y en el supuesto de tenerlas, bajo cuáles presupuestos, condiciones o circunstancias esto sería posible; finalmente, probado lo anterior, 3) realizar el test de proporcionalidad en base a los derechos fundamentales en contraposición.

Con respecto al primer punto es dable afirmar, conforme a la Ley N° 18.834 y la Ley N° 19.880, que los actores eran empleados a contrata, que se establece como aquel empleo de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución, siendo definido por su carácter temporal. Dicha transitoriedad se determina hasta el 31 de diciembre de cada año. Se ha agregado como una fórmula de término anticipado de un empleo a contrata la frase "... mientras sus servicios sean necesarios", cuestión que se cumple en autos. Conforme a la Ley N° 19.880 este término anticipado debe tener una motivación justificada y razonable a fin de no incurrir en alguno de los actos discriminatorios arbitrarios señalados en el artículo 2 de la Ley N° 20.609.

Conforme al libelo pretensor no se cumple con esta motivación razonable y justificada informándole a los actores de forma verbal, muy escueta y aduciendo diversos motivos para su desvinculación. Por lo mismo, era imprescindible que la denunciante probase la existencia de la discriminación arbitraria bajo la categoría sospechosa de ideología u opinión política. Lamentablemente y conforme a la prueba testimonial rendida no es posible llegar a la convicción de lo pretendido por los actores, en vista que si bien los testigos indican que los denunciados aparecen en la lista en una página de Internet de EVÓPOLI y aparecen en televisión en apoyo de una figura de la oposición, los testigos no pueden definir en qué tiempo ocurrieron estos hechos -si previo o posterior a la desvinculación- además no logran identificar a todos los denunciados como partícipes de estos actos y de hecho se confunden en la cantidad de actores en el caso sub lite.

Por lo anterior, y en consecuencia, no se ha logrado acreditar por los actores que el ente administrativo para el cual prestaban servicios a contrata, hubiere incurrido en su decisión de ponerles término a sus servicios en una discriminación conforme a los

presupuestos del artículo 2° de la Ley N° 20.609, sino que ha ejercido la facultad que la ley le otorga, lo que llevará en definitiva al rechazo de la demanda, en razón de no haberse adquirido convicción respecto de la ocurrencia de una discriminación arbitraria por motivos de ideología u opinión política, no siendo necesario realizar el examen de proporcionalidad respecto de los derechos fundamentales en contradicción.

En definitiva, se rechaza la demanda en todas sus partes y no se condena en costas a los actores, por estimarse que litigaron con fundamento plausible.

**(ii) Segunda Instancia:** La sentencia fue apelada por los denunciados, confirmando el tribunal de alzada la sentencia de primera instancia en vista y considerando que la prueba presentada por los demandantes “resultó insuficiente para establecer que el término anticipado de las contrataciones se produjo como consecuencia de una discriminación por motivación política.”

Posteriormente la sentencia fue casada, concluyendo el tribunal que “del mérito de autos es posible concluir que los sentenciadores han hecho un acertado análisis de las situaciones fácticas pertinentes a la controversia, para proceder a continuación a efectuar una correcta aplicación de la normativa atinente al caso apreciando la prueba rendida en el juicio y valorando correctamente aquella de acuerdo a las normas de la sana crítica, sin desatender sus parámetros, desestimando la demanda por falta de prueba.”

**Comentarios:** Como hemos venido diciendo a lo largo de varios análisis de fichas anteriores, y conforme a la lógica que sigue la mayoría de los tribunales civiles, los trabajadores que se desempeñan en el área de la Administración del Estado están regulados por una normativa que permite una mayor discrecionalidad, que muchas veces se acerca bastante a la arbitrariedad. Los tribunales por regla general se apegan a esta normativa, no dando cabida a la posibilidad de dar por establecidos actos discriminatorios en contra de estos trabajadores, ya que consideran que el Estatuto Administrativo, bajo el cual se rigen estos funcionarios, no contemple la competencia de los tribunales civiles para resolver sobre asuntos cuyo conocimiento y solución compete a la Administración del Estado y sus órganos fiscalizadores.

No obstante lo anterior, en el caso en cuestión, lo relevante viene a ser que nuevamente se rechaza una acción de este tipo por “supuesta” falta de prueba por parte de los demandantes. Nuevamente hacemos notar, que una de las grandes problemáticas que hemos descubierto a lo largo de nuestra lectura y análisis de jurisprudencia, es el tema probatorio en la Ley N° 20.609, que lamentablemente impide que estas acciones tengan éxito.

En ese sentido, sostenemos que respecto de los casos de discriminación alegados por funcionarios públicos –particularmente los funcionarios a contrata- los Tribunales Civiles incurren en el error de realizar un mero control de legalidad respecto del acto administrativo que importó la desvinculación de determinados funcionarios, en circunstancias que lo que corresponde hacer es un control de mérito, evaluando en cada caso si la justificación del denunciado resultó suficiente para fundamentar su actuación. Lo anterior no puede sino evaluarse atendida la realidad material de cada caso, y evaluando ésta con la libertad que permiten las reglas de la sana crítica.

Así, por ejemplo, nos parece inverosímil la afirmación del Tribunal en cuanto a descartar la existencia de una discriminación política por no tener certeza de si en el preciso minuto en que los denunciados eran desvinculados, estos pertenecían a determinado Partido Político. A nuestro juicio, ese tipo de exigencia probatoria es irracional, y no se condice en absoluto con las reglas de la sana crítica.

Para realizar este ejercicio es precisamente donde el sentenciador necesita contar con una reducción probatoria similar a la establecida en el procedimiento de Tutela Laboral, ya que demostrar un hecho discriminatorio de carácter indirecto es prácticamente imposible, en circunstancias que lo razonable sería que el denunciado ofreciera una justificación respecto de su actuar.

## **Ficha N° 12**

**Causa Rol: C-10146-2014 ("MUNNIER con AMARALES").**

**Tribunal: 4° Juzgado Civil de Santiago.**

**Partes: (i) Denunciante: María Ester Munnier Soto.**

(ii) Denunciado: Lidia Amarales Osorio, Directora Nacional Interna de SENDA, y en contra del órgano que representa, esto es, el SERVICIO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y REHABILITACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS Y ALCOHOL.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Solicitud de renuncia hecha a la actora vía carta el día 21 de marzo de 2014, por parte de la Directora Nacional del SENDA, según y supuestamente, en razón de su orientación política, diversa a la imperante en la Administración.

**Categoría sospechosa invocada:** Ideología u opinión política.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** 19 N° 16 y N° 24

**Antecedentes:** Doña María Ester Munnier ingresó en el año 2005 al Programa CONACE-PREVIEN, dependiente de la Municipalidad de Villa Alemana. En el año 2009 asume la coordinación comunal y en el año 2010, luego de un proceso de selección pública, desempeñó la Coordinación Regional. Finalmente, en el año 2012, en virtud de un proceso de selección sujeto al Sistema de Alta Dirección Pública fue nombrada Directora Regional (Región de Valparaíso) del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, esto mediante la resolución N° 87 del 12 de julio de 2012 y cuya vigencia imponía un plazo de 3 años para ejercer el cargo. Con fecha 21 de marzo de 2014, la Directora Nacional de SENDA formalizó a doña María Ester Munnier Soto la petición de renuncia a su cargo, mediante carta al efecto, presentando esta última en idéntica fecha su renuncia no voluntaria al cargo. La Sra. Munnier, argumenta que esta solicitud de renuncia, se debe tan solo a su orientación política, diversa de la imperante en la Administración en ese momento, ya que su ejercicio como funcionaria pública ha sido intachable y sin mayores problemáticas.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se declare inadmisibile la acción, toda vez que la acción que se impugna no resulta ser un actuar discriminatorio arbitrario, sino más bien el ejercicio de las facultades que la ley ha atribuido a los diversos Órganos y Servicios que integran la Administración del Estado. La decisión que mediante esta acción de no discriminación arbitraria se impugna, tiene su fundamento en la normativa que rige los contratos que regulan a los servicios de la

Alta Dirección Pública. La facultad de la Administración, en orden a pedir la renuncia al cargo de doña María Ester Munnier, ha sido ejercida conforme a la ley y dentro de las facultades que respecto de los funcionarios que ejercen cargos de exclusiva confianza, detenta el Jefe Superior de SENDA.

De esta forma y de conformidad al artículo 18 de la Ley N° 20.502, que creó el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio Nacional para la prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, este servicio se encuentra sujeto a las normas del Sistema de Alta Dirección Pública previsto por la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

Señala además que, en el Sistema de Alta Dirección Pública, en la Ley N° 19.882 en el artículo trigésimo séptimo inciso 2°, establece que los subdirectores de servicios y los directores regionales serán siempre cargos del segundo nivel jerárquico. Encontrándose doña María Ester Munnier dentro de esta categoría le es aplicable la normativa en cuanto a la remoción y petición de renuncia, regulada en el artículo quincuagésimo octavo y que establece que “los altos directivos públicos tendrán en materia de remoción la calidad de empleados de exclusiva confianza de la autoridad facultada para disponer su nombramiento” y agrega que “ cuando el cese de funciones se produzca por petición de renuncia, antes de concluir el plazo de nombramiento o de su remoción, y no concurra una causal derivada de su responsabilidad administrativa, civil o penal, o cuando dicho cese se produzca por el término del período de nombramiento sin que este sea renovado, el alto directivo público tendrá derecho a gozar de la indemnización correspondiente”. En el caso sub lite la denunciante no sólo percibió las asignaciones especiales destinadas a compensar la falta de estabilidad en el empleo, propia de un cargo de confianza, sino que, además, al renunciar, percibió la indemnización que la ley ha previsto para tales cargos.

En consecuencia, el acto que la denunciante declara como discriminación arbitraria, no es tal, toda vez que el cese de la denunciante en su empleo se debió a la presentación de su renuncia a aquel, de acuerdo con la Ley N°19.882, en relación con el Estatuto Administrativo, que establecen como causal legal del cese de

funciones, la solicitud de renuncia al cargo de los Altos Directivos Públicos, por parte del Presidente de la República o del Jefe Superior del Servicio, según corresponda.

**Pronunciamiento del Tribunal:** Atendido a que la demandante no presenta prueba y se encuentra en rebeldía en la audiencia de conciliación, el tribunal estima, conforme al tenor de los escritos de discusión (demanda e informe), que no existen hechos controvertidos y que la discusión se efectuó en base a cuestiones de derecho, con el objeto de discernir en este fallo si el acto que efectuó el organismo público demandado -solicitando la renuncia de doña María Ester Munnier- constituyó o no uno de aquellos que la Ley N°20.609 considera como discriminatorios y arbitrarios.

El Tribunal estima que no puede calificarse el acto en cuestión como un acto de discriminación arbitraria, toda vez que, conforme a lo establecido en la Ley N° 19.882 artículos trigésimo quinto, cuadragésimo noveno, además de lo establecido y aplicable del Estatuto Administrativo -artículo 142 principalmente- y, Ley N° 18.834, la actora detentaba un cargo de aquellos considerados de exclusiva confianza, procediendo entonces la parte denunciada a ejercer sus prerrogativas y facultades conforme a la ley, por lo cual no se vislumbran antecedentes que permitan sostener que la petición de renuncia hecha a la demandante adolece de algún reproche que la haga discriminatoria, más por el contrario, parece estar ajustada a derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, las alegaciones efectuadas por la parte demandante solo se fundan en sus propios dichos, pues no presentó prueba alguna para sostener que en realidad la facultad de solicitar la renuncia por la pérdida de confianza en ella, se debió a un acto discriminatorio de la autoridad, basado en la opinión u opción política de la requirente por lo cual la acción de no discriminación deberá ser rechazada.

En consecuencia, se rechaza la demanda en todas sus partes y se condena en costas a la denunciante por carecer de todo fundamento la acción de autos, además de la obligación de pagar una multa a beneficio fiscal equivalente a 5 UTM.

**Comentarios:** En este caso se ve nuevamente reflejada la falta de conocimiento y capacitación que tienen tanto los ciudadanos, como los abogados en general, y los tribunales civiles, con respecto a la normativa de no discriminación. Pudiendo haber sido un caso en el que se declarase la ocurrencia de un acto de discriminación, en

razón de que la demandante había tenido una trayectoria intachable dentro de la Administración y había ejercido su cargo de forma correcta cumpliendo con las funciones y recibiendo evaluaciones buenas en los periodos anteriores, que a lo menos hacen presumible la existencia de una discriminación, se pierde la oportunidad por parte de la denunciante la posibilidad de presentar prueba y de asistir a instancias relevantes como la audiencia de conciliación para hacer valer su derecho.

No obstante lo anterior, nos remitimos en relación al tema probatorio a lo ya dicho en la ficha n° 1, 4 y 6.

### **Ficha N° 13**

**Causa Rol: C-10794-2014 ("PEREZ con SOTOMAYOR").**

**Tribunal: 7° Juzgado Civil de Santiago.**

**Partes:** (i) Denunciante: Juan Francisco Pérez Rocco.

(ii) Denunciado: Octavio Sotomayor Echenique, Director Nacional de Indap

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Resolución N° 000293 de fecha 12 de mayo de 2014, con timbre Tomado de Razón por orden del Contralor General de la República con fecha 22 de mayo, en virtud de la cual se pone término a la contrata de don Juan Francisco Pérez Rocco de forma anticipada y conforme a lo que él aduce por razones de ideología u opinión política, ya que conforme a las palabras del nuevo Director Regional, “había habido un cambio de gobierno y que (el) no pertenecía a su equipo de trabajo”.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por ideología u opinión política.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** Art.19 de la CPR N°s 1, 2,16 y 24.

**Antecedentes:** Don Juan Francisco Pérez ingresó a trabajar al Instituto de Desarrollo Agropecuario (Indap), el 01 de diciembre de 2010, durante el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera. Se desempeñaba como ejecutivo integral y luego como ejecutivo de fomento, con excelentes calificaciones, bajo la modalidad de contrata. El

día 30 de abril de 2014, le es informado verbalmente por el Director Regional, don Christian Suarez Parrao, que será desvinculado de la institución, sin ofrecerle mayor fundamentación respecto de esta decisión; Así, no se le dieron razones técnicas o fácticas que sustentaran la necesidad invocada por el servicio, aparte de no pertenecer al actual equipo del Director Regional, por lo que el aduce que es debido a su orientación política que ha hecho notoria a lo largo de su estadía en la Institución.

Con fecha 12 de mayo la desvinculación se hace efectiva mediante resolución N° 000293.

El denunciante solicita que se restablezca en sus respectivas funciones de contrata, haciéndola perdurar hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha de vencimiento que originalmente tenía; y en subsidio, que se paguen sus remuneraciones hasta el 31 de diciembre de 2014.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se declare inadmisibile la acción, señalando que la desvinculación de don Juan Francisco Pérez no ha tenido como fundamento ninguna causa política, como lo argumenta el actor, pues poner término a este tipo de contratación antes del 31 de diciembre, es una facultad del Jefe de Servicio, que contempla el Estatuto Administrativo y que, en el caso concreto, la terminación de su contrata tuvo como sustento el que sus servicios ya no eran necesarios, causal contemplada en la génesis del acto administrativo.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i) Primera Instancia:** Según lo reflexionado por el Tribunal, se ha incurrido en un acto de discriminación arbitraria, toda vez que, si bien, y conforme al régimen de contrata al cual se encuentra subordinado el denunciante, la administración tiene la facultad discrecional de ponerle término al contrato si estima que los servicios de la persona en cuestión no son necesarios, dicha discrecionalidad no puede ser sinónimo de arbitrariedad, ya que esta facultad debe ser ejercida dentro de los parámetros que establece la Ley N° 19.880 que versa sobre las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.



Conforme a esta ley, los actos de la autoridad deben contener los fundamentos de las decisiones que se adopten en ellos. Por ende, si bien la legislación dota a la autoridad de una facultad discrecional cuyo ejercicio le autoriza para poner término a una contrata porque “los servicios ya no son necesarios”, tal discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y su ejercicio se encuentra sometido a exigencias, parámetros y límites. De este modo, la resolución N° 000293, mediante la cual se puso término al contrato de forma anticipada, expresando que se adopta esta decisión “por necesidades del Servicio”, dista mucho de ser un fundamento claro y transparente que permita al afectado el conocimiento del motivo de la medida, pues no se precisan las razones por las cuales sus servicios dejaron de ser necesarios.

Que, conforme a lo anterior, además de contrariar la exigencia de la ley N° 19.880, que en su artículo 11 inciso 2° expresa la necesidad ineludible de fundamentación, el acto impugnado por esta vía no aparece debidamente motivado y razonado, lo que lo hace arbitrario y en consecuencia la hipótesis invocada por el actor se encuentra completamente configurada por la carencia de justificación razonable que rigió en el caso concreto la terminación de la contrata del actor.

Por consiguiente, se resuelve que se acoge la demanda en contra del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), por haber incurrido en una discriminación arbitraria, en contra del actor, al haberse puesto término anticipado y sin justificación razonable a su contrata, mediante la dictación de la Resolución N°000293 de 12 de mayo 2014, la que se ordena dejar sin efecto, debiendo abstenerse la denunciada de realizar actos de esta naturaleza en el futuro. Que no siendo procedente la reincorporación se acoge tan solo la acción deducida y su petición subsidiaria, disponiéndose el pago de las remuneraciones que debió percibir el actor, desde su desvinculación de la institución hasta el 31 de diciembre de 2014.

(ii) **Segunda Instancia:** La sentencia fue apelada por la parte demandada y confirmada en segunda instancia, estableciendo el tribunal que “atendido el mérito de los antecedentes, donde se desprende la falta de fundamentación del acto, en circunstancias que el recurrente cumplía de forma clara y suficiente con todos los requisitos y condiciones para el ejercicio de dicho cargo, de manera destacada y con calificaciones sobresalientes, por lo que, en la especie, se da plenamente la hipótesis

contenida en el artículo 2° de la Ley N° 20.609, toda vez que constituye una discriminación arbitraria, al carecer de justificación razonable lo obrado por la administración”.

Posteriormente se presentó recurso de casación el cual el tribunal declaró desistido por no seguir la parte con el impulso procesal.

**Comentarios:** Esta sentencia representa una de las pocas sentencias en que el tribunal falla a favor del trabajador sujeto al Estatuto Administrativo, particularmente funcionarios a contrata, marcando una nueva tendencia en cuanto a la otra jurisprudencia que hemos analizado.

A nuestro juicio, es correcta la apreciación de este tribunal, porque independientemente de que los funcionarios públicos estén sujetos a una normativa especial, tienen igual derecho a hacer valer su derecho a la no discriminación como cualquier otro trabajador. En ese sentido, estimamos que innegablemente el régimen al cual están sometidos los trabajadores de la Administración del Estado, da lugar a mucha arbitrariedad en razón de una serie de “facultades discrecionales” contempladas en la Ley, cuyo único control hasta ahora era realizado por la Contraloría General de la República, y únicamente referido a la legalidad del mismo. De este modo, y haciendo eco de lo señalado por La Corte de Apelaciones en otro caso similar, estimamos que *“la mayor libertad que tiene la administración para disponer de sus trabajadores, no implica que esta debe convertirse en una arbitrariedad conducente finalmente al acto discriminatorio”*.

El problema, como veremos más adelante, en relación al análisis de los casos de discriminación accionados vía Tutela Laboral, es precisamente la dificultad de conciliar el equilibrio entre la protección a los derechos fundamentales -en especial el derecho a la no discriminación- de los trabajadores que tienen la calidad de funcionarios públicos versus la eficacia y eficiencia que debe observar cada servicio público en su funcionamiento y dirección, siendo difícil conciliar la injerencia del poder judicial en el ámbito del poder administrativo.

**Causa Rol: C-9.219-2014 (“LAMIG con SOTOMAYOR”).**

**Tribunal: 16° Juzgado Civil de Santiago.**

**Partes.** – Denunciantes: (i) Erika Lamig Fritz; (ii) Onofre Antonio Sotomayor Díaz

Denunciado: Octavio Sotomayor Echeñique, Director de Indap.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido.** Terminó anticipado de las contrataciones de los demandantes.

**Categoría sospechosa invocada.** Ideología u opinión política.

**Derechos fundamentales vulnerados.** Art. 19 N°16 (Derecho al Trabajo); Art. 19 N°24 (derecho de propiedad sobre sus cargos).

**Antecedentes.** Ambos denunciantes eran empleados públicos, que se desempeñaban en INDAP bajo la modalidad de “contrata”.

Doña Erika Lamig Fritz ingresó al servicio durante el mes de octubre del año 1993 (prorrogando su contrato en múltiples ocasiones), y don Onofre Sotomayor Díaz ingresó a prestar funciones con fecha 22 de septiembre de 2010. Ambos expresan que su desempeño y calificaciones siempre fueron excelentes.

Durante los últimos días del mes de abril del año 2014 se les comunicó extraoficialmente que por órdenes expresas de don Octavio Sotomayor Echeñique, demandado en autos, serían desvinculados de la institución a partir del día 31 de mayo del mismo año.

La demandante hace presente además que, habiendo consultado el motivo de la desvinculación, el SR. Christian Suarez Parrao (Director Regional de INDAP), le dijo directamente que éste no era laboral, dejándole entrever que se debía a la colaboración que ella le había prestado al Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echeñique.

Por su parte, don Onofre Sotomayor Díaz, expresa que su desvinculación obedeció exclusivamente a una motivación política, ya que este ingresó al Servicio durante el Gobierno del Presidente Piñera, contrario a la nueva administración.

En virtud de lo anterior, solicitan que se acoja la presente acción, y se ordene que sean restablecidos en sus respectivas funciones a contrata, haciéndolas perdurar

hasta el día 31 de diciembre de 2014 (fecha original de vencimiento). En subsidio, solicitan que se ordene a INDAP pagar sus remuneraciones hasta el día 31 de diciembre de 2014, con costas.

**Defensa del denunciado.** El denunciado solicita que se desestime la acción, declarando que no ha existido discriminación alguna, toda vez que poner término a las contrataciones antes del 31 de diciembre de cada año es una clara y definida facultad del Jefe de Servicio, la que está contemplada en el Estatuto Administrativo. Además, hace presente que el término de ambas contrataciones tuvo como fundamento que los servicios ya no eran necesarios, lo que está incluido en la génesis del acto administrativo.

Por estos motivos, señala que lo expuesto por los actores es aventurado e infundado, negando que exista en la especie discriminación alguna, y subrayando que la única razón por la que se puso término a las contrataciones es la que aparece en sus respectivas resoluciones y no otras.

**Pronunciamiento del Tribunal.** El Tribunal rechaza la presente denuncia, expresando en primer término que el organismo gubernamental contaba con las facultades necesarias para ponerle término anticipado a las contrataciones de marras, y que, por tanto, el análisis debería centrarse en si el ejercicio de dicha potestad se realizó con arreglo a la ley.

En ese sentido, el sentenciador estimó que el motivo que esgrimió la autoridad para dar por terminadas ambas contrataciones, esto es, “que los servicios ya no son necesarios”, es un motivo absolutamente plausible y suficiente, en cuanto se encuentra en armonía con la naturaleza jurídica que tienen los empleados a contrata, y con las resoluciones de nombramiento y prórrogas de las contrataciones referentes a los demandados (cuyo fundamento es precisamente “la necesidad del servicio”).

Por último, el sentenciador estima que de la prueba rendida por las partes no es posible acreditar que la decisión del ente administrativo responda a una ideología u opinión política en particular, como lo manifestó la actora.

Cabe tener en consideración que esta sentencia fue apelada por los recurrentes, y que en la actualidad dicha apelación acaba de ingresar a la Corte para su vista y fallo.

**Comentarios.** En esta sentencia el legislador rechaza la acción de los actores bajo la misma lógica de La Corte de Apelaciones de Temuco en la causa rol C-3262-2014, caratulada “García con Sotomayor”, respecto del término de las contrataciones de determinados funcionarios de INDAP, por supuestos motivos políticos.

A este respecto, el sentenciador ha señalado que al estar facultado el Jefe de Servicio por el Estatuto Administrativo para terminar las contrataciones antes del 31 de diciembre de cada año, basta esgrimir como fundamento suficiente de la desvinculación las “necesidades del servicio”. En ese sentido, parece ser que existiendo esta facultad legal – y cumpliendo con la citada fórmula de justificación- el acto es legal y justificado per se, no teniendo el Tribunal la potestad de indagar sobre el fundamento real que motivó el ejercicio de dicha facultad por parte de la autoridad. Lo anterior se evidencia a partir, por ejemplo, de la propia prueba rendida por las partes, ya que esta en caso alguno tiende a acreditar que efectivamente se procedió a la desvinculación de los denunciados “por necesidades del servicio”, debiendo ser este uno de los puntos de prueba relevantes; muy por el contrario, la prueba rendida consiste en contratos, prórrogas, calificaciones de los actores, etc., todo lo que, a nuestro juicio, en ningún caso va a lograr acreditar que existió una discriminación política explícita, sino que viene a reafirmar, únicamente, el mérito que estos tenían para seguir prestando funciones, sin que esto desvirtúe la justificación ofrecida por el denunciado – “necesidades del servicio”-.

Dicho de otra manera, nos parece que el sentenciador ya ha considerado “a priori” que en caso de términos anticipados de las contrataciones el Jefe de Servicio está actuando de manera legal y razonable –por ser esta una facultad que le asiste- y por tanto no va a indagar durante el procedimiento en las motivaciones reales que lo llevaron a desvincular a los funcionarios, sobre todo, habida consideración de que tanto la Contraloría General de la República como la Corte Suprema han establecido la fórmula para que estos actos se ajusten a la “legalidad”, sin exigírsele a los órganos administrativos que justifiquen de qué índole es “la necesidad del servicio” (presupuestaria, curricular, etc.) que importa el despido de determinados trabajadores.

En nuestra opinión, esta línea jurisprudencial es reprochable, toda vez que permite mediante una fórmula genérica el despido de cientos de funcionarios públicos anualmente, de manera totalmente arbitraria e injustificada, ya que en caso alguno el sentenciador se acercó siquiera a evaluar si efectivamente era una necesidad del servicio desvincular a cada uno de esos trabajadores.

## **Ficha N°15**

**Causa Rol: C-10.527-2014 ("LETELIER con AMARALES").**

**Tribunal: 10° Juzgado civil de Santiago.**

**Partes:** -Denunciantes: (i) María Paulina Baudent Donoso; (ii) Carolina Bustos Torres; y, (iii) Luis Serey Provoste.

-Denunciado: Servicio Nacional Para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), representado por su Directora doña Lidia Magdalena Amarales Osorio.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido.** Terminó anticipado de las contrataciones de los demandantes.

**Categoría sospechosa invocada.** Ideología u opinión política.

**Derechos fundamentales vulnerados.** Art. 19 N°16 y 24 de la Constitución Política de la República (Derecho al Trabajo y de Propiedad, respectivamente).

**Antecedentes.** Las recurrentes ingresaron al Servicio bajo la Administración del ex Presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, desempeñándose en calidad de asesoras del área de gestión territorial, y el denunciante como jefe de la misma, obteniendo elevadas calificaciones en el despliegue de sus funciones.

Pese a lo anterior, con fecha 20 de marzo de 2014 se les comunicó su desvinculación del Servicio, fundado en "las necesidades" del mismo, sin perjuicio de que, según ellos, esta solo estuvo motivada por razones políticas.

**Defensa del denunciado.** El denunciado solicita se rechace la acción toda vez que los actos denunciados no constituyen actos de discriminación arbitraria en contra de los denunciantes, sino que obedecen únicamente al ejercicio de las facultades que la

ley concede a los diversos órganos y servicios que integran la Administración del Estado, fundada la decisión en la falta de necesidad de los servicios. Además, hace hincapié en la naturaleza jurídica de los empleos a contrata, esto es, esencialmente transitorios, tal y como ha sostenido la jurisprudencia administrativa.

**Pronunciamiento del Tribunal.** El sentenciador rechaza la acción interpuesta por los demandantes, fundado en que se trata del ejercicio de una facultad legal, debidamente justificada en razones de buen servicio, y, por tanto, contrario a toda arbitrariedad.

Dicho pronunciamiento es confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Comentarios.** En relación con estos autos, nos remitimos a las observaciones ya formuladas a propósito de los términos anticipados de contrata.

## **Ficha N° 16**

**Causa Rol: C-407-2015 ("GIACAMAN con MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN").**

**Tribunal: 3° Juzgado Civil de Concepción.**

**Partes:** (i) Denunciante: Ahmed Giacaman Monsalve

(ii) Denunciado: Ilustre Municipalidad de Concepción, representada legalmente por su alcalde don Álvaro Ortiz Vera.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Notificación del decreto DEM-PER N° 3242, de fecha 29 de octubre de 2014, en el cual se le indica su desvinculación del municipio a partir del 31 de octubre de 2014, por motivos de salud incompatible con el desempeño del cargo.

**Categoría sospechosa invocada:** Ideología u opinión política, sindicalización o falta de este y enfermedad.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** Artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República.

**Antecedentes:** Don Ahmed Giacaman entró a trabajar en la Dirección de Administración de Educación Municipal de Concepción el año 1990, bajo el cargo de

Docente Coordinador de Educación extraescolar. Tenía dos subalternos a su cargo que lo ayudaban en la labor hasta el año 1998, luego de lo cual estuvo ejerciendo el cargo sin ayuda hasta el año 2013 en el cual se le asignaron dos ayudantes. En el periodo de dos años (2013-2014) don Ahmed presentó una serie de licencias médicas, que sumadas excedían los 6 meses de licencia médica que se permiten a los funcionarios municipales dentro del plazo de dos años. Estas licencias se debieron, y conforme lo indica la parte demandante, al estrés laboral y cuadros de ansiedad y pánicos desarrollados por lo mismo, es decir licencias psiquiátricas.

Producto de lo anterior, el día 28 de octubre de 2014, se dictó el Decreto N°3242 por medio del cual el alcalde de la comuna de Concepción, don Álvaro Ortiz Vera, dispuso la vacancia del cargo que servía el demandante, a contar del del 31 de diciembre de 2014, fundado en el hecho de haberse configurado a su respecto lo dispuesto en el artículo 72 letra h) de la Ley N° 19.070, en relación a los artículos 144 del Reglamento de la Ley N°19.070; y lo dispuesto en los artículos 1454 letra c), 147 a) y 148 de la Ley N°18.883 que aprueba el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales. En dicho decreto se indicó que los hechos que configuran la aplicación de vacancia consisten en el uso por parte del funcionario de un total de 268 días de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable, por lo que se considera que su salud es incompatible con el desempeño de su cargo.

El día 29 de octubre de 2014, el demandante tomó conocimiento del Decreto N°3242, a través del cual se le informó su desvinculamiento.

**Defensa del denunciado:** Solicita se rechace la acción, toda vez que fue impetrada de forma extemporánea, pues no fue deducida dentro de los 90 días corridos que establece la Ley N° 20.609, ya que el demandante tomó conocimiento del supuesto acto arbitrario el día 29 de octubre de 2014 y la demanda le fue notificada con fecha 17 de febrero de 2015 excediéndose el plazo, por lo que debe ser rechazada.

En cuanto al acto discriminatorio denunciado, manifiesta que se está denunciando como acto discriminatorio arbitrario una facultad legal entregada al Alcalde. Es así, como en base a los artículos 72, Letra h) Ley N° 19.070; 144, letra h) del Reglamento de la Ley N°19.070; 144, letra c); 147 letra a); y 148 todos de la Ley N° 18.883, se



establecen las causales en las que los docentes municipales dejan de pertenecer al municipio cuando tienen salud incompatible con el cargo y se declara la vacancia del mismo. Además, señala que, el Alcalde conforme a la normativa anteriormente señalada, puede considerar como “salud incompatible” cuando se hace 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, cuestión que se hizo en el caso sub lite.

Afirma, además, que el acto discriminatorio indicado por la parte demandante habría sido incausado, ya que el demandante no hace alusión al motivo que habría inducido a la conducta discriminatoria arbitraria denunciada, tan sólo efectúa una descripción de los hechos.

En consecuencia, no hay discriminación ni mucho menos es arbitraria, pues el actuar de la I. Municipalidad de Concepción obedece al ejercicio de una facultad establecida por la ley, por lo que no hay arbitrariedad ni falta de justificación. Es más, añade que mientras las normas que sustentan el acto administrativo se encuentren vigentes, difícilmente podremos estar frente a un acto de la naturaleza descrita en el artículo 2 de la Ley N°20.609, pues se requeriría una modificación legal para ello.

Finalmente, y en relación a la petición subsidiaria de indemnización solicitada por la parte demandante, esta no se contempla por la Ley N°20.609 debiendo ser rechazada.

#### **Pronunciamiento del Tribunal:**

(i) **Primera Instancia:** Conforme a lo analizado, en primer lugar, cabe mencionar que el artículo 5 de la Ley N°20.609 estatuye que la acción en estudio deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u conocimiento cierto de ella, entendiendo este tribunal que cuando la norma utiliza la expresión “deducida”, se refiere al trámite material de interposición de la demanda, mas no a su notificación, por lo que debe ser rechazada la defensa de la demandada en cuanto a considerar la acción como extemporánea.

En cuanto al acto discriminatorio arbitrario en cuestión que el demandante describe y busca sancionar, hay que señalar que el actor hace consistir la arbitrariedad denunciada en tres circunstancias: aplicar lisa y llanamente una norma permisiva (no

imperativa) para poner término a funcionarios sin atender ningún factor; aplicar una medida distinta (discriminación negativa) al demandante por sobre otros docentes, sin respetar acuerdo de no desvinculación; y no sopesar el estado de recuperación de salud del demandante ni la carrera funcionaria, eficiencia y eficacia en el desempeño del cargo, así como los logros obtenidos, conculcándole el derecho a la igualdad y la salud. Sin embargo, no cuidó expresar el motivo de la supuesta discriminación tal como sería por ejemplo señalar algunas de las categorías sospechosas establecidas en el art. 2 de la Ley N°20.609.

En consecuencia, no bastaba la descripción de un hecho, en la especie una exclusión, sino que se requería además explicitar las razones de esa conducta. Al no recurrir con esas precauciones deja a este sentenciador en la imposibilidad de poder determinar si el hecho denunciado tiene o no motivación discriminatoria.

Finalmente, aun cuando se pudiese haber soslayado lo antes indicado, igualmente la acción intentada habría de ser desestimada, toda vez que la decisión alcaldicia de declarar la vacancia del cargo del demandante se enmarca dentro de un conjunto de disposiciones legales que admiten tal posibilidad.

Por tanto, se rechaza la alegación de extemporaneidad opuesta por la demandada; se rechaza la demanda en todas sus partes y se condena en costas a la denunciante por carecer de todo fundamento la acción de autos, además de la obligación de tener que pagar una multa a beneficio fiscal equivalente a 2 UTM.

**(ii)Segunda Instancia:** Apelada la sentencia por parte de la denunciante, la Corte la confirmó en todas sus partes, salvo en lo que respecta a la sanción de 2 UTM realizada al denunciante, considerando que la demandante si tenía motivos plausibles para interponer la demanda.

**Comentarios:** Nuevamente esta sentencia da cuenta de lo que hemos podido observar en la mayoría de las sentencias en las que se ha impugnado un acto administrativo: El rechazo de la acción deducida en esta sede, se produce en términos generales, porque, por un lado, existe el Estatuto Administrativo y otras normas de carácter especial que regulan la situación de los Funcionarios Públicos y en las cuales no se contempla el ejercicio de esta acción en sede judicial. Por otra parte, debido a la existencia de dichos cuerpos normativos y disposiciones

especiales, pareciera ser incómodo e incluso invasivo para los Tribunales entrometerse en la actividad de los Órganos de la Administración del Estado, que precisamente por corresponder a un poder distinto, tiene una actividad y regulación propia, independiente y diversa de los otros poderes del Estado.

Merece también un punto de atención lo que se recabe de lo expuesto por el demandado, en cuanto denota una comprensión errónea de la normativa de no discriminación y la inexperiencia de los abogados por abordar materias tan específicas y de gran relevancia, ya sea por falta de capacitación o por errónea implementación de la misma. Efectivamente, conforme a la formulación hecha por el demandante en su demanda del acto o hecho discriminatorio, no es posible identificar la configuración del mismo, ya que el demandado tan solo relata hechos que a simple lectura demuestran una correcta aplicación de la normativa administrativa, no precisando o indicando antecedentes que pudiesen suponer un actuar discriminatorio. Más aun, el denunciante, obvia hacer una vinculación a alguna de las categorías sospechosas enumeradas en el artículo 2 de la Ley N° 20.609. Esto último no debiese ser impedimento para acoger una acción de no discriminación, no obstante ello, el denunciante, debiese precisar a qué factor se debió la discriminación, no importando si se encuentra dentro de las categorías sospechosas enumeradas o no.

#### **Ficha N°17**

**Causa Rol: C-965-2015 ("DE LA CRUZ con GOBIERNO REGIONAL DE ARICA Y PARINACOTA").**

**Tribunal: 2° Juzgado de Letras de Arica.**

**Partes:** (i) Denunciante: Pablo de la Cruz Zepeda Castro.

(ii) Denunciado: Gobierno Regional de Arica y Parinacota, representado por su Presidente e Intendente don Emilio Rodríguez Ponce.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Memo N° 054/2014 de fecha 28 de noviembre de 2014, por el medio del cual se le informa que su contrato no será renovado.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por ideología u opinión política.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** Art.19 de la CPR N°s 16 y 24.

**Antecedentes:** Don Pablo de la Cruz ingresa a trabajar al servicio del Gobierno Regional de Arica y Parinacota, en el Departamento de Planificación, en el año 2011. Durante el año 2013, con fecha 29 de agosto y por medio del MEMO E-14292/2013, presenta denuncia ante la Contraloría Regional, enviando antecedentes por supuesta irregularidad detectada en el Proyecto (FIC P7) en el período en el que se desempeñaba como rector don Emilio Rodríguez Ponce. La denuncia trajo como consecuencia que con fecha 23-01-2014 la Contraloría General de la República ordenara al GORE instruir un procedimiento disciplinario.

Posteriormente con fecha 15 de marzo de 2014, asume como intendente el ex rector de la Universidad de Tarapacá don Emilio Rodríguez, quien toma represalias en contra del denunciante debido a la denuncia realizada por este en su momento en contra de la Contraloría. Con fecha 23 de abril de 2014, le fue notificado, por instrucción del Sr. Rodríguez, que a contar del 01 de mayo de 2014 sería desvinculado del servicio y en igual fecha se le obligó a tomar sus vacaciones pendientes del período 2014. Ante estas circunstancias el demandante decide presentar un reclamo ante la Contraloría el día 02 de mayo de 2014, basándose en que en su nombramiento a contrata el 20 de diciembre de 2013 la autoridad firmante validó su permanencia, sin cláusula que ponga término a la contrata de forma anticipada. A raíz de lo anterior, en virtud de la solicitud de antecedentes por parte del Gobierno Regional el 05 de mayo, es que se le solicita por parte del jefe subrogante que se reintegre a su trabajo, aduciendo que su despido fue un error.

Una vez reintegrado, el demandante aduce que entre mayo y diciembre de 2014 es objeto de persecución política por parte de la jefatura de forma sistemática, cuestionándose la circunstancia de haber pertenecido al partido político UDI. Ejemplo de estos tratos de persecución fue sin duda el hecho que haya sido dejado sin oficina y sin proyectos para realizar, que se le haya nombrado como coordinador de la

estrategia regional ante las Naciones Unidas (PNUD) situación que fue revocada en julio de 2014, etc.

Indica finalmente, que, tras ser calificado en lista de distinción, se le notificó el día 28 de noviembre, por medio del memo N° 054/2014, que su contrato no sería renovado.

**Defensa del denunciado:** El demandado solicita el rechazo de la demanda, señalando que jamás realizó persecución alguna en contra del demandante, agregando que los hechos señalados en la demanda no configuran una discriminación arbitraria por cuanto el hecho que al demandante no se le haya renovado su contrata se encuentra dentro de las atribuciones propias de cada Servicio, conforme al artículo 10 del Estatuto Administrativo.

Además, alega que el plazo para ejercer la acción contemplada en la Ley N° 20.609, se encontraba vencido, atendido a que el propio demandante reconoce que tomó conocimiento de que no se le renovarían su contrata mediante el Memorandum N° 54/2014 de 28 de noviembre de 2014, por lo que, al momento de presentar su demanda, esto es, el día 31 de marzo de 2015, el plazo de 90 días estipulado en el artículo 5 de la precitada ley, había transcurrido con creces y la acción ha caducado.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i)Primera Instancia:** Que conforme a lo que dispone la Ley N° 20.609 en su artículo 5° la acción deberá ser deducida dentro de los 90 días contados desde la ocurrencia de la acción u omisión, o, desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. Conforme a lo anterior corresponde analizar en primer término la caducidad de la acción, en tanto requisito procesal de la acción intentada. Que en este contexto y al haber reconocido el actor que ha tomado conocimiento de que su contratación no sería renovada -acto que se busca impugnar- el día 28 de noviembre de 2014, y la demanda fue presentada el día 31 de marzo, es forzoso concluir que la acción incoada al momento de presentarse la demanda, se había extinguido por caducidad y en consecuencia la demanda intentada debe ser desestimada.

En consecuencia, se rechaza en todas sus partes la demanda deducida y no se condena en costas a la demandante por haber tenido motivo plausible para litigar.

(ii)**Segunda Instancia:** Habiéndose apelado la sentencia por parte del denunciante, esta fue confirmada por la Corte de Apelación en vista y considerando la extemporaneidad de la acción.

**Comentarios:** Como hemos podido venir observando en los análisis previos, la acción de no discriminación ha sido empleada por los funcionarios públicos como una especie de salvavidas ante supuestos actos discriminatorios por parte de la Administración. Los tribunales civiles, más que aplaudir esta iniciativa, tienden a abocarse exclusivamente a la regulación especial de estos empleados, evitando mayor análisis de fondo con respecto a la existencia o no de un actuar discriminatorio, y apegándose o sustentando su análisis más bien en normativa procesal en cuanto al estatuto aplicable que les asiste a estos empleados.

Lamentablemente en el caso en particular, se obvia cualquier análisis de fondo en tanto la acción fue deducida extemporáneamente, cuestión que naturalmente abre un nuevo flanco de reflexión en torno a esta acción. En ese sentido, atendida la presente sentencia –que a nuestro juicio mostraba a lo menos indicios de un acto discriminatorio- no podemos sino cuestionarnos si el plazo de 90 días contemplado en la ley para la interposición de la acción es suficiente y favorece a los denunciantes para hacer valer su derecho a no ser discriminado. Convendrá, para efectos de un análisis más en profundidad, considerar que igualmente otros recursos cuyo objeto es la Protección de Garantías Constitucionales tienen plazos breves de interposición (por ej., el Recurso de Protección que tan solo confiere un plazo de 30 días).

## **Ficha N° 18**

**Causa Rol:** C-4411-2015 ("RODRIGUEZ con SERVICIO NACIONAL DE TURISMO SERNATUR").

**Tribunal:** 6° Juzgado Civil de Santiago.

**Partes:** (i) Denunciante: Eduardo Antonio Rodríguez Fernández y Marco Antonio Prado Román

(ii) Denunciado: Servicio Nacional de Turismo (desde ahora en adelante SERNATUR), representado por su Director Nacional Omar Hernández Alcayaga.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Notificación verbal practicada los días 27 de noviembre y 28 de noviembre a don Marco Prado y Eduardo Rodríguez, respectivamente, de la no renovación de su contrato para el periodo 2015, teniendo lugar la finalización de sus servicios el día 31 de diciembre del mismo año.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por apariencia personal.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** Art. 6, 7 y artículo 19 de la CPR N°s 1,2 y 16.

**Antecedentes:** Don Eduardo Rodríguez ingresó a trabajar al SERNATUR como informador Turístico el día 01 de noviembre de 2007, bajo la forma de empleo a honorarios, la que fue modificada con fecha 01 de enero de 2009 en la figura de empleo a contrata, desempeñando tales funciones hasta el 31 de diciembre de 2014, producto de la notificación de no renovación de contrato, hecha verbalmente por la señora Solange Fuster, Sub Directora de Marketing, el día 28 de noviembre del 2014. Del mismo modo, don Marco Prado ingresó al servicio referido como informador turístico con fecha 02 de marzo de 2006, bajo la figura de empleo a honorarios, la cual con fecha 01 de enero de 2009 fue modificada por régimen laboral a contrata, que es terminada con fecha 31 de diciembre de 2014, producto de la notificación de no renovación de contrato, verbalmente por parte de la señora Solange Fuster, sub-Directora de Marketing, con fecha 27 de noviembre.

Ambos trabajadores fueron calificados consecutivamente con altas calificaciones, demostrando la experiencia que adquirieron en su trabajo.

Cabe mencionar que la señora Solange Fuster fue ascendida a tal cargo durante el mes de marzo del año 2014, luego de años de trabajo junto a los denunciados, época en la que expresó una actitud desdeñosa y despectiva hacia ellos. Los denunciados esgrimen que, al momento del despido, la señora Fuster les hace saber que este procede debido a que no respetan las normas institucionales, y que asimismo, no se ajustan a la nueva imagen que la entidad demandada quiere proyectar, confirmándose la sospecha de que la actitud despectiva de la señora

Fuster hacia los denunciantes se debía a su apariencia personal, ya que ambos llevan el cabello largo.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se declare inadmisibile la acción, señalando por una parte que, a partir del año 2012 la entidad demandada generó un modelo de oficinas de información turística que rige para el territorio nacional, definiendo un estilo específico de atención. Con la implementación de este modelo se crearon los cargos de Coordinadores de Oficina de Información Turística (OIT). Con respecto a las dependencias de la OIT central, conviene mencionar, que estas se encuentran ubicadas en un espacio contiguo a la Dirección Nacional de Turismo, lugar donde los demandantes desarrollaban sus funciones, por lo que la relación de dependencia de las OIT y su personal, respecto de la Subdirección de Marketing, queda supeditada exclusivamente a aspectos de índole administrativo. De esta forma, no son efectivos los hechos alegados por los demandantes, por cuanto la señora Fuster nunca ha desarrollado labores en las Oficinas de Información Turística de Sernatur, siendo su contacto con los funcionarios de la OIT, y por ende con los denunciantes, de carácter esporádico y casual, por lo que carece de todo sustento lógico que dicha funcionaria hubiese tratado de forma desdeñosa y poco amistosa a funcionarios con los que no compartía labores ni dependencias, como son los actores.

Declara, además, que rechaza en todas sus partes los dichos de los demandantes referidos a acciones de discriminación, por cuanto, el término de las contrata operó por el sólo ministerio de la ley, es decir, por la llegada del plazo legal que fue establecido en la resolución que los contrataba, según los artículos n° 146, letra f) y 153 del DFL N° 29 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el Texto Refundido Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834. Es menester recalcar que esta situación era completamente conocida por los demandantes.

Finalmente, en cuanto al aspecto físico de quienes se desempeñan en Sernatur, informa que existen funcionarios que detentan pelo largo, “rastas dreadlocks”, barba, aros o piercing, y tatuajes, lo que jamás ha sido un impedimento al correcto desarrollo de las funciones que les han sido encomendadas.

**Pronunciamiento del Tribunal:**



**(i) Primera Instancia:** Según lo reflexionado por el Tribunal, siendo de cargo de los demandantes aportar las probanzas necesarias a fin de acreditar los supuestos fácticos en los que estriban su pretensión, el tribunal estima que no ha podido acreditarse de manera indefectible que el hecho de no haberse renovado las referidas contrataciones de los actores de marras haya derivado de una decisión meramente antojadiza de su superior directa y que, a raíz de ella, se haya verificado una transgresión a los derechos fundamentales preceptuados y abrigados por la Carta Fundamental. Tanto de la prueba documental como testimonial, no es posible extraer que la señora Fuster haya incurrido en el acto discriminatorio de comunicar a los demandados que no se les renovará el contrato por ser “malos elementos” y por su apariencia personal, ya que los testigos habrían obtenido su conocimiento de los hechos del caso, tanto por terceros, como por antecedentes proporcionados por los mismos demandados. Por consiguiente, se estima que la denuncia incoada carece de todo fundamento, por no haberse acreditado de manera suficiente los hechos basales que deben sustentar la demanda.

A esto se suma que, fluye de los antecedentes aportados por ambas partes, que la no prórroga de los contratos de los demandados habría ocurrido por los efectos preceptuados en el artículo 9 de la Ley N° 18.834 -que establece el Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos- esto es, por la llegada del plazo del término de su contrato acaecido el 31 de diciembre del año 2014 y por el solo ministerio de la ley.

En consecuencia, y atendido lo expresado precedentemente, no cabe sino rechazar la acción sub lite puesto que no aparecen configurados los elementos inherentes necesarios para determinar la existencia de una discriminación arbitraria.

Por tanto, se rechaza en definitiva la acción incoada en autos en todas sus partes. Además, se condena a las partes demandantes a pagar una multa de 2 UTM a beneficio fiscal, por haber incoado esta acción careciendo de todo fundamento. No obstante haber sido vencida la parte demandante, no se la condena en costas.

**(ii) Segunda Instancia:** En el caso en cuestión se dedujo apelación por parte de los denunciados, que actualmente se encuentra en trámite.

**Comentarios:** Haciendo referencia a lo ya dicho y visto, pareciera ser que el empleo de la acción de no discriminación se usa ampliamente por los funcionarios públicos, que se encuentran sujetos al sistema de contrata, para hacer valer sus derechos a no ser despedidos por supuestos actos discriminatorios. No obstante ello, la tónica en materia de resolución por parte de los tribunales es no aceptar las acciones deducidas por trabajadores sujetos al régimen de contratación de este tipo, en vista y considerando que se encuadran dentro de un estatuto bastante claro y específico, y con normas de regulación distintas a aquellas que regulan las materias respectivas en el ámbito laboral y civil. De hecho, en el caso en particular, de forma excepcional, este tribunal hace un análisis conforme a los criterios de procedencia de la acción de no discriminación establecidos en la Ley N° 20.609, a diferencia de varios otros que simplemente se atienen al análisis de las leyes administrativas y no consideran necesario hacer referencia a esta normativa.

Como ya hemos referido anteriormente, resalta en este caso también el dilema probatorio, estimando nosotras que, definitivamente debiese ser uno de los aspectos a considerar como mejoras de la Ley Zamudio.

## **Ficha N° 19**

**Causa Rol:** C-8602-2016 ("GUTIÉRREZ con RED DE TELEVISION").

**Tribunal:** 12° Juzgado Civil de Santiago.

**Partes:**

- (i) Denunciante: Ignacio Gutiérrez Castillo.
- (ii) Denunciado: Sociedad RED TELEVISIVA CHILEVISIÓN S.A., representada por su Director Ejecutivo, don Francisco Jorge Mandiola Allamand.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Reuniones en las cuales se le habría solicitado potenciar una conducta más homosexual conforme a su orientación sexual, y en las cuales además, se le informa que se integrará un nuevo animador al matinal que potenciara la heterosexualidad que el demandante no podría lograr debido a lo

anterior, queriendo generarse una nueva dinámica de grupo, conformado por la animadora Carolina de Moras, el nuevo animador -como “pareja heterosexual” e Ignacio Gutiérrez, como figura “homosexual” .

**Categoría sospechosa invocada:** Orientación sexual.

**Derechos Fundamentales vulnerados:** Artículo 19 N° 1, 2 y 4 de la CPR.

**Antecedentes:** Don Ignacio Gutiérrez entra a trabajar en el año 2003 a Red Televisiva Chilevisión S.A. (de aquí en adelante “Chilevisión”), trabajando como panelista del programa denominado “Sálvese Quien Pueda” hasta el año 2011, para pasar a ser su conductor en el año 2012. En el año 2013 comienza con un reemplazo en el matinal del mismo canal, logrando levantarlo hasta los primeros lugares de sintonía. Además de lo anterior, fue conductor por siete años del exitoso programa denominado “Primer Plano”, del programa “Sin Vergüenzas”, del programa de corte social “Ha Llegado Carta”, entre otros varios más. Asimismo, estaba desde el 2015 al aire, en la señal de CNN Internacional como colaborador para dos programas.

Indica que, en el mes de noviembre de 2015, Chilevisión le había renovado su contrato como conductor, por el período de dos años, desde el 1 de enero 2016, al 31 de diciembre de 2017.

No obstante lo anterior, habría sufrido por parte de la administración del canal una actuación discriminatoria. En este sentido señala que, luego de la salida de don Jaime de Aguirre de la Dirección Ejecutiva de Chilevisión en el año 2015, éste habría sido reemplazado en dicho cargo por don Francisco Mandiola Allamand, junto con quien, los controladores del canal -la empresa norteamericana Turner Broadcasting System- habrían nombrado como su “Asesor Estratégico” al ciudadano alemán, Sr. Holger Roost-Macías.

Durante el mes de diciembre de 2015 y de enero de 2016, habría sostenido un par de reuniones con el Sr. Roost-Macías, en las que se hablaría de su trabajo en el canal, pero en las cuales se le habría indicado que debía “jugar más con su homosexualidad”, cuestión que estimó fuera de lugar. Específicamente el día martes 1 de marzo de 2016 se habría citado a los principales encargados del programa de “El Matinal de Chilevisión” a una reunión con el Sr. Holger Roost-Macías. En dicha reunión el Sr. Roost-Macías habría tomado la palabra y habría presentado a una

persona, don Fernando Gómez-Rovira, actor, quien ayudaría realizando “coaching” para llevar a cabo ciertos cambios, que, conforme a él y la administración, se requerían en el programa. Estos cambios consistían principalmente, basados en estudios, en que se incorporaría al matinal al Sr. Rafael Araneda para la función de conductor en modalidad de dueño de casa heterosexual, y para en consecuencia, generar una tensión sexual con la conductora del programa, doña Carolina de Moras, papel que se le informa al denunciante “por razones obvias tú no puedes serlo, porque eres homosexual”. Posterior a esto, el demandante habría concurrido a dos sesiones de coaching los días 2 y 3 de marzo de 2016. El mismo 3 de marzo el denunciante le solicita al Director de Producción y Operaciones de Chilevisión, que la empresa le termine de forma anticipada su contrato, debido a la incomodidad y pesar que le ocasionó esta nueva estructura y las solicitudes que fueron formuladas en torno a su sexualidad, encontrando una negativa a tal solicitud.

Finalmente, el día 4 de marzo se cita a una nueva reunión, indicándosele al demandante que no se le había discriminado, que simplemente los estudios demuestran que las personas se “sentirían incómodas con el estando dentro del closet”, por lo que se estaba buscando un juego de roles distinto, en donde Rafael Araneda sería el animador heterosexual de este hogar convencional, porque el objetivo era conquistar al público conservador. Ante esto, el demandante solicita al Director Ejecutivo presente que se le desvincule del canal porque nuevamente se le está discriminando y no se ha desautorizado la actuación discriminatoria del Sr. Roost-Macías. Se retira de la reunión y de las dependencias del canal y afirma que desde el día lunes 7 de marzo de 2016 se encuentra con licencia médica psiquiátrica debido al cuadro de ansiedad producido por lo relatado anteriormente.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita se declare inadmisibile la acción, toda vez que el relato del demandante no se ajustaría a la realidad. Afirma, que la única finalidad de su actuar, parecería ser desentenderse del contrato de prestación de servicios de su sociedad que tiene con Chilevisión, y de paso, buscar una forma que le permita injustificadamente exigir una indemnización de perjuicios, a la que no tendría derecho. Alega que Red de Televisión Chilevisión S.A. sería una empresa de propiedad de Turner Broadcasting System Inc. (en adelante el grupo Turner), y que

ambas compañías tendrían una trayectoria intachable y públicamente conocida, vinculada no sólo a la implementación de políticas destinadas a evitar la discriminación arbitraria, sino que también a la promoción positiva de la inclusión y el valor de la diversidad. Destaca que en su demanda el actor reconocería expresamente la concreción de los valores señalados y promovidos por Chilevisión. Es más, el canal tendría políticas de especial cuidado y respeto por el trato de la homosexualidad, lo que se demostraría en varios programas recientes. Añade, que el canal trabajaría y prestaría servicios diariamente, sin problemas ni hostigamientos de ninguna especie, a un número significativo de personas homosexuales, por lo que no podría hablarse de un ambiente hostil.

Afirma que el actor es “rostro” del canal y que estos por ser personajes relevantes de la TV y del mundo del espectáculo, tendrían una doble dimensión de interés público de sus vidas: la profesional y la emocional, cuestión de la cual el actor estaba en completo conocimiento y que claramente usó a su favor, haciendo conocida la demanda a los medios al día siguiente de su presentación.

Señala el canal, que el demandante ha tenido una gran trayectoria en Chilevisión y que es muy querido por todos los participantes del mismo, es más, se le considera como un “rostro” del canal, es decir, un personaje televisivo relevante, y como tal un activo del mismo, por lo que le parece extraño el actuar del denunciante.

Explica que los hechos que relata el actor no habrían ocurrido de la manera que él los expone y que más bien ocurrió lo siguiente: El matinal denominado “La Mañana” habría estado disputando el segundo lugar del rating televisivo, buscándose siempre por el canal mejorar tal situación, debido a que la mejora de rating tiene importancia para la captación de auspiciadores, por lo cual uno de los objetivos permanentes es aumentar los ratings. Dentro de este contexto, es que dentro de los primeros días de marzo se efectuaron las reuniones periódicas para repensar el programa y ver cómo sería posible mejorar el tema del rating. En esta reunión el Sr. Roost-Macías, habría propuesto varios elementos para mejorar la audiencia, basándose en un estudio de focus group realizado a televidentes en el año 2015 por la empresa BSV Bonding. Dentro de las propuestas, se planteaba la incorporación de un conductor adicional, Rafael Araneda, inclusión que se habría justificado por su buena actuación en el

Festival de Viña del Mar reciente y buscar con ello un mecanismo para generar un mayor dinamismo en la manera que debían relacionarse los conductores. Para ello, se ejecutaría las sesiones de coaching y se buscaría aprovechar la escenografía del matinal. En un inicio, el actor se habría mostrado tranquilo ante la propuesta de establecer esta especie de sitcom donde existiría una dueña de casa y un dueño de casa heterosexual, mas apenas se nombró que este rol lo iba a interpretar Rafael Araneda el denunciante adoptó una conducta completamente negativa, estableciendo de forma tajante que no iba a trabajar con Rafael Araneda. Destacamos que, y a diferencia de lo indicado en la demanda, el malestar del actor no se debió a comentario alguno sobre su orientación sexual, sino más bien con la figura de Rafael Araneda como nuevo integrante del matinal. Adicionalmente se indica, que el Sr. Roost llevaría recién unos meses en Chile y provendría de Alemania, cultura bastante distinta, y donde la gente se expresa directamente y sin eufemismo, lo que pudo haber ocasionado un mal entendido por parte del actor, ya que en ningún momento la nueva asignación habría significado la exclusión del demandante del programa. Por ende, para decirlo derechamente, el real motivo de la molestia del demandante habría sido la inclusión del señor Araneda en el matinal y no, en cambio, supuestos comentarios discriminatorios sobre su homosexualidad; estos en definitiva nunca habrían tenido lugar.

Efectivamente, y cuando se supo de la incomodidad del demandante se citó a una nueva reunión en la que el señor Roost-Macías explica que con su afirmación “por razones obvias él no podía ser el dueño de casa”, él no tenía intención, ni de ofender, ni de discriminar, sino que tan sólo asignar roles conforme a criterios de credibilidad, práctica que sería común y habitual en cine y televisión.

Adicionalmente, cabe hacer presente que el demandante se encuentra contratado por el canal, estableciéndose en su contrato una cláusula por la cual Chilevisión tendría el derecho unilateral, de en cualquier momento y sin previa notificación, darle término al contrato y a la relación laboral que el actor sostiene con en canal, por ende Chilevisión no tendría necesidad de explicar motivo alguno para su despido, bastando una notificación para ello, de lo cual se deduce que carece de toda lógica entonces, afirmar que el canal discriminó arbitrariamente al demandante cuando -en

rigor- si el tema de la orientación sexual hubiere sido efectivamente relevante, podría haber “sacado de pantalla” al demandante sin dar ningún detalle.

Por todo lo anterior, resultan inexplicable las imputaciones efectuadas por el demandante, ya que una acusación de esa naturaleza sería inconsistente con la dignidad y el trato que el actor por 14 años habría recibido del canal.

Relativo a la normativa aplicable, es menester hacer presente que no se cumplen los requisitos para dar curso a la acción de no discriminación. Para que exista un actuar discriminatorio se debe haber sufrido una distinción exclusión o restricción en algún derecho, cuestión que en el caso sub lite no ocurre y que el demandado tampoco logra explicar en qué consistiría tal. En el evento que se considere que si hubo una distinción, exclusión o restricción habría que atender a si esta se considera razonable. Aquí respondemos que el hecho de generar una nueva dinámica en el programa, representando una “familia convencional”, se condice con que, en televisión, buena parte del éxito de un programa dependería de la credibilidad que el público le asigne a lo que observa en pantalla, por lo que no resultaría en absoluto creíble que un homosexual desarrollara el rol de dueño de casa, siendo necesario asignarle un nuevo rol. En definitiva, no se estarían cumpliendo con los dos primeros requisitos del artículo 2 de la Ley N° 20.609.

Cabría también hacer un análisis en torno al tercer requisito, es decir, que la discriminación arbitraria sea hecha por agentes del Estado o particulares. En este caso, el denunciante culpa a un actor externo de Chilevisión y a este último lo culparía por omisión. En el mensaje del proyecto de la ley, se indica respecto de la omisión, que esta se entiende que ocurrió cuando por ley alguien está obligado a hablar y no lo hace, circunstancia que no se daría en la especie, debido a que no podría hacerse responsable a Chilevisión por afirmaciones formuladas por un asesor externo e independiente, sobre el cual no ejerce relación de subordinación y dependencia.

En relación a la carga de la prueba, sostiene que quien ha imputado actos de discriminación arbitraria a su representada es la parte demandante, de modo que sería esta quien debería acreditar todos y cada uno de los requisitos que la Ley N° 20.609 establece.

En definitiva, se estima que del análisis de tipicidad realizado quedaría de manifiesto que, aun en el evento en que los dichos del demandante fueran verídicos, los actos que describe no cumplirían con los requisitos establecidos por la Ley N° 20.609 para establecer que su representada ha incurrido en un acto de discriminación arbitraria respecto del demandante. Podría concluirse más bien, que la presente demanda constituiría un uso abusivo de la Ley en cuestión, para fines diversos de aquellos para los que fue promulgada.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

**(i) Primera Instancia:** Antes que todo, el tribunal estima necesario señalar que los antecedentes presentados por la parte demandada, en cuanto a que su conducta de tolerancia y respeto respecto de la homosexualidad y la diversidad ha sido intachable, resultan completamente irrelevantes en este caso. En efecto, lo que interesa dilucidar, es si existió un acto discriminatorio en relación al actor, en qué consistió el mismo, quien fue su autor y si le cabe responsabilidad al canal demandado en ello. La conducta anterior de éste último, su línea editorial, etc. no constituyen elementos de relevancia a la hora de despejar las incógnitas antes expresadas.

En relación al acto discriminatorio en cuestión, resulta claro e inobjetable que el canal demandado tiene el derecho de establecer el formato de los programas que produce, y en ese ámbito puede decidir si se incorporan personas, si se desvinculan a personas, o si se asignan nuevos roles a las personas dentro de los programas que emite. Incluso en el caso concreto y conforme a la lectura que se ha dado al contrato suscrito entre ambas partes, la demandada podría actuar de tal forma con respecto al actor y en esta línea, la introducción al programa de otro conductor no sería más que la evidencia de las facultades que el mismo contrato estipulaba a favor del canal televisivo.

Sin embargo, el análisis del documento relativo al estudio del “Focus Group”, permite arribar a una conclusión totalmente diversa de las afirmaciones efectuadas por la parte demandada, en cuanto a la necesidad de tener un conductor heterosexual en la figura de “dueño de casa” y conforme a los criterios de realidad que esto implica. En efecto el estudio en comento señala lo siguiente: “**Conductores:** Ignacio Gutiérrez y



Carolina de Moras. **Ignacio:** percibido como espontáneo, relajado y cercano con el público en general. **Carola:** aún en proceso de soltarse en cámara, presenta cierta rigidez y dificultad para mostrarse espontánea y tal como es. Mayor asociación de su rostro a programas estelares. **Química Conductores:** aún en proceso. No se perciben totalmente cómplices y alineados en cámara. [...] **Conductores:** Que les mejorarían a conductores? Ignacio: Mayor capacidad para hablar de sí mismo y acercarse al público desde su propia historia y realidad de vida. Presentaría una barrera intocable respecto de su vida privada y quienes conducen matinales tienden a presentar una posición más abierta de compartir su vida personal. Carola: Mayor espontaneidad y menor cuidado en que dice. Pareciera como que siempre está cuidando su imagen.” Conforme a lo anterior, claramente la figura del actor aparece validada ante el público del programa, pues estos lo perciben espontáneo y cercano al público. Es más, y en cambio, a la señorita Carolina de Moras se le es percibida más rígida y poco espontánea, precisamente lo contrario al actor. De lo antes señalado resulta muy claro que la figura del conductor varón del matinal no era la que representaba problemas para la audiencia, sino que muy por el contrario era la figura femenina la que presentaba problemas. Tampoco se advierte del estudio la necesidad de establecer una “tensión sexual” entre los conductores del programa o que el demandante asuma su orientación sexual. Tampoco se recomienda en el citado estudio la alternativa de traer un conductor heterosexual para potenciar el programa. Por ello, no resulta razonable que el canal haya introducido cambios en la asignación de roles de los conductores del matinal, en perjuicio del que, entre ambos, aparecía como validado ante la audiencia televisiva.

Entonces, si la intención del canal demandado no resulta razonable atendido los antecedentes aportados precedentemente, quiere decir que la decisión adoptada por éste en el sentido de traer a un conductor para el matinal que fuere heterosexual y que el actor asumiera “su identidad sexual”, resulta arbitraria, desde que, como se dijo, no se ajusta a criterios de razonabilidad, establecidos en el estudio contratado por el propio canal demandado.

Resulta claro también, en relación a la prueba presentada -especialmente la prueba testimonial-, de la cual se extrae que el demandante vivía su homosexualidad de

forma privada, no exponiendo su orientación sexual al público y habiendo muy pocas personas que supieran efectivamente que era homosexual, que el señor Roost-Macías transgredió el derecho a la intimidad que tiene todo habitante de la República, entre los cuales se encuentra el actor.

El actor reprocha también al canal que se habría lesionado su integridad física y psíquica, derecho garantizado por el artículo 19 N° 1 en nuestra Constitución Política. Este tribunal estima que es dable dar por establecido que se le ha producido un daño a la integridad psíquica del actor, conforme a la prueba documental presentada relativa al informe psiquiátrico, y a su actuar solicitando él la desvinculación del canal. No obstante lo anterior, el actor no ha logrado acreditar una lesión a su integridad física.

En relación al punto del rol que jugaría el señor Roost-Macías dentro del canal demandado, el tribunal estima, difiriendo de la postura del demandado, que una persona que pueda decidir los contenidos de los programas, la línea editorial de un canal televisivo, por sobre los Directores Ejecutivos y Productores de los programas, que son los habilitados contractualmente para ello, es una persona que ejecuta actos que resultan vinculantes para el Canal, lo que no hace sino confirmar que los actos del señor Roost-Macías obligan al canal demandado, contrariamente a lo afirmado por éste en su informe.

Es, por tanto, y desestimando las defensas esbozadas por el canal demandado, que este tribunal estima, que si hubo un acto discriminatorio arbitrario por parte del denunciado, por lo que se acoge la demanda, declarándose que existió en perjuicio del actor, don Ignacio Gutiérrez Castillo, un acto de discriminación arbitraria perpetrado por el demandado, Red de Televisión Chilevisión S.A., consistente en exigirle que asumiera un rol más explícito relativo a su condición sexual.

Atendidas las características del hecho, éste no puede dejarse sin efecto. Por lo que se dispone, además, que el canal demandado no podrá reiterar la conducta que en esta sentencia se ha tipificado como un acto de discriminación, esto es, no podrá exigir que el actor asuma en pantalla su condición de homosexual, en forma alguna. Finalmente, se condena al demandado al pago de una multa a beneficio fiscal de 25 UTM y a pagar las costas.

(ii) **Segunda instancia:** Apelada la sentencia definitiva por parte de la denunciada, la Corte confirma la sentencia de primera instancia, agregando lo siguiente: que los únicos hechos que han sido posibles probar, son los hechos de que en la reunión del 1 de marzo el señor Roost-Macías informa la reformulación del programa a la modalidad de una sitcom y que necesitaba una figura de dueño de casa que por razones obvias Ignacio no podía representar; en segundo lugar, que en esa misma reunión, se señala la necesidad de incorporar a un conductor heterosexual; y finalmente, que el actor potenciara sus gestos gay. Conforme a este tribunal, queda demostrado que el actor ha sido objeto de una discriminación, al excluirlo del rol denominado “dueño de casa” en el matinal, junto con buscar que se exprese de una manera distinta a aquella como hasta ahora lo había hecho.

A continuación, el tribunal estima que el acto discriminatorio carece de una justificación razonable por los siguientes motivos: a) Por los propios resultados del estudio del focus group, en el cual no se cuestiona la credibilidad del actor o la necesidad de potenciarla; b) El canal reconoce que en el contrato que mantiene con el actor, este podía desempeñarse como coanimador en el Programa “La mañana de Chilevisión” o aquel que lo reemplace o que Chilevisión determine, de modo que no se visualiza razón para tomar en consideración la orientación sexual del demandante para excluirlo de un rol y asignarle otro, que por lo demás, nunca quedó realmente definido dada las facultades del propio canal; c) Que al señalar la demandada que “el conductor podía expresarse así desde su identidad sexual” (fojas 64), implícitamente conlleva hacer pública su condición de homosexualidad, la que hasta entonces nadie había estimado necesaria para mejorar el rating del programa. A mayor abundamiento, la condición sexual del demandante no había sido expresada por el mismo, ni fue motivo de exposición pública por parte de éste, de manera tal, que exigirle, no sólo que lo manifestara sino que también acentuare de cierta forma un determinado comportamiento, evidentemente excede de toda razonabilidad; d) El propio canal reconoce en su escrito de apelación a fojas 423 que “[...] esta propuesta de roles no implica que un homosexual no pueda realizar el rol de un heterosexual. Sostener algo así sería francamente una tontería [...]”. Tales aseveraciones menos logran justificar el proceder del canal televisivo, pues entonces, si cualquiera puede

hacer cualquier rol no hay explicación para que el de “dueño de casa” obviamente – como se le dijo al demandante- no pudiera hacerlo él; y por último, e) Tampoco resulta proporcional lo pretendido por el canal, en orden a que el demandante no ejecutara el rol de dueño de casa y que se expresara desde su sensibilidad homosexual con el fin perseguido -cuál era la credibilidad de estos roles- pues hasta ahora, nadie percibía al animador como una persona poco creíble, tampoco el programa en su conjunto evidenciaba una falencia en este sentido. En consecuencia, potenciar la credibilidad podía obtenerse por otros medios distintos y menos invasivos, sin que se vea necesario acudir a la connotación sexual del demandante. En relación a lo dictaminado en cuanto a los otros argumentos, el tribunal de alzada señala encontrarse conforme a lo fallado por el tribunal de primera instancia, por lo que confirma la sentencia del mismo.

Se acuerda con el voto en contra de la Ministra Mireya López Miranda, quien estuvo por rechazar la demanda de que se trata conforme a las siguientes circunstancias: a.- Que es un hecho de la causa que la reformulación del Programa Matinal de Chilevisión no implicó desvincular al demandante de dicho Programa, tampoco que dejara de ser animador del mismo, ni menos que se pusiera término a su relación contractual con el Canal. b.- Que las conductas que se tuvieron por acreditadas en relación a Chilevisión y el demandante, esto es, asignarle un nuevo rol en el Programa del matinal, elegir a una tercera persona heterosexual para desempeñar el rol de “dueño de casa” y pretender que el actor se expresara desde su identidad sexual, no constituyen a juicio de la disidente una discriminación arbitraria que afecte alguna de las garantías constitucionales indicadas por el actor. c.- En efecto, la Constitución Política de la República garantiza a toda persona, institución o grupo el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, de esta manera tanto el actor como el demandante se ven tutelados por la Carta Fundamental. Dentro de esta perspectiva, así como el demandante reclama, entre otros, el respeto de su derecho a la vida privada y a la honra; el canal televisivo demandado exige su derecho al libre ejercicio de la actividad económica que desarrolla, de tal manera que es evidente que para que tales derechos puedan co-existir cada uno de sus titulares debe comprender que la vida en sociedad impone derechos y restricciones que permitan el

ejercicio pacífico de tales derechos. En este contexto, no existe impedimento legal alguno para que el Canal televisivo decidiera al amparo de la actividad que desarrolla reformular el matinal, incorporar un tercer animador a quien asignar un rol de “dueño de casa” y optar para ello por una persona heterosexual de acuerdo al perfil que se quería dar a dicho papel. d.- Que la asignación de un nuevo rol al demandante, no tiene la virtud suficiente de calificar tal decisión como arbitraria, máxime si al parecer, ni siquiera logró conocer específicamente la definición de este nuevo papel en el Programa, pues no lo detalla en su libelo y los testigos dela demandada dicen que no se logró su definición porque la reunión terminó con la discusión que se generó, cuya causa para los testigos de la demandante se debió a la discriminación que sentía el actor y para los testigos de la demandada por la incorporación al programa del animador Rafael Araneda. En efecto, Chilevisión tiene la libertad para entregar un rol de desempeño a una persona que no sea el demandante si considera que ésta puede representar mejor el papel que se pretende desde el punto de vista de credibilidad en la actuación, máxime si esa tercera persona ha desempeñado el rol de pareja televisiva de la otra animadora a quien era necesario fortalecer por existir falencias en su desempeño. De ese modo, la decisión adoptada puede explicarse tal como lo dice el Canal en una estrategia para obtener una mejor audiencia, sin que con ello se viole el ordenamiento jurídico vigente. e.- Que preferir al señor Araneda para representar un papel que pretende proyectar un carácter heterosexual frente a la animadora que haría como “dueña de casa”, no invade la esfera de privacidad del demandante, pues el Canal sabiendo la orientación homosexual del actor, decide no asignarle un papel para el cual cree que otro puede proyectarse como más creíble para la teleaudiencia, teniendo presente el contexto en que se desarrollan estas representaciones. f.- Que tampoco se probó que el nuevo rol asignado al demandante tuviera que ver con su homosexualidad, o que se le exigiera dejarla en evidencia pues no hay ninguna prueba que así permita siquiera presumirlo, más aún si en la propia demanda, según ya se dijo, no se especifica cuál era el rol que se le iba a encomendar. g.- Que en cuanto a que el canal pretendía que cada uno de los animadores se expresara desde su propia identidad sexual, esta Ministro tampoco ve con ello algún indicio de discriminación o algún tipo de distinción, restricción o

exclusión sino más bien un reconocimiento a la libertad de expresión, pues la afirmación que se le habría solicitado de potenciar los gestos gay como dice el demandante, a juicio de la disidente no resultó demostrada, ya que sólo habría correspondido a una indicación que según el demandante le habría hecho el coaching, quien no ha reconocido expresamente aquello. h.- Que si bien ha habido una afectación psíquica del demandante pues está con licencia médica, sin que se haya demostrado algún error en el diagnóstico médico, no es menos cierto que no ha logrado acreditarse con certeza cuál es la causa de dicha afectación pues ello puede deberse a que se introdujo un tercer animador al programa, o porque no se le dio el rol de dueño de casa, o por la explicación que se le extendió para incorporar al señor Araneda o porque el elegido era el señor Araneda o por algún otro motivo desconocido para este juicio. i.- Que en suma el actor no ha sido objeto de una discriminación arbitraria en los términos que entiende la Ley N°20.609 pues las conductas que se lograron demostrar se vislumbran razonables en el contexto que se dieron.

Actualmente se encuentra un recurso de casación en tramitación.

**Comentarios:** El análisis que hace el tribunal tanto de primera como de segunda instancia en este caso resulta emblemático debido, en primer lugar, a su gran connotación pública; en segundo lugar, al desarrollo y exposición de la materia de forma excepcional, tanto por ambas partes litigantes, como por parte de los tribunales de primer y segunda instancia; y finalmente, por la importancia que tiene la categoría sospechosa que se invoca en el caso de marras, dado que, conforme a lo conocido por la historia de la ley, ésta fue dictada ante la ocurrencia de ciertos hechos que marcaron a toda la sociedad -Caso de Daniel Zamudio- en el cual efectivamente la discriminación resultó ser por la “homosexualidad” del sujeto, por lo que evidentemente se constituye como aquella categoría sospechosa ante la cual los Tribunales están más alerta y son más receptivos ante situaciones de discriminación. De esta forma, el análisis es uno de los más completos realizados por los tribunales en esta materia. Existe un raciocinio lógico y una argumentación en materia probatoria clara y precisa, que permiten seguir el razonamiento del tribunal y ver demostrado la configuración del ilícito de una acción discriminatoria, dando paso en

este caso a un análisis pro trabajador, existiendo una especie de inversión de la prueba, al no poder haberse comprobado el demandado que su actuar discriminatorio era justificable y razonable, cuestión que a nuestro juicio parece la forma correcta de aplicación de la Ley N° 20.609 .

Resulta interesante por lo demás, ver más de cerca el análisis y argumentación del voto disidente. En su voto disidente, la Ministra considera que los hechos que se dieron por probados por el tribunal no son constitutivos de un actuar discriminatorio, sino más bien de la expresión de los derechos diferentes de ambas partes; por un lado, el derecho a la integridad psíquica y física, a la intimidad y a la honra entre otros; versus el derecho del Canal al libre ejercicio de su actividad económica. Ambos derechos fundamentales son dignos de protección y deben aprender a convivir en un equilibrio dentro de la sociedad. Conforme a esto, el Canal claramente estaba ejerciendo su derecho, y a opinión de la Ministra, dentro de un marco totalmente razonable, ya que en ningún momento se estipuló la salida del denunciante del programa, ni se alcanzó a definir el rol que este iba a interpretar dentro del mismo, y la solicitud efectuada en relación a expresar su sexualidad, se condice con el apoyo del Canal al reconocimiento de la libertad de expresión.

En nuestra opinión, el voto de minoría de la Ministra López Miranda da cuenta precisamente del paradigma que ha imperado hasta ahora en relación con la discriminación, sobre todo al momento de ponderar este derecho respecto de otros derechos fundamentales cuyo contenido es esencialmente económico o patrimonial. En efecto, el derecho a la no discriminación ha sido históricamente subvalorado respecto de otros derechos – como el derecho al libre ejercicio de una actividad económica- a tal punto que, precisamente si se estableció una acción de no discriminación, fue por considerar que el Recurso de Protección no llegaba a garantizar la no discriminación con la misma eficacia que si garantiza el derecho de propiedad u otros derechos de contenido patrimonial.

En ese sentido, celebramos esta sentencia toda vez que recoge el principio proteccionista de esta Ley proscribiendo todo tipo de actos discriminatorios, aun cuando estos no tengan una repercusión de índole económica para el afectado. Más aún, consideramos que sentencias como estas ponen el foco de atención en el

objetivo final de la acción de no discriminación, que es precisamente resguardar la honra y la dignidad de todo ser humano ante actos que injustificadamente lo vulneren.

## **ANEXO N° 2: Fichas jurisprudenciales acción de Tutela Laboral por actos discriminatorios.**

**Ficha N° 1**

**Causa Rol: T-108-2013 (“INSPECCIÓN DEL TRABAJO con CONDOMINIO BARLOVENTO JARDINES DE REÑACA”).**

**Tribunal: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.**



**Partes:** -Demandante: Inspección del Trabajo de Viña del Mar.

-Demandado: Condominio Barlovento Jardines de Reñaca.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Diferencia en el monto de la remuneración de una trabajadora auxiliar de aseo respecto de otro auxiliar (hombre), quien gana más y lleva menos tiempo prestando servicios.

**Categoría sospechosa invocada:** sexo.

**Normas legales y/o constitucionales supuestamente vulneradas:** Art. 485 inciso 2° en relación con el Art. 2° inciso 4, ambos del Código del Trabajo.

**Antecedentes:** El denunciante expresa que con fecha 26 de marzo de 2013 concurrió a sus oficinas doña Myriam Miranda Soto, con el objeto de interponer denuncia administrativa por vulneración de derechos fundamentales en contra de su empleador “Condominio Barlovento Jardines de Reñaca”, atendido que estaría siendo víctima de discriminación en cuanto a su remuneración, ya que el otro auxiliar de aseo, quien tiene menos antigüedad que ella prestando servicios, recibe un sueldo mayor.

Atendida esta denuncia, la demandante procede a realizar la fiscalización correspondiente, concluyendo entre otros puntos, lo siguiente: “a juicio del suscrito hay indicios suficientes de vulneración al derecho a no ser discriminado en razón del sexo en materia remuneracional, lo que afecta a la trabajadora denunciante en relación al trabajador Jorge Riquelme Velásquez, atendido que de la investigación desarrollada se pudo constatar una diferencia en las remuneraciones y, particularmente, en los sueldos base de ambos trabajadores entre enero de 2012 y marzo de 2013, los que cumplen idéntica función, a saber, aseadores, sin que la Comunidad haya podido justificar adecuadamente tal disparidad”.

En relación con los hechos constatados en dicha fiscalización, la denunciante concluye que, con la distinción practicada por el empleador denunciado en autos, la empresa estaría alterando indebidamente la igualdad de trato en el empleo, cuya explicación más razonable y objetiva se encuentra en una diferencia basada en el sexo de esta trabajadora.

**Defensa del denunciado:** Sin perjuicio de haber sido válidamente notificado, el denunciado no contestó ni compareció a ninguna de las actuaciones del juicio, encontrándose para todos los efectos legales en rebeldía.

**Pronunciamiento del Tribunal:** El Tribunal tuvo por acreditado, según la prueba rendida, y especialmente por el informe de Fiscalización emanado de la Inspección del Trabajo (que constituye presunción legal de veracidad según el artículo 23 del DFL N°2 de 1967), que la empresa en los últimos 2 años, en el mes de marzo, incrementó la remuneración de Riquelme (el otro aseo) mientras que la de la Sra. Miranda no experimentó ninguna variación, de suerte tal, que la remuneración del Sr. Riquelme – que en enero de 2012 era 8.000 pesos menor que la de la Sra. Miranda – al pronunciamiento de la sentencia era \$34.622 superior a la de esta trabajadora. En ese sentido, el tribunal agrega que Riquelme es varón y Miranda mujer, ambos realizan idénticas funciones y no existen a su respecto evaluaciones de desempeño, por lo que todos estos antecedentes son suficientes para juzgar a priori, que la trabajadora Miranda recibió un trato desigual en materia de remuneración por su condición de mujer, vale decir, que la condición de ser la dependiente del sexo femenino fue determinante en la conducta de la denunciada quien, a igual función y sin criterios de diferenciación objetivos, retribuye por su labor a un dependiente de sexo masculino con una cantidad de dinero y le aumenta dicha cantidad periódica y anualmente, a diferencia de lo que ocurre con la trabajadora demandante en autos. Asentados estos hechos, el sentenciador expresa que tal y como ha reconocido la doctrina nacional y la jurisprudencia, el sistema jurídico chileno establece un modelo antidiscriminatorio de sospecha abierta: esto es, que los únicos motivos lícitos de distinción de trato son la capacidad o idoneidad personal, siendo cualquier otro un motivo prohibido. Además, agrega que a partir de la entrada en vigencia de la ley N°20.348 se introdujo la siguiente modificación al código del trabajo: *“Art. 62 bis. El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funde, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.”*

Así, y atendido este marco normativo, el Tribunal sentencia que, no existiendo ni alegaciones ni prueba que explique suficientemente la diferencia de remuneraciones que percibe el trabajador Jorge Riquelme Velásquez en relación con doña Myriam Miranda Soto, y no desvirtuándose los indicios probados por la denunciante que dan cuenta de vulneración al derecho a la no discriminación por sexo, de que es titular la trabajadora, se hace lugar a la denuncia impetrada por la Inspección del Trabajo de Viña del Mar en contra de Condominio Barlovento Jardines de Reñaca.

En ese sentido, se ordena a la denunciada cesar de inmediato la conducta lesiva, y en consecuencia deberá igualar, para el futuro, la remuneración de la trabajadora Myriam Miranda Soto a la percibida por el otro aseo. Además, como medida de reparación, ordena al denunciado enviar una carta de disculpas públicas a la trabajadora, y sin perjuicio de esto, dispone que en el plazo de 30 días el Condominio condenado pague a la trabajadora individualizada toda diferencia de remuneraciones entre esta y el dependiente Jorge Riquelme Velásquez, que se advirtieron entre marzo de 2011 y marzo de 2013, debidamente reajustadas y con los intereses a que se refiere el Art. 63 del Código del Trabajo. Por último, condena al denunciado al pago de una multa de 60 UTM por haber vulnerado el Art. 2º del Código del Trabajo.

**Comentarios:** En términos generales la presente sentencia cuenta con una serie de aspectos positivos que nos parece relevante mencionar.

En primer término, nos parece apropiada la reflexión que hace el sentenciador en torno a la discriminación y al marco normativo de la misma en nuestra legislación, enlazando debidamente las disposiciones pertinentes del Código del Trabajo, la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales vigentes. En este sentido, si nos parece curioso que, tratándose precisamente de un litigio fundado en la discriminación, no se haga referencia alguna a la Ley N°20.609 o “Ley Zamudio”, habida consideración de que a la fecha de pronunciamiento de este fallo, esta se encontraba ya en vigencia.

Por otro lado, no podemos sino mencionar el rol facilitador que tiene en términos de prueba el hecho de que exista una fiscalización realizada por la Inspección del Trabajo, cuyas conclusiones y constataciones constituyen presunción legal para efectos del juicio. En ese sentido, no obstante que en este juicio el demandado

estuvo en rebeldía y por tanto no presentó prueba alguna en contra, consideramos que la labor de la Inspección del Trabajo fue del todo relevante para efectos de configurar correctamente, y sin lugar a dudas, que estábamos frente a un actuar discriminatorio por parte del empleador en razón del sexo de la trabajadora.

Por último, conviene tener presente una vez más que la existencia de norma expresa en cada una de estas materias viene a facilitar enormemente la labor del juez en el litigio antidiscriminación. Así, la existencia del Art. 62 bis -introducido por la Ley N°20.348- que consagra el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, permitió la resolución de estos autos sin lugar a dudas por parte del sentenciador, toda vez que establece precisamente cuándo estamos en presencia de una discriminación proscrita por nuestro ordenamiento jurídico, lo que en la especie será, toda vez que esta distinción en razón del sexo no se funde en la capacidad, calificación, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador o trabajadora.

## **Ficha N°2**

**Causa Rol: T-22-2014. (“MERIÑO con SOCIEDAD DE INGENIERÍA Y MOVIMIENTO DE TIERRA DEL PACÍFICO LIMITADA”).**

**Tribunal:** Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

**Partes:** -Demandante: Ramón Meriño Muñoz

-Demandado: Sociedad de Ingeniería y Movimiento de Tierra del Pacífico Limitada.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Despido discriminatorio.

**Categoría sospechosa invocada:** Enfermedad.

**Normas legales y/o constitucionales supuestamente vulneradas:** Derecho a la honra y a la no discriminación (Art. 19N°2 CPR)

**Antecedentes:** El demandante en autos durante el año 2014 comenzó a tener problemas familiares y sentimentales, los que lo llevaron a un serio cuadro depresivo que implicó incluso un intento de suicidio. Esta situación fue comentada a su jefe

Directo, don Gonzalo Pozo, y este informó dichos hechos a los mandos superiores, haciendo presente que el trabajador tendría “problemas mentales serios”.

Luego de transcurrido el período de licencia médica indicada por su doctor tras su intento de suicidio, la empresa no le asignó labores durante 6 días, siendo enviado a consultar un psiquiatra para constatar su estado de salud. El profesional encargado de esta labor emitió con fecha 25 de abril un certificado indicando que don Ramón Meriño se encontraba apto para retornar a sus labores, no obstante ello, la empresa no le permitió reincorporarse al trabajo.

En ese contexto, el trabajador solicitó un permiso de 10 días sin goce de sueldo, mientras su situación laboral se definía, siendo notificado de su despido por necesidades de la empresa al tercer día del mismo. Esta situación vulneraría, a su juicio, su derecho a la honra y a la no discriminación, toda vez que, por una parte, la empresa divulgó esta delicada situación en circunstancias que se trataba de información privada, y por otra parte, su despido únicamente obedece a un acto discriminatorio en razón de su salud mental.

**Defensa del denunciado:** El demandado rechaza las alegaciones del actor, señalando en primer término que en ningún caso divulgó el estado de salud de este trabajador, sino que fue la pareja del demandante quien alertó de esta delicada situación a otros compañeros de trabajo del Sr. Meriño.

Por otra parte, hace presente que el demandante conducía un camión de tolva de 55 toneladas, y llegaba hasta 30 metros de altura, motivo por el que efectivamente le impidieron seguir trabajando hasta no tener absoluta certeza de su estado mental, habida consideración del riesgo que esto importaba para el propio actor y para el resto de sus compañeros de labores.

En cuanto a la causal de despido, sostienen que esta efectivamente se debió a necesidades de la empresa, ya que la mandante disminuyó los servicios requeridos y esto implicó disminuir la dotación de camiones –y por tanto de conductores- los que no pudieron ser reubicados en otra faena y debieron ser despedidos. Agregan que esta medida no solo afectó al demandante, sino que también a otros trabajadores.

**Pronunciamento del Tribunal:**

(i) Primera Instancia. En relación con el despido, el Tribunal estima que este es injustificado, toda vez que las supuestas necesidades de la empresa no fueron acreditadas. Más aún, señala que la supuesta baja en los requerimientos de carga de la empresa se intentó acreditar con antecedentes auto forjados por la propia empresa, por tanto, carecen de mérito probatorio para estos efectos.

En relación con la denuncia por vulneración de la garantía de no discriminación, el Tribunal señala, en primer término, que el Código del Trabajo al consagrar el principio de no discriminación establece que debe siempre entenderse a la luz de la Constitución Política de la República y su mandato genérico en orden a no aceptar más discriminación que aquella que se basa en la idoneidad.

En ese entendido, el Tribunal procede a analizar la prueba rendida para determinar qué razones han motivado el despido del actor, y si estas son simplemente injustificadas o si esconden un acto discriminatorio. A este respecto, el sentenciador establece que atendida la prueba testimonial ofrecida por la propia denunciada, se puede determinar que el trabajador fue despedido por sus problemas de salud mental, vale decir, que fue despedido atendida una condición especialmente vulnerable por la que pasaba el trabajador, discriminándolo por esta circunstancia.

Posteriormente, el Tribunal analiza las justificaciones ofrecidas por el demandado respecto de las consideraciones que tuvieron presentes para separar de sus funciones al trabajador, y estima que en caso alguno se puso el foco de atención sobre la seguridad personal del Trabajador y su salud, toda vez que no se tomó en cuenta la opinión médica del psiquiatra que estaba a cargo, ni se ofreció mayor apoyo al actor, sino que únicamente fue despedido de manera discriminatoria e injustificada.

Por estas razones, se acoge la denuncia por despido discriminatorio, se da lugar a las prestaciones solicitadas por indemnización sustitutiva del aviso previo, compensación por feriado proporcional, y una indemnización correspondiente a 8 remuneraciones al tenor de lo dispuesto en el Art. 489 del Código del Trabajo, todas estas incrementadas en la forma dispuesta por los Arts. 63 y 173 del Código del Trabajo. A su vez, se rechaza la demanda por daño moral por no existir antecedentes suficientes para constituirlo.

(ii) Recurso de nulidad. Hacemos presente que respecto de la sentencia de primera instancia el demandado dedujo recurso de nulidad, el que posteriormente fue declarado abandonado.

**Comentarios**. A nuestro parecer, esta sentencia es correcta respecto del despido injustificado, pero sumamente discutible en cuanto a la denuncia por discriminación.

En efecto, tal y como señaló el Tribunal, precisamente el legislador y nuestra Constitución Política de la República permiten la discriminación por idoneidad para el cargo, cuestión que a nuestro juicio resultaba a lo menos dudosa en esta causa, atendida la condición médica del actor, y las labores riesgosas que debía desarrollar. En ese sentido, estimamos que la condición médica del demandante efectivamente pudo ser una justificación razonable para la separación de sus labores, que excluye a la discriminación entendida como una decisión caprichosa o arbitraria.

Por otra parte, nos parece relevante y positivo que en este litigio se ponga el foco -en materia de prueba- en la suficiencia de la justificación ofrecida por el demandado, considerando que sin lugar a dudas es este quien se encuentra en mejor posición para justificar la racionalidad de su conducta.

En ese sentido, sostenemos que es evidente el espíritu protector del Juez del Trabajo en estos procedimientos, a diferencia de lo que sucede en los litigios antidiscriminación ventilados en los Tribunales Civiles por la Ley Zamudio, toda vez que, para fallar, atiende en gran medida a la condición desventajosa del trabajador y resuelve la controversia considerando en todo momento esa situación de especial vulnerabilidad, lo que a nuestro parecer es positivo y acorde con el espíritu de esta acción.

### **Ficha N° 3**

**Causa Rol: T-11-2014 (CASTRO MONTALBAN con TECNO CONSERVI LIMITADA”**

**Tribunal: Juzgado de letras del Trabajo de Calama.**

**Partes: (i) Demandante: Jorge Luis Castro Montalbán**

(ii) Demandado: Empresa TECNO CONSERVI LTDA.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Despido informado en virtud de carta de despido el día 20 de febrero de 2014, en el cual se invoca la causal del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, siendo supuestamente la verdadera causal su enfermedad.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por enfermedad.

**Normas legales y/o normas constitucionales vulneradas:** Art.19 de la CPR N° 1 y artículos 485 y 489 del Código del Trabajo

**Antecedentes:** Don Jorge Castro fue contratado con fecha 21 de enero de 2013 por la empresa, en calidad de chofer de servicios y labores anexas. El contrato se estipuló a plazo, con fecha de término el día 21 de febrero de 2013. Sin embargo, por anexo suscrito con fecha 21 de abril de 2013, el contrato pasaría a tener el carácter de indefinido. El día 23 de diciembre de 2013 el Sr. Castro se despierta con fuertes dolores en la zona abdominal, informándole de esta situación al jefe de bodega central una vez que llega a su lugar de trabajo. Este último, le autoriza la salida de la empresa a la Clínica el Loa. En la Clínica, se le comunica a don Jorge Castro, que existía un exceso de masa ubicada en el sector de la vejiga, debiendo realizarse una ecotomografía para poder obtener mayores detalles, la cual fue realizada con fecha 24 de diciembre de 2013. En base a esta ecotomografía se identificó un tumor vesical y se le extendió una licencia médica por 30 días, documento que entregó ese mismo día al jefe de bodega central, don José Geraldo. El 25 de diciembre de 2013 se le informa al Sr. Castro por parte del doctor, que se le debe realizar de forma urgente una cirugía, ya que la biopsia dio como resultado que el tumor encontrado era de origen cancerígeno. El día 09 de enero es intervenido y el día 16 de enero de 2014 se le explica por parte del doctor, que deberá someterse a un tratamiento que en el mejor de los casos tiene una duración de tres años, pudiendo prolongarse por otros 6. El actor indica que con fecha 17 de enero de 2014, se presenta en las instalaciones de la empresa solicitando una semana de vacaciones para su recuperación, no queriendo hacer más uso de licencia. Don José Geraldo, jefe de bodega central, le propone tomar el periodo completo. El día 12 de febrero de 2014, el Sr. Castro, se reintegra a sus funciones, terminado su periodo de vacaciones. En



esta oportunidad, le es informado por don José Geraldo, que han contratado para su puesto a otra persona con mejores condiciones, y que por ende era necesario rebajarle su sueldo, ya que de lo contrario tendrían que prescindir de sus servicios. El demandante no acepta dicha propuesta, por considerar que es discriminatoria y tan solo obedece a su estado de salud. El día 18 de febrero de 2014 se dirige a hablar con el Jefe del Departamento de Recursos Humanos, quien le señala que en bodega no puede haber dos choferes, y como el demandante no aceptó que le rebajaran su sueldo, era necesario desvincularlo de la empresa. Finalmente, con fecha 20 de febrero de 2014, don Jorge Castro recibe su carta de aviso de despido, que señala que se decide poner término a su contrato a partir del día 21 de marzo de 2014 en virtud de la causal establecida en el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, esto es, por necesidades de la empresa.

Con fecha 26 de marzo de 2014, el actor se dirige a firmar su finiquito en Notaria, no haciéndosele entrega del mismo, debido a que se reserva el derecho a reclamo.

**Defensa del denunciado:** El denunciado solicita que se rechace en todas sus partes la demanda, aduciendo que no se cometió ninguna vulneración a los derechos fundamentales del trabajador. Sostiene que se aduce el causal de despido -necesidades de la empresa-, debido a un proceso de racionalización y modernización que se encontraba en curso, y en función de suprimirse el cargo que desempeñaba el actor y reemplazarlo por otros nuevos cargos asociados a nuevos requisitos y perfiles. Niega que la desvinculación se haya debido a la enfermedad del actor, que argumenta desconocía en un inicio, y aún más terminado el feriado del actor, este prestó servicios ininterrumpidamente por casi 2 meses, sin existir antecedentes de fallas o deficiencias en sus servicios. Afirma, además, que el demandante nunca comunicó formalmente su enfermedad a la empresa, por lo que no se puede sostener que se adoptaron represalias en su contra por ese padecimiento, sin que la empresa se enterara tampoco de la causa de sus licencias, por encontrarse vedada esa información al empleador.

Asimismo, sostiene que, con posterioridad a la terminación de los servicios del actor, no ha existido reemplazo o contratación alguna destinada a reemplazar el cargo del demandante, por lo que la alegación del actor en relación a existir otro chofer en el

área de bodega solo obedece a la necesidad lógica de la empresa de reemplazar la función del trabajador mientras hacía uso de su reposo médico y posteriormente de su feriado legal.

Finalmente, hace presente que la demanda no indica con claridad si la acción que se ejerce es la del artículo 485 del Código del Trabajo por vulneración de derechos durante la vigencia de la relación laboral o la del artículo 489, para vulneraciones producidas con ocasión del despido. Si la acción fuese aquella del artículo 485, esta se encontraría caduca, pues excedería del plazo de 60 días desde el acto vulneratorio que indica el artículo 486 del mismo cuerpo legal. A esto se suma, que no se acompañan antecedentes que den cuenta de indicio suficiente de la vulneración de derechos que se reclama.

En relación a la indemnización por daño moral, indica que la legislación no la ha contemplado en el ámbito del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales del trabajador.

#### **Pronunciamiento del Tribunal:**

(i)Primera instancia. Conforme señala el tribunal, la principal discusión entre las partes se sitúa en los motivos que habría tenido el empleador demandado para poner término al contrato de trabajo del actor. No obstante lo indicado por el demandado, el tribunal estima que fluye claramente de la demanda que la acción interpuesta es la de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, consagrada en el artículo 489 del Código del Trabajo, reclamándose concretamente un despido discriminatorio del actor, atendido su estado de salud. Si bien se mencionan hechos relevantes ocurridos antes del acto mismo del despido, aquellos contextualizan lo reclamado e intentan fundar el conocimiento que la empleadora tendría del estado de salud del trabajador, sin mutar por eso la acción ejercida. Es en tal contexto, que el demandado con la prueba presentada, logra acreditar que la empresa tenía pleno conocimiento de la enfermedad del demandante antes del despido, quedando esto evidenciado no solo por la contradicción del absolvente representante de la demandada, sino además con la entrega de la licencia médica presentada con fecha 10 de febrero de 2014, en la cual se indica que el actor padece de cáncer vesical. Así, la supuesta ignorancia de la enfermedad del

demandante resulta inverosímil y se ha podido establecer que, a lo menos al día 10 de febrero de 2014, la empresa tomó conocimiento formal de aquella enfermedad.

El reemplazo de las funciones del demandante es otra cuestión acreditada en juicio. Son los mismos testigos que dan cuenta de esa necesidad de reemplazo del demandante, atendido a que su función principal consistía en transportar al personal de la empresa de sus domicilios al lugar de trabajo y luego el retorno a sus hogares. Es más, al retorno del actor a la empresa no se le restituye en sus funciones, sino que estas siguen siendo desempeñadas por el reemplazo contratado en su ausencia. De la supuesta restructuración del departamento o unidad de “bodega central”, no se acredita en juicio nada que lo sustente, de manera que los testigos tan solo se refieren una y otra vez a que el nuevo chofer tenía una mejor licencia de conducir, pero que aquella en la práctica no era utilizada.

Como corolario de todo lo anterior y para despejar cualquier duda, es el propio abogado de la empresa demandante quien expresa en sus alegatos finales u observaciones a la prueba, que en una decisión que puede resultar difícil de comprender desde afuera, pero lógica desde el interior de la empresa, las “intermitencias propias de la enfermedad” del demandante, llevó a la empresa a preferir a un trabajador que no tuviere aquellos inconvenientes.

Finalmente, el Tribunal estima que es evidente que el catálogo de categorías sospechosas contempladas en el artículo 2 del Código del Trabajo no resulta taxativo, ya que no resulta razonable interpretar la norma como si el legislador quisiera proteger sólo aquellos grupos mencionados, y no otros igual o más vulnerables, como los afectados por un problema de salud o enfermos, más, si se considera que la norma en comento es un reflejo del principio de la no discriminación en el empleo consagrado en el número 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Atendido lo anterior, se acoge la demanda de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, declarando que el despido del demandante ocurrido el 21 de marzo fue discriminatorio. Se condena a la demandada al pago ciertas prestaciones, consistentes en la indemnización por años de servicio con el

recargo del 30%, la indemnización sustitutiva del aviso previo, y la indemnización adicional de 8 remuneraciones mensuales. Se rechaza la acción por daño moral.

(ii) Recurso de Nulidad: Se deduce recurso de nulidad por parte de la empresa demandada, invocando las siguientes causales: artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, (infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica); y, subsidiariamente, se invoca la causal establecida en el artículo 477 del mismo cuerpo legal.

El tribunal de alzada rechaza el recurso toda vez que estima que se cumplen con las exigencias del artículo 456 del Código del Trabajo, al efectuarse un análisis conforme a la sana crítica en materia probatoria, todo enmarcado en la libertad de que dispone el sentenciador para ello, y sin que se observe infracción manifiesta de tal norma, requisito esencial para que la causal de nulidad invocada pueda prosperar.

Que la segunda causal invocada en forma subsidiaria por la parte recurrente es la del artículo 477 del Código del Trabajo, denunciándose como norma infringida la del artículo 456 del Código del Trabajo, norma referida a la apreciación de la prueba que debe efectuar el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, sana crítica a la que se refiere precisamente la causal invocada en forma principal contemplada en la letra b) del artículo 478 del Código del Trabajo, que previamente se tuvo por no concurrente, motivo por el cual no se emitirá un pronunciamiento al respecto.

**Comentarios:** Resulta claro como el tribunal de forma lógica y haciendo una correcta evaluación y ponderación de la prueba presentada en juicio, logra identificar y determinar que el actuar del demandado se constituye como un acto de discriminación arbitraria. El trabajador logró presentar prueba que presentaban indicios suficientes de acreditación de actuar discriminatorio, que el demandado no pudo justificar de forma razonable, más aún la prueba presentada por el mismo, principalmente testimonial, actúa en favor del demandante. En ese sentido, resulta acertada la afirmación del tribunal en cuanto a entender que la empresa demandada se encontraba en pleno conocimiento de la enfermedad del actor, en cuanto este debidamente presentó sus licencias en las que se detalla la enfermedad que padece. Ante esto, la empresa no puede alegar desconocimiento de la situación, y argumentar que no despidió al trabajador por tal motivo.

Nos parece acertado también considerar -tal como lo hizo el tribunal- que la justificación por parte de la empresa demandada en torno a fundar las supuestas “necesidades del servicio”, en cuanto a que no se buscó reemplazar al trabajador, pero se entendía que el servicio era necesario para el funcionamiento de la misma, contiene una clara contradicción en sí misma, y más que validar el punto de vista de la empresa denunciada, confirma finalmente que el motivo real del despido fue la enfermedad del actor.

En ese sentido, si bien el demandado intenta justificar este reemplazo indicando que el nuevo trabajador tiene una mejor licencia que el denunciante, son los dichos de los testigos de ambas partes los que terminan por destruir ese argumento, dado que en la práctica el empleo de esta mejor licencia no es requerida, debido a que el puesto solicita principalmente el traslado de pasajeros (los trabajadores) desde sus casas a la empresa y viceversa

#### **Ficha N° 4**

**Causa Rol: T-74-2014 (BARRIENTOS ROA con EMPRESA ROCKWOOD LITHIUM LTDA.)**

**Tribunal: Juzgado de letras del Trabajo de Antofagasta.**

**Partes:** (i) Demandante: Carmen Julia Barrientos Roa  
(ii) Demandado: Empresa Rockwood Lithium Ltda.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Relación laboral ficticia y despido informado verbalmente el 2 de junio de 2014, en virtud del cual se le da término al contrato de trabajo por la causal N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo (esto es término del Servicio u Obra que dio origen al trabajo), cuando en realidad se produjo discriminación durante la relación laboral y a su término, debido a su edad.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por edad.

**Normas legales y/o normas constitucionales vulneradas:** Art.19 de la CPR N°s 1 y 4.

**Antecedentes:** Doña Carmen Barrientos celebra contrato de trabajo con la demandada el 01 de marzo de 2005, para desempeñarse como analista químico en el proyecto Cloruro de Litio. Durante la relación laboral la denunciada utiliza un subterfugio legal para evitar la acumulación de años de servicio, por lo que normalmente la despedía y luego volvía a contratar, por lo que tuvo 7 contratos diferentes. Hace presente, por lo anterior, que estuvo vinculada contractualmente con la denunciada, desde el 15 de abril de 2005 hasta el 02 de junio de 2014, fecha en la que finalmente fue despedida invocándose la causal establecida en el artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo, esto es Término del Servicio u Obra que dio Origen al Contrato.

Agrega que en la práctica siempre trabajó por turnos y nunca para la realización de determinados proyectos. Reconoce que, si bien existían finiquitos durante la relación laboral, se debe tener presente los principios básicos del derecho laboral de realidad y de continuidad, por lo que en este caso deben primar aquellos por sobre los contratos y finiquitos firmados por las partes.

Asimismo, señala que el término del contrato de trabajo ocurrió el día 2 de junio de 2014, verbalmente y por la causal previamente señalada, haciendo presente que nunca trabajó para un proyecto, contrato o servicio determinado, sino que prestó servicios a todos los contratos de la demandada. Prueba de lo anterior, es que la carta en que se comunica el despido, la denunciada es incapaz de indicar a cuál contrato se pone término y ni siquiera enuncia las características del mismo.

Se indican como antecedentes de vulneración de derechos fundamentales, la forma de la contratación de la actora, en cuanto a la duración y el tipo de contrato que fueron absolutamente ficticios, para poder tener la demandada una causal de despido. Que, pese a que en la práctica existió, nunca tuvo contrato indefinido, considerando que desde el año 2005 la demandada contrató a seis químicos, todos con contrato indefinido, y ya que a ella nunca se le contrató bajo esta modalidad, y cada vez que lo solicitaba se le indicaba que no era posible, ya que debido a su edad no se le permitía optar a este tipo de contrato.

En subsidio se demanda por despido injustificado e indemnización de perjuicios.

**Defensa del denunciado:** El demandado solicita que se rechace la demanda en todas sus partes aduciendo los siguientes motivos. En primer lugar, dejar en claro que la demandante siempre fue contratada bajo la modalidad de prestación de servicios para distintos proyectos de la empresa, negando la existencia de una relación laboral en los términos señalados en la demanda, haciendo presente que la actora ingresó a prestar servicios a la empresa con fecha 01 de abril de 2010 en virtud de un contrato de trabajo por obra o faena para desempeñarse como analista químico en el “proyecto de estudio de variables químicas en planta cloruro”, tratándose en consecuencia, siempre y en todo momento de una prestación de servicios determinada e indefinida.

En cuanto a las condiciones convenidas en el contrato de trabajo, se pactaron algunos beneficios con la actora. Sin perjuicio de la excepcionalidad de los beneficios pactados, la trabajadora en el mes de mayo de 2014, exigió a la empresa un bono de vacaciones que no le correspondía, por lo que, ante la negativa del pago del mismo, la actora informó su intención de no perseverar en su contrato, por lo que la empresa desconocía si la actora se presentaría nuevamente a su lugar de trabajo después del término de sus vacaciones.

Paralelo a lo anterior, en la última semana de mayo de 2014, se terminó el proyecto de estudio de variables químicas para la planta de cloruro, por lo que coincidente con la intención manifestada por la actora, la empresa tuvo que poner término al contrato de trabajo.

El denunciado señala además, que si bien es efectivo que la actora prestó servicios a su empresa en virtud de contratos de trabajo por obra celebrados con anterioridad al día 01 de abril de 2010, para otros proyectos y faenas desarrollados en la empresa, no existe fundamento jurídico ni fáctico que permita sostener que los diversos contratos celebrados con anterioridad se hubieren transformado en un solo contrato indefinido, toda vez que, en la especie, no existe ni jamás ha existido continuidad entre los mismos.

Destaca que las distinciones o diferencias que realiza el empleador no se encuentran prohibidas en sí mismas, sino que sólo se encuentran prohibidas aquellas diferencias y discriminaciones arbitrarias en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de

la Constitución Política de la República y el artículo 2 del Código del Trabajo. De esta manera, en ningún caso podría estimarse que ha existido un ejercicio abusivo de las facultades del empleador. Por el contrario, las medidas del empleador previas y coetáneas al término del contrato de trabajo de la actora han sido conductas aptas, idóneas, proporcionales y ajustadas al marco legal y a las necesidades de la empresa, para la consecución de un fin legítimo, cual es establecer criterios objetivos para la extensión de beneficios, determinar las alternativas de contratación más apropiadas a las necesidades del negocio y proteger la privacidad de la trabajadora al momento de comunicarle el despido.

En relación a las indemnizaciones solicitadas por la actora, señala que estas no corresponden para los contratos por obra o faena, además de no haberse producido la discriminación por edad que señala la actora, sino que esta prestó servicios para proyectos concretos, específicos y determinados en el tiempo, al término de los cuales se puso término al contrato de trabajo respectivo en conformidad a la ley, firmándose el correspondiente finiquito.

También indica, que la decisión de extender los beneficios colectivos sólo a los trabajadores con contrato indefinido y con cierto tiempo de servicios, tampoco tiene que ver con la edad de la actora, sino que sólo es una decisión legítima de costos en la aplicación de una facultad privativa del empleador. Es más, la actora recibió un trato diferente a los demás trabajadores que se encontraban en la misma situación de ella, y éste fue un trato más favorable, toda vez que la empresa en numerosas oportunidades hizo excepciones con el fin de beneficiar a la demandante.

**Pronunciamiento del Tribunal:** En estos autos se ha denunciado la vulneración por parte de la empresa demandada, del derecho a la integridad física y psíquica consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, alegando la actora afectación de dicho derecho con ocasión del despido de fecha 2 de junio de 2014, ya que el mismo habría sido discriminatorio en razón de la edad de la demandante. Hace presente, además, que dicha discriminación se ejerció durante toda la relación laboral, toda vez que fue contratada mediante distintos instrumentos a plazo y por obra, pero en la realidad cumplía las mismas funciones que el resto de



los trabajadores de laboratorio en el que se desempeñaba, siendo falsa la existencia de faenas específicas que determinaron su contratación.

El tribunal arribó a la convicción de que, conforme a los hechos acreditados en el probatorio, efectivamente existió un vínculo laboral de carácter indefinido entre las partes desde el 16 de octubre del año 2006 hasta el 2 de junio del año 2014, para lo cual se tuvo presente principalmente la continuidad de los contratos de trabajos firmados por las partes, la continuidad del pago de las cotizaciones y las declaraciones de los testigos y absolventes de posiciones que comparecieron en autos. Que en nada obsta a la declaración anterior, la existencia de finiquitos firmados por las partes, ya que, en este caso, debe primar el principio de supremacía de la realidad por sobre los documentos suscritos por las partes, teniendo en especial consideración que la trabajadora ante la promesa de trabajo futuro, no cuestionara la firma del finiquito con el propósito de mantener su fuente laboral.

Es más, la demandada no acreditó mediante ninguno de los medios de prueba incorporados en autos la veracidad de los hechos invocados en la carta de despido, sino que por el contrario, quedó acreditado por la prueba testimonial, y con la declaración del representante de la empresa, que la actora nunca desarrolló funciones vinculadas a una obra o proyecto determinado, sino que cumplía funciones como analista de turno en el laboratorio por lo que mal pudo haberse puesto término a la relación laboral por el supuesto término de una obra o proyecto a la cual nunca estuvo vinculada la demandante.

Tampoco acompañó la demandada prueba alguna concluyente en cuanto a la existencia del último proyecto u obra por el cual habría sido contratada la actora, ni menos del término efectivo del referido proyecto, con lo cual el empleador no ha dado explicación alguna que justifique la decisión de despido de la actora, constituyéndose la misma en un primer indicio de vulneración de derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo.

Como segundo indicio, basándonos en la declaración del testigo, don Luis Manquejefe de laboratorio-, quien fuere jefe directo de la demandante hasta el momento de su despido, y quien indica que la gerencia de la empresa demandada le requirió asegurar la continuidad operativa del laboratorio en el cual se desempeñaba la

actora, que en los hechos se verificaría mediante el cambio generacional del personal de laboratorio, es decir, la desvinculación de los trabajadores más viejos y la contratación de trabajadores más jóvenes

En tercer lugar, se puede tomar como indicio, que ha quedado acreditado que los analistas químicos contratados por la empresa desde el año 2009 en adelante presentan edades inferiores a los 40 años, y que los analistas químicos de mayor edad han sido desvinculados paulatinamente de la empresa, como fue demostrado por prueba testimonial, en virtud de la cual se constató, que previamente y al igual que a la actora, se desvincularon a las únicas otras dos trabajadoras de mayor edad y que se mantenían bajo el mismo régimen de contratación.

En consecuencia y conforme a lo indicado precedentemente, el denunciante ha acreditado la existencia de indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales alegada en autos, al demostrar que los trabajadores de mayor edad se mantenían en un régimen contractual que facilitaba su despido y mantenía reducido sus beneficios dentro de la empresa, junto con haberse reconocido por parte del Jefe de Laboratorio que la empresa le solicitó que el laboratorio continuara funcionando pero con trabajadores jóvenes, y finalmente, por haberse demostrado que los casos de desvinculación ocurridos en la empresa se dieron respecto de los trabajadores de mayor edad, como lo fue el caso-junto al de la actora- de otras dos analistas de su mismo rango etareo. Considerando que por otro lado el empleador no acreditó como correspondía la justificación del despido, en cuanto no pudo comprobar que a la actora se le hubiese contratado para una determinada faena u obra, y que esta haya concluido, como debería ser en relación a la causal de despido invocado, y adicionando lo declarado por el Jefe de Laboratorio, quien confirma que la actora nunca prestó servicios para una obra o faena, sino que cumplía un horario como laboralista de turno, es dable concluir, que este ha sido discriminatorio en razón de la edad de la demandante.

Por estos motivos, se acoge la demanda de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, por lo que en consecuencia se declara que la demandada ha lesionado la garantía de no discriminación al despedir a la demandante

basándose en razones de edad, transgrediendo lo dispuesto en el artículo 2 del Código del Trabajo.

**Recurso de Nulidad:** La demandada deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, en virtud de las siguientes causales: artículo 478 letra e) del Código del Trabajo, (contener un análisis parcial de la prueba rendida en infracción a lo dispuesto en el artículo 459 N° 4 del Código del Trabajo).

En forma subsidiaria, invoca la causal del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo (infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica). En forma conjunta invoca la causal de nulidad establecida en el artículo 477 del Código del Trabajo, por cuanto la sentencia recurrida contiene una serie de errores de derecho con infracción de ley que influyen en lo dispositivo del fallo y que le causan un agravio reparable solamente con la anulación de la sentencia. Como normas infringidas cita los artículos 456 y 459 N° 4 del Código del Trabajo, por lo que solicita que se invalide la sentencia.

Los razonamientos y conclusiones vertidas por la sentenciadora se estructuraron sobre lo dispuesto en el artículo 485 inciso 2° y 493 del Código del Trabajo. En este orden de ideas, del análisis de la sentencia recurrida se desprende el detalle de la prueba rendida por ambas partes, los hechos que se tuvieron por acreditados y el razonamiento que condujo a ello.

Que por todo lo expuesto precedentemente, necesariamente debe rechazarse el recurso de nulidad interpuesto por la parte denunciada, por no concurrir en la especie ninguna de las causales de nulidad invocadas.

**Comentarios:** Nos parece interesante en esta sentencia la primacía de los principios que inspiran nuestra legislación laboral. En ese sentido, estimamos que el tribunal aplica correctamente los principios de protección al trabajador, de supremacía de la realidad, entre otros, para efectuar una interpretación de la prueba, incluso más allá a veces de lo solicitado por la actora, para llegar a la convicción de que en el caso en cuestión se configuró una discriminación arbitraria. Más aún, nos atrevemos a sostener que virtud de estos principios el sentenciador muchas veces termina “construyendo” las alegaciones de la demandante, cuando al tenor de las pruebas que va conociendo en juicio se vislumbran elementos que – no siendo invocados en

la demanda- dan cuenta de una realidad que resulta decisiva para la configuración y resolución del conflicto.

Por su parte, nos llama la atención el poco cuidado del ex empleador en este caso, no ponderando en caso alguno la envergadura y el valor del proteccionismo y principio pro trabajador que prima en el derecho laboral, dejando descansar su defensa lisa y llanamente en el argumento de que el régimen contractual al cual se encontraba sujeta la actora lo validaba para poner fin a la relación laboral, mostrando un absoluto desconocimiento de las leyes laborales.

Nos hubiera parecido interesante, además, evaluar cómo se hubiese desarrollado la discusión y el análisis del tribunal si la defensa de la demandada hubiere invocado la teoría de los actos propios con respecto a la actora, toda vez que esta, durante todos esos años en los que prestó servicios a la empresa denunciada, efectivamente firmó una serie de contratos a plazo o por obra y sus respectivos finiquitos, consintiendo en la naturaleza y alcance de ese tipo de vínculo jurídico, sin formular mayores reparos ni recurrir a las Instituciones Laborales pertinentes

## **Ficha N° 5**

**Causa Rol: T-181-2015. (“ESTAI con MINISTERIO DE EDUCACIÓN”).**

**Tribunal: 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.**

**Partes:** -Demandante: María Lyliana Estai Ibarra.

-Demandado: Ministerio de Educación.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** No renovación de su contrata por encontrarse la denunciante haciendo uso de licencias médicas por depresión.

**Categoría sospechosa invocada:** Enfermedad.

**Normas legales y/o constitucionales supuestamente vulneradas:** Igualdad ante la Ley (Art. 19N°2 CPR).

**Antecedentes:** La demandante se desempeñaba como Supervisora en el Ministerio de Educación, a contrata en grado 12 de la E.U.R desde el 9 de julio de 2013, la que fue renovada a partir del 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de dicho año,

fecha en la que por disposición legal cesó su contrata de pleno derecho, sin ser esta nuevamente renovada por la autoridad.

A juicio de la actora, la no renovación de su contrata se debe exclusivamente a que se encontraba afecta a licencias médicas desde el mes de junio del año 2014, bajo un diagnóstico de depresión, toda vez que sus calificaciones vigentes la colocan en lista 1, por tanto, su despido no tiene más justificación que su enfermedad.

Durante los primeros días del mes de enero del año 2015, solicitó una audiencia telefónica con la Jefa Provincial, quien mediante esa vía le comunicó que no sería renovada su contrata para ese año, a contar del 1° de enero de 2015.

Por otro lado, la actora plantea que no obstante ser funcionaria pública –y estando por tanto sujeta al Estatuto Administrativo- es competente este Tribunal para conocer de esta materia, toda vez que la protección de las Garantías Fundamentales de los Funcionarios Públicos no están expresamente reguladas en el Estatuto, ni son una materia contraria a este (satisfaciendo el presupuesto de la norma del Código del Trabajo).

**Defensa del denunciado:** El demandado rechaza la presente denuncia, oponiendo excepción de incompetencia en primer término, atendido que por la naturaleza del vínculo entre la demandante y el MINEDUC, esta materia no se rige por el Código del Trabajo, sino que por el Estatuto Administrativo.

En ese sentido, señala que la acción de tutela corresponde a un procedimiento que debe aplicarse sobre normas sustantivas contenidas en el Código del Trabajo, las que indiscutiblemente no resultan aplicables a los funcionarios públicos al tenor de la propia ley. A mayor abundamiento, agrega que por esta misma razón existe un proyecto de ley que busca precisamente hacer aplicable el procedimiento de tutela laboral a los funcionarios públicos y municipales, lo que viene a confirmar que el juez del trabajo es actualmente incompetente para conocer esta materia.

Por otra parte, y en subsidio, opone excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada y activa del demandante, en base a los mismos argumentos ya expresados, especialmente, atendido que aquí el Ministerio de Educación no ostenta la calidad de “empleador” según la definición del Art. 3ª) del Código del Trabajo.

En relación con el asunto de fondo, relativo a la discriminación de que alega haber sido víctima la actora, el demandado señala que el legislador se encuentra plenamente habilitado para establecer regulaciones distintas, mientras ellas no sean arbitrarias, como es el caso en análisis, dado que los destinatarios del precepto en cuestión constituyen un grupo asimilable, igualitario, que está conformado por todos quienes ingresan a la Administración Pública en calidad de contrata. En ese sentido, y tratándose de una facultad legal que le asiste a los Jefes de Servicio, la no renovación de esta contrata no puede ser en caso alguno calificada de discriminatoria, más aún, cuando además de la demandante, al menos 6 supervisores, sólo del Programa PAC, fueron desvinculados al no haber sido renovadas sus contrata.

**Pronunciamiento del Tribunal:** El Tribunal acoge la excepción de incompetencia opuesta por el Ministerio de Educación, señalando que la relación laboral entre la actora y el demandado está regulada en el Estatuto Administrativo, y que ese cuerpo normativo en su Art. 17 contempla una prohibición de discriminación (relativa a la carrera funcionaria y cargos titulares), la que en concordancia con el mandato establecido en la constitución Política de la República respecto de la no discriminación arbitraria, alcanza y protege efectivamente a los Funcionarios Públicos.

A mayor abundamiento, el sentenciador expresa que, a su juicio, la referida norma del Estatuto Administrativo regula en su articulado la prohibición de discriminación e incluso establece un procedimiento administrativo ante la Contraloría General de la República, para reclamar de los eventuales incumplimientos de estas obligaciones<sup>65</sup> (Arts. 160 y 161 del E.A).

Consecuencia de ello, a juicio del Tribunal, la normativa aplicable a la actora regula a cabalidad los asuntos sobre los que versa la controversia, y, por ende, no es aplicable el Código del Trabajo en este caso, y en particular, la contra excepción del inciso tercero del artículo 1º, y en consecuencia, tampoco el procedimiento de tutela laboral contemplado en sus artículos 485 y siguientes. A su vez, señala que en virtud

---

<sup>65</sup>Este procedimiento es para resolver vicios de legalidad que afecten derechos conferidos por el Estatuto Administrativo.

del Art. 38 de la Constitución Política de La República son competentes para conocer esta materia los Tribunales Ordinarios de Justicia, existiendo por tanto una tutela judicial efectiva prescrita en la ley.

(ii) Recurso de nulidad. En contra de la sentencia de primera instancia la actora dedujo recurso de nulidad, fundado en la causal contemplada en la segunda parte del inciso primero del artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, infracción de ley que tiene sustancial influencia en lo dispositivo del fallo, la que relaciona con lo que disponen los artículos 2, inciso segundo, con respecto de los artículos 485, 486 y 489, todos del Código del Trabajo, señalando, que el fallo no considera que los verdaderos motivos de la desvinculación de la actora fueron sus licencias médicas desde Junio de 2014 por depresión, junto con considerar el sentenciador que la labor para la que fue contratada decía referencia con un programa específico. En específico alega que no se dio cumplimiento al oficio circular N°35/2014 y el que no se habrían aplicado las normas sobre discriminación. Este recurso fue rechazado por la Corte por no considerar acreditadas las causales alegadas.

(iii) Unificación de Jurisprudencia. Posteriormente, la demandante dedujo recurso de unificación de jurisprudencia, el que fue declarado inadmisibles por no versar sobre una materia de derecho.

**Comentarios:** Esta sentencia evidencia un conflicto jurídico que es reiterativo tanto en sede civil como en sede laboral, respecto de los casos de discriminación alegados por funcionarios públicos a contrata.

En ese sentido, somos críticas de la conclusión alcanzada por el sentenciador en este fallo, en cuanto afirma que el propio Estatuto Administrativo protege efectivamente la garantía a la no discriminación de estos funcionarios, toda vez que, pese a que este cuerpo normativo efectivamente establece un procedimiento administrativo seguido ante la Contraloría General de la República, este no es un proceso contradictorio seguido ante un juez y que dé garantías a la víctima de un debido proceso –con todas las garantías que este debería ofrecer en cuanto a bilateralidad de la audiencia, juez natural e imparcial, etc.- sino que únicamente se trata de un control de legalidad respecto de los actos efectuados por los órganos de la Administración. En ese sentido, consideramos peligrosa la suerte de indefensión

en la que se encuentran estos funcionarios públicos, toda vez que es innegable que estos tienen la calidad de trabajadores – y así lo reconoce el propio Código del Trabajo-y en tal calidad están injustificadamente privados del derecho a reclamar la debida protección a sus Derechos Fundamentales ante un Tribunal de la República, como sí están facultados todos los trabajadores del sector privado para accionar ante los Tribunales Laborales, precisamente por considerarse el Recurso de Protección como insuficiente para ello.

## **Ficha N° 6**

**Causa Rol: T-408-2015. (“FUENTES ZÚÑIGA con MINISTERIO DE EDUCACIÓN”).**

**Tribunal: 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.**

**Partes:** -Demandante: Marcia Lorena Fuentes Zúñiga.

-Demandado: Ministerio de Educación.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Despido por razones de opinión política.

**Categoría sospechosa invocada:** Ideología política.

**Normas legales y/o constitucionales supuestamente vulneradas:** Art. 485 inciso 2°, en relación con el Art. 2° inciso 4° del Código del Trabajo; Artículo 17 de la Ley 18.834 (actual Art. 15).

**Antecedentes:** La demandante se desempeñó como Supervisora Técnico pedagógica a contrata en el Ministerio de Educación, en grado 12 de la E.U.R. desde el 23 de marzo del año 2011 hasta el 31 de marzo de 2015 (siendo renovada su contrata en los períodos respectivos). Fue despedida mediante resolución exenta N°86 suscrita por el SEREMI de educación de la Región Metropolitana, don Felipe Melo Rivera, con fecha 22 de diciembre del año 2014, resolución a la que solo tuvo acceso con fecha 6 de marzo del año 2015, sin perjuicio de que con anterioridad le había sido comunicado mediante carta emitida por la Jefa de Departamento de Recursos Humanos, doña Beatriz Larrondo Silva, la renovación de su contrata para todo el año 2015.



Según lo expuesto por la actora, su despido obedece a su supuesta posición política, la que es contraria al gobierno de turno, lo que puso en duda su compromiso con la política educacional que se buscaba implementar.

Fundamenta esta alegación en que, a raíz del cambio de gobierno durante el año 2014, llegó a asumir el cargo de Jefa Provincial doña Teresa Vallespín, quién marcó de inmediato diferencias entre los funcionarios que ingresaron al Servicio antes del año 2010, y aquellos ingresados durante el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera. A mayor abundamiento, relata que con fecha 1 de diciembre del año 2014 la señora Vallespín la citó a su oficina vía correo electrónico, y en esa citación le informó que estaría en evaluación hasta el 31 de diciembre de eso año, y que de esta evaluación dependería la prórroga de su contrata para el año 2015. En esa conversación la Jefa Provincial le habría dicho lo siguiente: *“Usted no está comprometida con la Reforma Educacional, yo la siento distante, además todos Uds. los que entraron con el gobierno anterior (el de Sebastián Piñera), no saben ser supervisor de verdad, solo saben bajar un programa como PAG, no están bien preparados, además tiempo atrás recibí un reclamo por correo de un colegio de Santiago por su comportamiento”*. Acto seguido le indica que *“le voy a asignar nuevas tareas para el 2015 y si usted se compromete a trabajar con entusiasmo por la Reforma Educacional, y mejorar como Supervisora podrá continuar”*.

Llegado el día 5 de marzo, consultó con la señora Vallespín sobre su evaluación, siendo informada en ese momento que no continuaría trabajando ya que su contrato es solo hasta el 31 de marzo de 2015. Ante las inquietudes de la demandante, la Sra. Vallespín le habría contestado lo siguiente: *“No seguirás porque hemos cruzado varios datos tuyos y no queremos que continúes, tu no crees en la educación pública, no estás comprometida con la Reforma Educacional de la Presidenta Bachelet, tu eres contraria al gobierno. Además, faltaste dos sábados en que había que salir a hacer promoción de la Reforma...queremos gente que se comprometa de verdad”*.

Solicitado el documento formal donde consta esta resolución, la Jefa Provincial informó a la demandante que había una resolución de fecha 22 de diciembre de 2014, que estaba en poder del Jefe Administrativo de la Seremi, don Cristián San Martín.

Para reforzar esta información, la demandante agrega que la totalidad de los funcionarios desvinculados por la señora Vallespín (6) habían ingresado al Servicio durante el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera.

Por último, señala latamente que los Tribunales Laborales son competentes para conocer esta acción, toda vez que el Estatuto Administrativo no regula el derecho a la acción de Tutela de Derechos fundamentales de los trabajadores del Estado respecto de su relación con la administración, por tanto, aplica la contra excepción contenida en el Art. 1° del Código del Trabajo.

**Defensa del denunciado:** El denunciado opone en primer término excepción de incompetencia absoluta, fundado en que, por la calidad de funcionaria a contrata de la actora, su relación jurídica con el Estado no se encuentra regulada en el Código del Trabajo, sino que en el Estatuto Administrativo. En ese sentido, invoca el Art. 420 del Código del Trabajo para evidenciar que esta materia escapa de la órbita del Derecho Laboral.

En cuanto al fondo del asunto, el demandado controvierte en forma expresa, material y sustancial todos y cada uno de los hechos narrados por la actora en la forma en que han sido expuestos. En ese orden de ideas, señala que el término de la función pública de la actora en ningún caso se debió a sus ideas políticas, y que, a mayor abundamiento, los actos en que esta los habría fundado no son precisados ni mencionados por la demandante, salvo frases genéricas referidas a su ingreso en el gobierno anterior, sin mayores antecedentes que su propio relato.

De este modo, expresa que sobre la materia no cabe la aplicación del artículo 2° en comento porque en ninguno de los casos del término de servicios se da la discriminación arbitraria contemplada en dicha normativa, pues en la resolución de término se respetó el imperio del derecho, constituido principalmente por el Art. 3° letra c) y por el art. 10 inc. 1° de la ley N°18.834, que disponen la transitoriedad en el caso de los empleos a contrata y que su duración máxima será hasta la fecha que se haya establecido, fecha en que expirarán por el solo motivo de la ley. En cuanto a la discriminación arbitraria, fundada en la ideología u opinión política de la actora, no hay ningún antecedente objetivo vinculado a la señalada resolución administrativa que aluda directa o indirectamente a la opinión o ideología política de la demandante.

### **Pronunciamiento del Tribunal:**

(i) Primera Instancia. En relación con la excepción de incompetencia opuesta por el demandado, el Tribunal resuelve que de conformidad con el propio Estatuto Administrativo no es posible establecer que en dicha norma exista regulación orientada a la protección de los derechos fundamentales del personal sometido a él, por medio de alguna acción establecida para resguardarlos y sancionar al responsable, tanto durante la época de prestación de servicios como al finalizar aquella, toda vez que no puede estimarse como tal la instrucción de investigaciones sumarias o sumarios administrativos y aplicación de sanciones en virtud de ello, conforme la naturaleza y forma en la cual se desenvuelve tal relación. Por este motivo, rechaza la citada excepción de incompetencia.

En cuanto a la vulneración alegada por la actora, de haber sido objeto de un despido discriminatorio por razones de opinión política, según lo establecido en el artículo 2 del Código del Trabajo, conforme a los medios de prueba incorporados al proceso y de los hechos que se han podido establecer en juicio, el sentenciador estima que no es posible determinar la existencia de indicios suficientes de la vulneración alegada, por cuanto la decisión de la autoridad correspondiente en cuanto a la no renovación de la contrata de la denunciante, luego del 31 de marzo de 2015, se realizó conforme la normativa legal que rige la materia, esto es, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 3 y 10 del Estatuto Administrativo. A este respecto señala que *“el actuar de la denunciada al decidir la no renovación de la contrata de la actora no puede ser considerado ilegal, arbitrario ni discriminatorio, ya que la vulneración de derechos se produce cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se limita el pleno ejercicio de aquellos respecto de su contenido esencial, por lo que ninguno de estos presupuestos se han visto vulnerados con el actuar de las demandadas, encontrándonos en presencia del ejercicio de facultades que la ley proporciona al organismo público”*.

Por estos motivos, se rechaza en todas sus partes la denuncia deducida por la actora, declarándose que no ha existido vulneración a los derechos denunciados.

(ii) Recurso de nulidad. Respecto de esta sentencia el actor dedujo recurso de nulidad, fundado en la causal del Art. 477 del Código del Trabajo (infracción de ley

que influye en lo dispositivo del fallo) y el Art. 478 letra b) (por haber sido pronunciado el fallo con infracción a las normas de la sana crítica). Este recurso fue rechazado, atendido que las causales interpuestas por el actor son contradictorias, y por tanto se confirma el fallo de 1ª instancia.

**Comentarios:** En relación con la presente sentencia, nos parece relevante recalcar el pronunciamiento del Tribunal de Primera instancia en cuanto a la competencia del Juez de Letras para conocer del procedimiento de Tutela comprendido en el Art. 485 del Código del Trabajo, no obstante tener el denunciante la calidad de funcionario público. En efecto, concordamos con los argumentos vertidos en el fallo para sostener que el Estatuto Administrativo no ofrece una acción que comparta el mismo objeto que este procedimiento, para proteger eficazmente los Derechos Fundamentales de los funcionarios del Sector Público.

Por otra parte, y en razón de lo correcto que nos parece el razonamiento realizado en cuanto a la competencia del Tribunal, nos llama profundamente la atención lo contradictorio que resulta el fallo en cuanto a la materia de fondo, precisamente porque el sentenciador realiza un control de legalidad sobre el despido de la funcionaria, en prácticamente idénticos términos al que en la misma sentencia califica de insuficientes para la protección de los derechos fundamentales del personal sometido a este Estatuto (investigaciones sumarias o sumarios administrativos) .Dicho de otra manera, el sentenciador resuelve este conflicto atendiendo a la naturaleza transitoria de los servicios a contrata, lo que faculta legalmente al Servicio para terminar el vínculo con el funcionario únicamente por el cumplimiento legal del plazo o de la prórroga correspondiente, lo que importa un mero control de legalidad que perfectamente pudo haber realizado la Contraloría y no un Tribunal del Trabajo.

En ese sentido, y sin perjuicio de que la sentencia estimó que no existió prueba que permitiera tener por acreditada la discriminación política, lo cierto es que, el Tribunal aplicó un estándar de prueba mucho más exigente que lo usual, cayendo en el absurdo de exigir una manifestación concreta de la supuesta discriminación política, en circunstancias que, por ejemplo, las máximas de la experiencia hacen tremendamente presumible encuadrar los términos de las contratas al fin de cada

gobierno con criterios más políticos que de mérito. Así, la propia Corte de Apelaciones al fallar el recurso de nulidad, en sus considerandos expresó que el hecho sentado por el Tribunal y conforme al cual decidió rechazar la acción, es que el vínculo contractual entre las partes terminó el 31 de marzo de 2015 por vencimiento del plazo indicado en la resolución de nombramiento, dejando abierta la interrogante de qué prueba habría sido necesaria para revertir esa convicción.

Por último, conviene tener presente para efectos de eventuales conclusiones, la imposibilidad de reintegro de los funcionarios públicos, y la exclusión de todo tipo de indemnización para los funcionarios públicos al término de su relación con la Administración, lo que nos lleva a reflexionar sobre las posibilidades que le ofrece ventilar el litigio antidiscriminación en otras sedes con resultados más favorecedores.

\*Tener presente además que el demandado alude a la ley Zamudio como una vía apropiada para ventilar estas materias, a diferencia del Tribunal del Trabajo.

## **Ficha N° 7**

**Causa Rol: T-29-2015 (RAMOS MARTÍNEZ con MINISTERIO PÚBLICO)**

**Tribunal: Juzgado de letras del Trabajo de La Serena.**

**Partes:** (i) Demandante: Leonardo Ramos Martínez.

(ii) Demandado: Fisco de Chile, Ministerio Público

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Resolución FN/MP N° 804/2015 de 20 de mayo de 2015 mediante la cual el Fiscal nacional, don Sabás Chahuán Sarrás, dispuso el término unilateral del contrato de trabajo del denunciante-sin aviso previo y sin derecho a indemnización por años de servicio- a contar del 29 de mayo de 2015, por la causal de salud incompatible con el desempeño del cargo.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por enfermedad.

**Normas legales y/o normas constitucionales vulneradas:** Art.19 de la CPR N°s 1,4 y 16 y artículos 485 y 2 del Código del Trabajo

**Antecedentes:** Don Leonardo Ramos ingresó a trabajar para el Ministerio Público el 9 de septiembre de 2008, según contrato de 11 de septiembre de 2009, como auxiliar

administrativo en la Fiscalía Local de La Serena. El contrato era indefinido con una jornada semanal de 44 horas efectivas de lunes a sábado.

Mediante carta de 26 de mayo de 2015, se le notificó la resolución FN/MP N° 804/2015 de 20 de mayo de 2015, en virtud de la cual el Fiscal Nacional, don Sabás Chahuán Sarrás, dispuso el término unilateral de su contrato de trabajo, sin aviso previo y sin derecho a indemnización por años de servicio a contar del 29 de mayo de 2015, por la causal de salud incompatible con el desempeño del cargo. Funda esto último, exclusivamente, en haber hecho el Sr. Ramos uso de licencia médica por más de seis meses dentro de los últimos dos años.

**Defensa del denunciado:** La demandante primeramente dedujo la excepción de previo y especial pronunciamiento, de incompetencia absoluta del tribunal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 420 del Código de Trabajo. Estima que, siendo el Ministerio público una institución del Estado y encontrándose su personal sujeto a un estatuto especial, no les resulta aplicable el Código del Trabajo sino cuando su propio estatuto se remite a él de un modo específico. Conforme a esto último - artículo 66 de la Ley N° 19.640- las normas supletorias aplicables son las de los artículos 7 a 12 del Código del Trabajo, sobre jornada ordinaria, de protección de la maternidad y el procedimiento de terminación del contrato de trabajo sólo en lo no previsto por la Ley Orgánica. Por lo que no existe norma expresa que permita aplicar de forma amplia el Código del Trabajo a los funcionarios del Ministerio Público.

Se debe considerar, además, que el Ministerio Público no obra como “empleador”, toda vez que el Estado-Employador, no se vincula a la noción de empresa del inciso 3° del artículo 3° del Código del Trabajo.

En definitiva, el estatuto de Funcionarios del Ministerio Público, regula expresamente la situación planteada por el actor, estableciendo un procedimiento especial de reclamación en su artículo 7°, entregando la resolución al Director Ejecutivo Nacional.

Con respecto al fondo del asunto, niega rotundamente que se hayan realizado actos discriminatorios en contra del demandante. La medida en virtud de la cual se dispuso el término del contrato, tiene su fundamento en que el actor hizo uso de un extenso período de licencias, que se traducen que entre el 9 de julio de 2013 y el 4 de mayo

de 2015, sumó un total de 260 días de licencia, por lo que se estima que su salud es incompatible con el cargo.

Argumenta, que la decisión no puede ser calificada como discrecional, pues no ha sido la única ocasión en que el Ministerio Público la ha aplicado.

Respecto del actor la causal fue invocada sin considerar ninguna razón discriminatoria, por el contrario, se aplicó con estricto apego a la Ley y su Reglamento.

La causal invocada se ajusta a derecho y a las facultades de la autoridad administrativa. Vuelve a remarcar que conforme al artículo 66 N° 2 de la Ley N° 19.640, las normas de los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo no son aplicables a los funcionarios dependientes del Ministerio Público. Es más, la causal aplicada al demandante se encuentra expresamente consagrada en el artículo 81 b) de la Ley Orgánica y en el artículo 93 del Reglamento, disposición similar al artículo 150 a) y 151 del Estatuto Administrativo. En ese sentido, agrega que la jurisprudencia de la Contraloría ha señalado que dichas normas conceden al jefe superior del servicio la facultad privativa de resolver si un funcionario tiene salud incompatible para el desempeño del cargo. Así las cosas, resulta totalmente factible y razonable la situación ocurrida con respecto al funcionario en cuestión.

**Pronunciamiento del Tribunal:** El tribunal en primer lugar se pronuncia con respecto a la excepción de incompetencia absoluta interpuesta por la demandada. En ese sentido, haciendo un análisis de los artículos 66, 67, 81 b) y finalmente 83 de la Ley N° 19.640, el sentenciador estima que es dable concluir que, si bien las relaciones de los funcionarios con el Ministerio Público efectivamente se encuentran sujetas a un estatuto especial, contenido en la ley ya citada, no cabe duda que ellas tienen la naturaleza de una relación laboral. De manera que, no obstante que el artículo 66 pareciera limitar el ámbito de aplicación del Código del Trabajo a las normas a las que se remite expresamente, atento a lo previsto en el inciso tercero del artículo 1 de este cuerpo legal, en estas relaciones laborales ha de aplicarse supletoriamente el Código del Trabajo en los aspectos o materias no reguladas en el estatuto especial. Dado que la Ley N° 19.640 no contempla norma alguna acerca de la vulneración de los derechos fundamentales y visto además que aquel fue

introducido por una ley posterior, la Ley N° 20.087, no cabe duda, que resultan aplicables dichas disposiciones. Por estos motivos se rechaza la excepción interpuesta por la demandada.

En cuanto a la denuncia de vulneración de garantías fundamentales, el Tribunal estima en primer lugar, que de la sola circunstancia de dictarse una resolución de término de la relación laboral sin más fundamentos que la invocación del número de días no trabajados con ocasión de licencias médicas, no parece vulnerar las garantías de la integridad física y psíquica y la honra del trabajador, desde que ella sigue fundándose en un Reglamento que mantiene su vigencia y no ha sido derogado o dejado sin efecto -como puede apreciarse- y, en consecuencia, en la creencia de dar cumplimiento a disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

En ese sentido, hace presente que distinta es la situación de la garantía de la no discriminación. En efecto, esta no puede solo importar las situaciones previstas en el artículo 2 del Código de Trabajo como aquellas constitutivas de actos de discriminación, pues ello significaría limitar por vía legal la garantía prevista en el N°2 del artículo 19 de la CPR. Por ende, la enumeración del artículo 2 es tan sólo ejemplar. Estima entonces el tribunal que, la circunstancia alegada por el actor de habersele aplicado una disposición reglamentaria que se funda únicamente en la suma del número de días de que debió hacer uso para recuperar su salud quebrantada, unido al hecho de no haberse hecho uso de esta facultad respecto de otros trabajadores del Ministerio Público en similares circunstancias -como fue demostrado por la prueba testimonial presentada- si constituye indicio suficiente de discriminación. De manera que correspondía al demandado acreditar la razonabilidad de su conducta conforme a lo establecido en el artículo 493 del Código del Trabajo, cuestión que no ocurrió en autos. Por ende, ninguna duda cabe, que el despido obedeció a la voluntad de su ex empleador de anular o alterar su igualdad de oportunidades en su empleo, por lo que ha de acogerse la denuncia interpuesta.

Agrega que, agrava lo razonado por este tribunal, el hecho de que el artículo 93 del Reglamento establece que el Fiscal Nacional puede considerar como salud incompatible el uso de licencias médicas por más de seis meses en dos años, mediando declaración de irrecuperabilidad; a contrario sensu, de no mediar dicha



declaración necesariamente se excede del marco de sus facultades. Lo anterior, ya que, sin estar constitucionalmente facultado para ello, regula materias propias de ley al establecer una nueva causa de término de la relación laboral, toda vez que, “salud incompatible con el cargo” no es sinónimo de “licencias médicas por más de seis meses en dos años” ni viceversa. En ese sentido, debe recordarse que cuando el legislador ha querido que tal situación sea una causal de despido lo ha establecido expresamente, como es en el caso del Estatuto Administrativo, caso en el que además la relación jurídica es de carácter distinto, administrativo y no laboral.

Finalmente, hace presente que con lo anterior se vulneran los principios del Derecho del Trabajo al establecer una causal que atenta con el principio protector del Derecho Laboral y concretamente, contra la estabilidad en el empleo.

Por estas consideraciones se rechaza la excepción de incompetencia absoluta. Se acoge la denuncia por vulneración de garantía constitucional de la no discriminación y se condena a la demandada a pagar al actor las prestaciones individualizadas consistentes en la indemnización sustitutiva del aviso previo, la indemnización por años de servicio más el recargo del 50%, monto equivalente a 8 remuneraciones como indemnización adicional y por último, compensación del feriado proporcional.

**Recurso de Nulidad:** En contra de la sentencia de primera instancia la demandada deduce recurso de nulidad fundado en las siguientes causales: Art. 478 letra a) del Código del Trabajo (por haber sido dictada por juez incompetente); Artículo 478 letra b)(por haber incurrido en infracción a las normas de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica); y, por último, por la causal del Art. 477 del Código del Trabajo (haberse dictado la sentencia con infracción de ley, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo). El tribunal de alzada rechaza el recurso, por estimar que la sentencia fue dictada por juez competente, y por no haberse especificado qué reglas probatorias han sido infraccionadas a juicio del recurrente, ya que solo se hicieron aseveraciones genéricas respecto de esta causal.

**Unificación de Jurisprudencia:** Por último, y atendido el rechazo del recurso de nulidad referido, la parte demandada deduce recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando dilucidar las siguientes dos materias: a) Si los juzgados laborales son competentes para conocer de demandas de Derechos Fundamentales

deducidas por funcionarios del Ministerio Público; b) Facultad exclusiva del Fiscal Nacional del Ministerio Público para poner término a contratos por salud incompatible con el cargo, cuando se ha hecho uso de licencias de seis meses en un plazo de 2 años. Respecto de la primera materia de derecho cuya unificación se presenta, la Corte Suprema estima que los tribunales laborales si son competentes y hace referencia al recurso de unificación de jurisprudencia de ingreso N° 10.972.2013 del 30 de abril de 2014. Con respecto a la segunda materia el recurso se declara inadmisibile.

**Comentarios:** Resulta interesante el análisis que hace este tribunal y en el cual se refleja claramente el espíritu proteccionista del Derecho Laboral, que busca salvaguardar los derechos del trabajador. Si bien nos parece acertado el análisis del tribunal en cuanto a determinar la competencia de los tribunales laborales para los funcionarios públicos y entender que estos están sometidos a un régimen laboral, es decir son trabajadores, este se mueve en una zona gris y sobre una cuerda floja bastante discutida. El tema de los funcionarios públicos, dependientes de los Organismos del Estado, resulta ser un tema delicado y controvertido a nuestro juicio. Por un lado, tenemos los Servicios Públicos cuya facultad de Dirección para optimizar recursos mira como finalidad última al bien común de todos los habitantes de la Nación. Por el otro lado, se encuentran estos sujetos, los funcionarios públicos, quienes prestan servicios al Estado, y cuya protección a sus derechos laborales, se ve bastante diezmada en pro de este bien común. Lo complejo en este caso, es tratar de dilucidar cuál de los dos aspectos prevalece por sobre el otro, o de qué forma sería posible encontrar un equilibrio que permitiese una armonía entre ambos aspectos.

Claramente no resulta razonable dejar sin protección a los funcionarios públicos, y es complejo justificar en pos de miramientos de carácter administrativo el que ellos merezcan menos protección que cualquier otro trabajador que se desempeña en el ámbito privado, pero la cuestión resulta más compleja cuando se considera que en juego está el correcto funcionamiento y la eficiencia y eficacia de todos los Servicios del Estado. La cuestión, a fin de cuentas, como hemos referido anteriormente, radica

en poder encontrar una fórmula que mantenga el equilibrio entre ambos aspectos, la dificultad, en cómo sería posible ello, o de qué manera podría lograrse.

## **Ficha N° 8**

**Causa Rol: T-16-2015 (“ESPEJO GONZÁLEZ con FISCO DE CHILE”)**

**Tribunal:** 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

**Partes:** - Denunciante: Raquel Roxana Espejo González

-Denunciado: Fisco de Chile

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** No renovación de contrata para el año 2015.

**Categoría sospechosa invocada:** Opinión o ideología política.

**Normas legales y/o constitucionales supuestamente vulneradas:** Art. 17 del Estatuto Administrativo; Art. 2° del Código del Trabajo; Oficio Circular N°35 de 13 de noviembre de 2014 del Ministerio de Hacienda y Artículo 19N°16 inciso 3° de la Constitución Política de la República.

**Antecedentes:** La denunciante ingresó a trabajar en calidad de contrata al Departamento de Salud Pública y Planificación de la Secretaría Regional Ministerial de Salud con fecha 1 de marzo de 2011, siendo su contrata prorrogada sucesivamente durante los años 2012, 2013 y 2014. El ingreso de esta funcionaria al Servicio tiene lugar durante el Gobierno del Ex Presidente Sebastián Piñera.

Durante todo el período de su relación laboral con la Secretaría Ministerial referida, fue calificada uniformemente con nota 7.0, no teniendo en ninguna oportunidad notas de demérito. Sin perjuicio de lo anterior, su Jefe Directo, don Raúl Flores Cartes, le comunicó verbalmente que se había decidido no prorrogar su contrata para el año 2015, y que las razones para tal decisión constaban en un documento titulado “Informe funcionaria Raquel Espejo”. Este documento había sido elaborado por él y puesto en conocimiento del Ministerio de Salud para que adoptara la decisión de no prorrogar su contrata.

En lo medular, este informe señalaba lo siguiente: *“Profesional no muestra interés en adaptarse a los nuevos énfasis y lineamientos ministeriales para el trabajo en salud pública que impulsa la presidenta Bachelet, a diferencia de su activa participación en la gestión anterior. Falta de coordinación en el trabajo con sus referentes de programa en las delegaciones provinciales, quienes han manifestado públicamente los roces y conflictos existentes. Tampoco hay vinculación de su trabajo con otras unidades como promoción de la salud (...)”*.

La actora señala que todas las aseveraciones contenidas en ese informe son falsas, motivo por el que procedió a formular ante el Ministro de Hacienda una denuncia por discriminación arbitraria, habida consideración de las instrucciones impartidas por este Ministerio mediante el Oficio Circular N°35 de fecha 18 de noviembre de 2014, que a grandes rasgos disponía que: a) La no renovación de contrata debe limitarse a casos “debidamente fundados y acreditables sobre la base de criterios objetivos, que impidan discriminaciones arbitrarias”; b) Para la eventual no renovación de contrata deben considerarse los antecedentes obtenidos en el proceso de evaluación de desempeño.

En ese sentido, y a la luz de dicho instructivo, la actora alega que los fundamentos obtenidos en el proceso de evaluación de su desempeño (el que fue siempre calificado con nota 7.0) impedían categóricamente la no renovación de su contrata.

**Defensa del denunciado:** El Fisco de Chile, en calidad de denunciado, niega en forma expresa todos y cada uno de los hechos que son fundamento de la demanda de autos, especialmente: (i) La aplicación de la normativa sobre tutela laboral a la actora de autos, atendida su calidad de funcionaria a contrata;(ii) Que hubiere existido acto discriminatorio respecto de la actora; y, (iii) Que su desvinculación obedezca a un acto discriminatorio y/o arbitrario.

Toda la defensa del denunciado descansa en la naturaleza transitoria de los empleos a contrata, cuya justificación es, en último término, la preminencia del interés general de la sociedad en su conjunto, por sobre el interés particular de cada uno de los funcionarios que prestan Servicios para el Estado; así, están facultados legalmente los jefes de Servicio para institucionalizar determinadas funciones – en la medida que así lo requiera el Servicio- y luego prescindir de dichos funcionarios sin necesidad de

ofrecer mayor justificación, atendida la necesidad de la Administración de tener la facultad plena de administrar sus recursos materiales y personales a fin de alcanzar sus objetivos de manera efectiva, pudiendo definir las prioridades y realizar las acciones necesarias para el buen funcionamiento de sus órganos.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

(i) Primera Instancia. El sentenciador se refiere primero a la excepción de incompetencia deducida por el demandado, señalando que, efectivamente existe un vacío legal en el Estatuto Administrativo respecto de la protección de los Derechos fundamentales de los Trabajadores, lo que sí se encuentra regulado en el Código del Trabajo mediante el procedimiento de Tutela Laboral, y no advirtiendo cómo normas protectoras de esos derechos podrían ser incompatibles con las disposiciones del Estatuto Administrativo, toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado. En ese entendido, el tribunal estima que sí es aplicable el procedimiento de Tutela Laboral a la demandante en autos, motivo por el que debe rechazar la excepción de incompetencia deducida. Precisa, además, en relación con esta materia, que el Código del Trabajo también califica como “trabajadores” a los funcionarios de la Administración del Estado, contrariamente a lo alegado por el denunciado.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal establece que, más allá de evaluar si estamos frente a una facultad legal de la administración, la cual ha sido reconocida, ya que la contrata de la trabajadora efectivamente se extendía en su plazo hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que corresponde dilucidar en este juicio, es si a través de esta facultad legal -aparentemente neutra- de remoción de la administración, y que permite sin lugar a dudas la separación de la trabajadora por la causal señalada, se ha cometido o no algún acto discriminatorio por el servicio, fundado en la opinión política como categoría sospechosa.

En esa lógica, el sentenciador se refiere primero al desempeño de la actora en el Servicio, dando por acreditado que todos los calificativos en torno al trabajo de excelencia de la demandante únicamente aparecen desvirtuados en el informe de

desempeño de su superior jerárquico, el que no se condice en absoluto con lo que el mismo había medido y evaluado en por lo menos dos ocasiones anteriores. De este modo, tiene por establecido que sus calificaciones y evaluaciones no fueron consideradas a la hora de optar por renovar su contrata.

Por otra parte, en cuanto a la discriminación política, tiene como indicio el Memorándum N°0674, en el que se deja en evidencia que lo que se pretendía evaluar por instrucción del Subsecretario de Salud –y a raíz del cual surgió el informe funcionario de la demandante-, era a los equipos que hubiesen sido nombrados en sus cargos por la Administración del Presidente Piñera, a los que se califica expresamente como “heredados de la administración anterior”, siendo esta al menos una prueba indiciaria de un clima discriminatorio.

En ese contexto, el Tribunal resuelve que, no queda duda de que al haberse excluido de su cargo a la demandante por tratarse de una funcionaria nombrada por el gobierno anterior y “heredada de la antigua administración”, decidiendo el término de su contrata se ha cometido una exclusión basada en la categoría sospechosa de opinión política, incurriendo la demandada en un acto discriminatorio que debe ser sancionado.

En virtud de lo anterior, el Tribunal condena al Fisco de Chile a las indemnizaciones solicitadas por la actora, a saber: Indemnización sustitutiva por falta de aviso previo, indemnización por años de servicio, recargo legal del 50% de la indemnización por años de servicio, más la indemnización adicional del Art. 489 del Código del Trabajo ascendente a 6 remuneraciones.

(ii) Recurso de nulidad. El Fisco deduce recurso de nulidad respecto de la sentencia definitiva, fundado en las siguientes causales: (1) Art. 478 letra A del Código del Trabajo (incompetencia del Tribunal); (2) Art. 477 del Código del Trabajo (ser dictada con infracción de ley); y, (3) Art. 478 letra b) (Infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme las reglas de la sana crítica).

Cada una de estas causales fueron rechazadas por la Corte de Apelaciones de Concepción, atendido, en lo medular, en que el Tribunal del Trabajo si es competente para conocer del procedimiento de Tutela Laboral respecto de esta funcionaria

pública, no existiendo con esta sentencia ninguna norma legal vulnerada, así como tampoco una incorrecta valoración de la prueba.

(iii) Unificación de Jurisprudencia. Respecto de dicha sentencia de nulidad, el demandado dedujo recurso de Unificación de Jurisprudencia, a fin de que la Corte Suprema se pronuncie respecto de la siguiente materia de derecho: “Aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales a funcionarios públicos, específicamente a una persona a contrata”.

Este recurso fue declarado inadmisibile por la Corte Suprema, toda vez que el demandado acompañó sentencias de recursos de protección, las que en palabras del sentenciador no son homologables a los presupuestos sobre los cuales el asunto controvertido fue resuelto.

**Comentarios:** Celebramos esta línea jurisprudencial respecto de la discriminación política sufrida por los funcionarios a contrata al cambio de cada Gobierno, toda vez que deja de lado el control de “legalidad” que efectuaban en un inicio nuestros Tribunales al conocer de esta materia, y, constatando que, no obstante el poner término a las contrataciones anticipadamente -o a la llegada del plazo legal- es una facultad de la Administración establecida por ley, igualmente es posible realizar una evaluación “de mérito” respecto del ejercicio de estas facultades.

En ese sentido, nos parece correcto que el Tribunal no obvie el hecho de que la afinidad política de esta funcionaria si estaba marcada por la fecha de su ingreso al servicio (durante el gobierno del ex presidente Sebastián Piñera), lo que es fácilmente deducible, no obstante, jamás haya explicitado esta preferencia política. A su vez, celebramos el que se haga eco del instructivo impartido por el Ministerio de Hacienda en noviembre de 2014 respecto de la no renovación de contrataciones solo por criterios objetivos y fundados, lo que permitió en este caso que el Tribunal evaluara las calificaciones anteriores de la demandante, debiendo ser precisamente esa la justificación razonable que debió ofrecer el demandado para excluir la hipótesis de discriminación política.

Por último, nos llama profundamente la atención la procedencia de todas las indemnizaciones a que fue condenado el Fisco, las que en estricto rigor no son

precedentes para los funcionarios públicos por no estar contempladas en el Estatuto Administrativo.

## **Ficha N° 9**

**Causa Rol:** T-102-2014 (“JIMENEZ CASTRO con MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL”)

**Tribunal:** Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.

**Partes:** -Denunciante: Karla Mackarena Jiménez Castro

-Denunciado: Ministerio de Desarrollo social.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Terminó anticipado de su contrata.

**Categoría sospechosa invocada:** Opinión o afinidad política.

**Normas legales y/o constitucionales supuestamente vulneradas:** Art. 485 del Código del Trabajo; Art. 2° inciso 4° del Código del Trabajo; Art. 19N°1 de la Constitución Política de la República.

**Antecedentes:** La actora fue contratada el 1 de abril de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2011, en el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, por el Ministerio de Planificación (en adelante MIDEPLAN), para ejercer el cargo de “encargado de control de gestión”, teniendo la calidad de funcionario público a contrata con grado 16 de la EUR.

Señala que su contrata fue sucesivamente prorrogada, destacándose en todas las calificaciones y evaluaciones que se le practicaron, llegando a ubicarse en el grado 8 de la EUR durante el año 2013, e inclusive, asumiendo el cargo de Jefe de Gabinete. Hace presente, además, que, con ocasión del buen trabajo desempeñado en el Ministerio, el SEREMI de esa época, don Juan Francisco Reyes, la designó como encargada de la planificación completa de su campaña parlamentaria, motivo por el que un mes antes de las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2013, solicitó un permiso sin goce de sueldo más vacaciones, para abocarse en un 100% a estas labores.



Posteriormente, durante el año 2014, con ocasión del cambio de gobierno y la llegada de un nuevo Secretario Regional Ministerial, alega haberse sentido discriminada por motivos políticos, quitándosele de manera arbitraria y progresiva las funciones que desempeñaba, y siendo relegada a realizar labores de escasa significación, que no dicen relación ni con el cargo ni con la experticia de la actora. Todo esto, según indica, fue acompañado de un sinnúmero de actos tendientes a menoscabar su persona y obligarle a renunciar, manifestándose en un acoso sostenido en el tiempo que habría afectado su integridad física y psíquica.

Es en ese contexto en que, durante la última semana del mes de julio del año 2014, el SEREMI Sr. Alejandro Blamey la llama a su oficina y le señala que no desea que esta continúe trabajando en el Ministerio, y le solicita que salga “por la puerta ancha” y renuncie a partir del 30 de septiembre de ese mismo año. Consultado el Seremi por los motivos considerados para tal decisión, este habría confirmado que se trata por los nuevos lineamientos del Ministerio, y que efectivamente se trataría de una cuestión política, ya que ella es una excelente profesional.

Así, por resolución de fecha 4 de septiembre de 2014 se pone término a su contrata, sin motivación alguna del respectivo acto administrativo, el que se limita a señalar el hecho de haber sido contratada la actora bajo la fórmula “mientras sean requeridos sus servicios”, razón por la que se pone fin a la contratación. Dicha resolución fue tomada de razón con fecha 3 de octubre del mismo año.

**Defensa del denunciado:** El denunciado controvierte formal y completamente todas las alegaciones de la actora. En primer término, opone excepción de incompetencia absoluta del Tribunal para conocer de este asunto (tanto respecto de la acción de tutela como del cobro de indemnizaciones por lucro cesante), por tratarse de una materia que no está en el ámbito de su jurisdicción.

En ese sentido, y alcanzando esta argumentación a la cuestión de fondo, señala que la designación de la demandante para el cargo que desempeñaba en el Ministerio de Desarrollo Social terminó por aplicación de una causal expresamente prevista para el caso, toda vez que las contratas tienen una duración que no puede exceder del 31 de diciembre del respectivo año, o bien, pueden concluir cuando el órgano público de que se trate determine que los servicios del funcionario ya no son necesarios.

### **Pronunciamento del Tribunal:**

(i) Primera instancia. En relación con la incompetencia alegada por el demandado, el Tribunal se declara competente únicamente para conocer de la acción de Tutela Laboral impetrada por la actora, no pudiendo considerar la indemnización por lucro cesante pedida por la demandante, toda vez que esta no fue vinculada legalmente con la acción de tutela (pudiendo haberlo pedido a propósito de las medidas concretas de reparación en virtud del Art. 495 N°3 del Código del Trabajo), y por tanto, siendo incompetente para conocer de ella atendida su calidad de funcionaria pública.

En cuanto al fondo de la pretensión, el Tribunal tiene por acreditado que efectivamente existió un continuo ascenso de la denunciante al interior de su repartición pública, y continuidad en sus labores, fundado principalmente en su correcto desempeño del cargo, y sus calificaciones sobresalientes. Sobre este punto, da por acreditado además el que la junta calificadora, sin ningún tipo de antecedente en el acta de calificación, determinó bajar la nota de esta funcionaria en todos los factores durante la evaluación realizada previo a su desvinculación.

En segundo lugar, tiene por acreditado también, que la actora tenía una afinidad política definida (simpatizante Unión Demócrata Independiente), lo que era conocido por sus compañeros de trabajo y por cierto, por la nueva administración.

Analizados estos hechos, el sentenciador resuelve que no se ha indicado fundamento claro y válido para la desvinculación de la demandante, ya que las funciones de la actora eran de carácter permanente, necesarias para el servicio, y de hecho en la actualidad siguen siendo prestadas, pero por personas afines a la ideología política del nuevo SEREMI, y que incluso militan en su mismo partido, como es el caso del Sr. Gutierrez. En definitiva, a criterio del sentenciador, si bien las contrataciones pueden ser terminadas de manera anticipada, se debe invocar los fundamentos de porqué ya no son necesarios los servicios de la funcionaria y ello debe tener una correspondencia con la realidad, cuestión que no aconteció en el caso de autos.

Atendido lo anterior, el Tribunal estima que ha llegado a la convicción de que la única razón por la que se puso término anticipado a la contrata de la demandante fue por

su tendencia política, por su negativa a firmar su renuncia voluntaria y por la necesidad de remplazar cargos sensibles al Interior de la Secretaría Regional Ministerial con personas de la confianza del nuevo Seremi, en circunstancias que las funciones que desarrollaba la Sra. Jiménez no eran de exclusiva confianza, sino que se trataba de un cargo técnico. Por estos motivos, se acoge la acción de tutela deducida en esta causa, y se otorga una indemnización equivalente a 6 meses de la última remuneración de conformidad con el Art. 489 del Código del Trabajo.

(ii) Recurso de Nulidad. Respecto de la citada sentencia definitiva, el demandado dedujo recurso de nulidad fundado en las siguientes causales: (1) Art. 478 letra a) del Código del Trabajo (Sentencia pronunciada por juez incompetente) ;(2) Art. 478 letra c) (Cuando sea necesario la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del Tribunal); y (3) Art. 478 letra b) (infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme las normas de la sana crítica).

Este recurso fue presentado de manera extemporánea, motivo por el que se tuvo por no interpuesto.

**Comentarios:** A propósito de este fallo nos remitimos a los comentarios y observaciones formulados en la ficha N°5 anterior, por mantener la misma línea jurisprudencial, y tratarse de la misma materia de fondo.

Adicionalmente, celebramos este fallo de primera instancia en cuanto establece lo que para nosotros es la posición jurídica correcta en cuanto a los términos anticipados de las contratas, esto es, que sin perjuicio de la facultad legal que le asiste a la Administración, el fundamento invocado (en este caso “por no ser necesarios sus servicios”) debe corresponderse con la realidad a fin de evitar todo tipo de arbitrariedades.

En ese sentido, fue precisamente esa falta de fundamentación la que evidenció en este caso la existencia de discriminación política, ya que efectivamente el cargo que ostentaba la actora era de carácter permanente, ella lo desempeñó con la máxima calificación posible durante el período que prestó servicios, y actualmente lo desempeña otro funcionario, cuya única particularidad es que es militante del mismo partido político que el SEREMI. Así, justificar el término de su contrata únicamente en

la facultad de Dirección del SEREMI, implicaría hacer la vista gorda respecto de un acto que a todas luces era discriminatorio, por no tener ningún tipo de justificación - en los hechos- razonable.

## **Ficha N°10**

**Causa Rol: T-89-2015 (“BARRÍA ULLOA con CONSTRUCTORA DOS ESTEROS DE PELLUCO LIMITADA”).**

**Tribunal: Juzgado de letras del Trabajo de Puerto Montt**

**Partes:** (i) Demandante: Jorge Humberto Barría Ulloa

(ii) Demandado: Constructora dos Esteros de Pelluco Limitada

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Despido efectuado mediante carta de aviso el día 23 de noviembre de 2015, en atención a la causal establecida en el artículo 161 del Código de Trabajo- necesidades de la empresa- siendo supuestamente la verdadera razón del mismo la incapacidad física/enfermedad del trabajador.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por enfermedad.

**Normas legales y/o normas constitucionales vulneradas:** Art.19 N° 16 de la CPR en relación con el artículo 2 del Código del Trabajo.

**Antecedentes:** Don Jorge Barría celebró contrato de trabajo con la demandada el 4 de junio de 2014, prestando sus servicios como Maestro. El 11 de noviembre de 2015 se encontraba desempeñando las funciones por las cuales estaba contratado, movilizándolo un panel de madera de aproximadamente 150 kilos, sufriendo un fuerte dolor en su hombro izquierdo, siendo trasladado a la Asociación Chilena de Seguridad (ACHS) por su empleador. A partir de ese momento, se le otorga reposo por 3 días, debiendo volver al trabajo el lunes 16 de noviembre de 2015. Ese día lunes se presenta al trabajo aún con fuertes dolores en su hombro, por lo que conversa con el Jefe de Obra, solicitando una reubicación para desempeñar efectivamente los trabajos de Maestro - que serían de construcción fina lo que implica menos carga- para efectos de no levantar vigas ni paneles debido a su

situación actual de salud. Se le indica por parte del Jefe de Obras que hablaría con el Jefe de Recursos Humanos para ver la posibilidad de su solicitud y que estuviera a la espera de sus instrucciones. Aproximadamente dos horas más tarde, es llamado de Recursos Humanos haciéndole entrega de una carta de despido por necesidades de la empresa, en la cual se le daba aviso de 30 días. Como en dicho momento seguía con muchos dolores le indicó al Jefe de Recursos Humanos que no podría trabajar en obras gruesas por lo que nuevamente es enviado a la ACHS. Esta le otorga una licencia médica por 7 días, siendo retroactiva desde el 11 de noviembre del 2015, debiendo volver a trabajar el lunes 23 de noviembre de 2015. Al presentar esta licencia médica al empleador, este le indica que la carta de despido anterior de fecha 16 de noviembre de 2015 queda sin efecto, pues al ser retroactiva la licencia en ese momento se encontraba bajo el amparo de la misma. Por consiguiente, se presenta a trabajar el día lunes 23 de noviembre, momento en el cual el Jefe de Recursos Humanos le indica que está despedido y se le hace entrega de una nueva carta, esta vez sin aviso previo, pero con la correspondiente indemnización por falta del mismo, invocando la misma causal- necesidades de la empresa-.

El demandante señala que la real razón de su despido fue por encontrarse enfermo, siendo de este modo discriminado por su ex empleador, no existiendo las necesidades en las que este funda su despido.

Posteriormente al despido, el Sr. Barría interpone reclamo administrativo.

Subsidiariamente interpone demanda de despido improcedente y cobro de prestaciones laborales.

**Defensa del denunciado:** La demandada solicita que se rechace la demanda en todas sus partes, aduciendo que la empresa se encuentra pasando por un periodo bastante complejo, toda vez que el cambio en su tributación que ocasionara la reciente reforma tributaria- en la especie, el hecho público y notorio que deberá tributar con el Impuesto al Valor Agregado en cada venta a contar del año 2016- ha encarecido notablemente sus unidades vendibles y disminuido la demanda. Por este mismo motivo, se ha debido suspender el desarrollo de nuevos proyectos e ir desvinculando a los trabajadores que laborarían en ellos.

Es en esta situación que el actor le plantea a la empresa la primera semana de noviembre que no quiere seguir en sus funciones al haber tenido algunos problemas con su capataz, ante lo cual se le indicó que se estaba planeando una disminución de personal y que se revisaría su situación.

Como se indicó, el día 13 de noviembre fue derivado a la ACHS por dolores en el hombro, volviendo a sus labores el lunes 16 y solicitando definitivamente su despido, a lo que la empresa-atendida su situación- accedió, toda vez que se configuraba la causal legal para ello. Sin perjuicio de ello el actor volvió a concurrir a la ACHS otorgándosele licencia, que dejaba sin efecto el despido realizado. De esta forma, el actor concurre nuevamente a trabajar, terminada su licencia, solicitando nuevamente su despido a lo que la empresa accedió nuevamente. El día 23 de noviembre, al tomar conocimiento de la carta de despido y su finiquito, el actor se negó a suscribirlos aduciendo que el monto que recibiría era muy bajo.

Posteriormente la ACHS le comunica que las afecciones del actor no se originaron debido a un accidente de trabajo o enfermedad profesional, por lo que no deben ser cubiertas por el empleador.

Por ende, no es efectivo que se hayan vulnerado los derechos del denunciante, garantizados en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2 del Código de Trabajo, pues esta normativa no contempla tal hipótesis discriminatoria en que se funda la denuncia sub lite. Además, el mandato legal contenido en el artículo 485 del Código del Trabajo, dispone que la lesión a los derechos debe ser real y cierta y no meramente potencial como expone el denunciante, careciendo de toda clase de indicios que pudiesen establecer una supuesta vulneración a sus derechos.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

(i) Primera instancia. En primer lugar, el tribunal quisiera desestimar la argumentación de la demandada, en cuanto a no contemplarse la hipótesis discriminatoria enunciada por el actor como fundamento plausible para interponer una demanda. El artículo 485 del Código del Trabajo, luego de enumerar los derechos de diseño constitucional protegidos por la acción de tutela laboral, añade como conductas lesivas de derechos fundamentales los actos de discriminación a que se refiere el

artículo 2° del Código del Trabajo. Esto último, no obsta para estimar como criterio de diferenciación el señalado en la demanda, desde que la referencia que hace el artículo 485 al artículo 2, no puede sino entenderse a la luz de lo que señala la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 16, en orden a no aceptar más discriminación que la que se basa en la capacidad e idoneidad. En consecuencia, y tal como sostiene la mayoría de la doctrina laboral nacional, lo que el artículo 2 hace es precisamente reforzar aquellas áreas más comúnmente afectadas por actos de discriminación, sin excluir otras consideraciones que generen discriminación laboral. Que, además, el derecho a la no discriminación, no solo tiene reconocimiento legal en el Código del Trabajo, sino que también en nuestra Carta Fundamental, consagrándose de forma expresa en el artículo 1, 19 N° 2 y 19 N° 16 de la misma.

No obstante lo anterior, este tribunal estima que los hechos relatados y probados por el actor no constituyen indicios suficientes de la vulneración alegada, es más, ni aun aplicando un estándar mínimo de prueba indiciaria es posible arribar a la convicción de que efectivamente la demandada haya incurrido en actos de discriminación en contra del trabajador atendida su incapacidad física; ninguno de los antecedentes incorporados permite establecer la incapacidad física que alega el actor y más aún por prueba testimonial se comprueba que el trabajador ha seguido trabajando esporádicamente en labores de carpintería.

Por otra parte, de acuerdo al certificado emanado de la ACHS, la dolencia en el hombro que sufrió el trabajador se trata de una contingencia no cubierta por la Ley N°16.744, desprendiéndose de la licencia médica y del certificado adjunto como prueba, que se trata de una enfermedad de origen común y que no ha tenido ninguna relación con el trabajo realizado por el actor.

En este contexto, no se consideran como indicios vulneratorios las cartas de despido presentadas por el empleador, sino más bien solo dan cuenta de la decisión adoptada por el empleador por una causal que lo habilita para ello y en vista y considerando que la demandada logró acreditar que se encontraba en un proceso de reducción de personal, desvinculándose en noviembre de 2015 cerca de 20 a 25 personas junto con el actor.

Por todo lo anterior, es que se rechaza la denuncia de tutela laboral interpuesta.

\*En cuanto a la demanda subsidiaria, esta es acogida por el tribunal. No procederemos a hacer análisis de esta causal, debido a que excede el campo de estudio de este trabajo.

**Recurso de Nulidad:** Respecto del pronunciamiento de primera instancia, la demandante deduce recurso de nulidad, solicitando que se anule la sentencia definitiva señalada en la parte que esta rechaza la acción de tutela de derechos fundamentales con ocasión del despido, y, en definitiva, que se condene a la demandada de autos al pago de las indemnizaciones que corresponden conforme a lo solicitado por su parte.

Invoca como causales de nulidad las siguientes: artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, (por haber sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica); conjuntamente la causal del artículo 477 en relación al artículo 493 ambas del Código del Trabajo (sentencia dictada con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo). Específicamente la regla establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo, esto es: “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.”

Cabe señalar que, a juicio de la Corte, el tribunal de primera instancia ha apreciado toda la prueba rendida analizándola debidamente; a su vez, la sentencia está debidamente fundada y la prueba valorada sin que se adviertan infracciones a las reglas de la sana crítica, dando razón el Juez de los motivos para llegar a sus conclusiones.

Que, al haberse interpuesto esta causal de nulidad de manera conjunta con el otro motivo de nulidad que fue rechazado, esta causal debe correr la misma suerte, ya que en el contexto de un recurso de derecho estricto, no ha podido invocarse conjuntamente pues la causal del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo supone asumir que el fallo no se ha extendido del modo dispuesto por la ley, mientras que la del artículo 477 del mismo texto legal parte de la base que la sentencia cumple con



todas las exigencias formales, pero que se ha errado en la decisión. Así, ambas causales no pueden coexistir y por ende esta Corte rechaza el recurso de nulidad deducido, confirmando el fallo dictado en primera instancia.

**Comentarios:** Nos parece que este caso resulta tremendamente discutible, porque no obstante haberse demostrado por la empresa que se encontraba en un momento complejo en el cual se estaban desvinculando a varios trabajadores, igualmente parece sospechoso que al actor en cuestión se le desvincule inmediatamente, posterior al vencimiento de su licencia médica, otorgada producto de su lesión. Pareciera ser que el motivo principal que tomó en cuenta el tribunal para determinar la existencia de una discriminación o no, fue la prueba que presentó la demandada y mediante la cual se acreditó que se encontraba en una situación económica bastante compleja. A nuestro parecer tal justificación podría haber sido lo suficientemente razonable, si no existiera el hecho de haberse encontrado el trabajador con licencia y que es después de esta licencia que el empleador decide terminar con el vínculo contractual. Por ende, si bien es posible seguir la lógica y el argumento que empleó el tribunal para llegar a la convicción de que no hubo un acto discriminatorio en el despido, nos parece que erró en el hecho de no considerar esta otra circunstancia que no se presentaba en los otros trabajadores despedidos, esto es, la existencia de licencias médicas por lesión.

Por lo mismo, nos parece que el tribunal busca resarcir al trabajador y no dejarlo en completa indefensión, ante el rechazo de la demanda de tutela laboral, acogiendo al menos la demanda subsidiaria de despido improcedente.

Resulta además ser la única, sino una de las pocas demandas de discriminación en materia laboral, que no resulta acogida, inclinando la balanza a favor del empleador.

## **Ficha N° 11**

**Causa Rol: T-450-2015 (VÁSQUEZ CUNICH con MUNICIPALIDAD DE HUECHURABA).**

**Tribunal: Primer Juzgado de letras del Trabajo de Santiago**

**Partes:** (i) Demandante: Pablo Vásquez Cunich  
(ii) Demandado: Municipalidad de Huechuraba.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Separación de funciones/despido del actor, que tiene lugar el día 15 de abril de 2015, por parte de la Municipalidad de Huechuraba, en la cual se vulnera la garantía de no discriminación por existir diferencias en relación a la ideología política.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por ideología política.

**Normas legales y/o normas constitucionales vulneradas:** Art.19 N°16 de la CPR en relación al artículo 2 y artículo 485 inciso 2° y 3° del Código del Trabajo.

**Antecedentes:** Don Pablo Vásquez ingresó a la Municipalidad de Huechuraba en calidad de Director del Departamento de Salud con fecha 3 de enero de 2001, regido en ese entonces por el Código del Trabajo. Por decreto alcaldicio N°698 del 31 de diciembre de 2008 se traspa al personal regido por el Código del Trabajo, a una dotación del personal de salud municipal de Huechuraba y se les reconoce puntaje por capacitación para carrera funcionaria, y se le encasilla en la dotación de atención primaria de salud municipal a contar del 1 de enero de 2009. Debido a esto último, el actor adquiere la calidad de funcionario público con grado 9°.

El mes de octubre de 2012, se llevaron a cabo las elecciones municipales en todo el territorio nacional poniéndose el actor a disposición del comando político del candidato Marcelo Teuber, militante del partido Unión Democrática Independiente. Pasada las elecciones, resulta electo como alcalde el candidato opuesto perteneciente al Partido Socialista, don Carlos Prats, asumiendo como tal el día 6 de diciembre de 2012.

Iniciado el periodo del nuevo Alcalde, comenzaron a suceder una serie de actos de discriminación y acoso laboral en contra de don Pablo Vásquez, que adhería a otra opinión política.

En primer lugar, se le comunicó verbalmente que desde el 1 de enero de 2013 se le destinaría para que realice funciones como Director del Departamento de Finanzas del Departamento de Salud, cargo y funciones completamente distintas de aquellas que detentaba hasta ese tiempo. Es necesario precisar que, si bien es una atribución privativa de la autoridad máxima del Municipio tener la facultad de ordenar las

destinaciones en su dependencia, no es menos cierto que, tiene como limitación que las tareas que deba cumplir el funcionario sean propias del mismo cargo para el que ha sido nombrado, y sin que ello signifique arbitrariedad, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley N°18.883, en concordancia con el artículo 4 de la Ley N° 19.378. En este orden de ideas, conjuntamente con su nueva destinación, la cual carecía de todo fundamento legal y era abiertamente arbitraria, la intención del edil resultaba evidente, en atención a querer conseguir su desvinculación del ente municipal, practicando para ello, de manera reiterada desde la fecha que asume su cargo, actos de discriminación y acoso laboral fundados única y exclusivamente en el solo hecho de mantener el actor una opinión política diversa a la del alcalde.

Es así, como a partir del mes de enero de 2013 se designa a doña Andrea Quiero, para resolver todas las materias relativas al Departamento de Salud en calidad de Jefa de dicho Departamento, vulnerando con ello toda normativa legal vigente. Prueba de lo anterior es el hecho que respecto a esta situación se pronunció la Contraloría General de la República a través de Dictamen N° 71.414/2013, en el cual resolvió la improcedencia de dicha contratación, ratificándose lo anterior a través del dictamen N°31736/2014, en el cual desestima la solicitud de reconsideración del Alcalde presentada al Órgano Contralor.

Continúan los actos discriminatorios y de acoso laboral, privándosele de forma siguiente de su oficina y no permitiéndole participar de reuniones y labores propias de los Directores Municipales.

Se le prohíbe además la participación en el Consejo de Expertos de Salud de la Asociación Chilena de Municipalidades, donde era miembro activo desde el ingreso a la Municipalidad. A estas alturas, no obstante mantener “formalmente” su cargo de Director, se le priva paulatinamente de todas y cada una de las funciones inherentes a su cargo.

En el mes de julio de 2013, doña Andrea Quiero le solicita abiertamente el cargo al actor, a lo cual este se niega.

Como se puede observar, las funciones del actor como Director del Departamento de Salud a esa fecha, son del todo inexistentes una vez asumido el cargo por el nuevo alcalde, ejerciendo sus labores otra funcionaria, la cual no cumplía el perfil suficiente

ni fue designada legalmente para ocupar dicho cargo. Funcionaria que por lo demás, comete reiteradamente actos de acoso y discriminación hacia la persona del actor, con el objeto de obtener su salida, viéndose amparada por la autoridad máxima del Municipio, el Alcalde, don Carlos Prats.

Con fecha 20 de noviembre de 2014, por medio de Decreto Exento N°1964 de fecha 23 de julio de 2014, se le informa y encomienda de manera formal las funciones de profesional colaborador en la gestión y administración de recursos físicos y otros en el Área de Administración y/o Finanzas, encomendando, además, el mismo decreto las funciones de Jefa de Departamento de Salud a doña Andrea, para así regularizar su situación.

Todos los antecedentes, en conjunto con este último decreto, fueron puestos a disposición de la Contraloría General de la República por parte del actor, reconociendo esta las ilegalidades manifiestas y solicitando que su cargo de Director de Salud fuera restablecido, lo que en la práctica jamás ocurrió, por el contrario, incrementándose las represalias en contra del denunciante.

Efectivamente, en las calificaciones del periodo de 2013-2014, el actor, vulnerándose las disposiciones del Reglamento Interno del Proceso de Calificación del Personal de Atención Primaria de Salud Municipal de Huechuraba, es calificado de tal forma que se deja en la lista 4, lo cual, de acuerdo a lo preceptuado en el Reglamento, en su artículo 58, equivale a una destitución del cargo. Conforme al actor, su calificación se debe a modo de represalia por las dos presentaciones efectuadas ante la Contraloría, ya que, en todas sus calificaciones previas al periodo del nuevo alcalde, siempre fue evaluado en lista de mérito en todos los procesos, por lo que no queda lugar a dudas que la discriminación sufrida es de índole política.

Cabe mencionar que, junto con el actor, varios profesionales de impecable trayectoria, sin deméritos ni sanciones administrativas, fueron perjudicados por tener una opinión política distinta y fueron calificados con acusaciones ideológicamente falsas que sólo perseguían la remoción de sus cargos, al igual como ocurrió con el actor.

Adicionalmente a lo anterior, con fecha 14 de abril de 2015, mediante Decreto Alcaldicio N°1034, en un acto sin precedentes, la Municipalidad de Huechuraba

procede a declarar suprimido los cargos y denominaciones de Jefe del Departamento de Salud de Huechuraba y de Gestión y Administración de Recursos Físicos del Área de Administración y Finanzas, disminuyéndose los mismos de la dotación de Salud Municipal de Huechuraba, al no encontrarse contemplados en el Plan de Salud Comunal 2015. De la simple lectura de dicho decreto queda de manifiesto que la supresión del cargo no tiene otro fundamento más que la de separarlo del ente municipal, toda vez que no obedece a una razón lógica ni de estructuración, capacidad o efectivamente una legítima disminución de la dotación municipal. Por el contrario, se suprime un cargo y a continuación se crea otro de idénticas características y funciones, el cual corresponde al de Coordinador de la Red Comunal de Salud, que no es otra cosa que el cargo de Jefe del Departamento de Salud, con una denominación distinta. Cabe hacer presente, además, que la Municipalidad, en virtud del artículo 48 letra i) de la Ley N° 19.378 del Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, no se encontraba facultada para crear un cargo análogo. A esto se suma que la supresión del cargo ocurre mientras el actor se encuentra con licencia médica laboral, debido a los actos de discriminación y acoso laboral de los que era objeto, los cuales lo mantenían en un cuadro depresivo y de neurosis laboral.

Es necesario además precisar, que el cargo suprimido debe necesariamente, y conforme a la Ley N° 19.378, conjuntamente con el Decreto Ley N° 1889, formar parte de la dotación de Salud Municipal, por lo cual la Contraloría sentencia, que la supresión de este cargo no se ajusta a la normativa legal vigente.

Finalmente, el Plan de Salud Comunal 2015, que contenía la supresión del cargo del actor, fue aprobado por el Consejo Municipal el día 10 de diciembre de 2014, debiendo haberse presentado por la Municipalidad al Servicio de Salud Metropolitana a más tardar el día 30 de septiembre de 2014, para que fuera aprobado por este servicio a más tardar el 30 de noviembre del mismo año. Por consiguiente, la solicitud de cambios de dotación de salud se aprobó fuera de plazo, debiendo mantenerse la misma dotación que rigió el año anterior, de acuerdo a lo señalado por el Órgano Contralor en su dictamen N° 58468 del 22 de octubre de 2009.

En consecuencia, todos los antecedentes anteriormente descritos son indicios suficientes, y dan cuenta de los actos discriminatorios y acoso laboral permanentes hacia la persona del actor, iniciados desde la asunción de la nueva autoridad municipal, todo ello en razón de su opinión política distinta a la del mismo. Haciéndose, además, caso omiso por parte de la Municipalidad de las órdenes de la Contraloría General de la República emitidas a través de sus dictámenes, en orden a reestablecer al actor en su cargo y terminar con todas las ilegalidades normativas.

**Defensa del denunciado:** En primer lugar, la demandada interpone la excepción de incompetencia del tribunal, en razón de la materia, conforme a que el actor tenía la calidad de funcionario de Dotación de Salud Municipal, encontrándose sujeto a un estatuto especial, cual es la Ley N° 19.378 -Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal- por lo que no se puede pretender la aplicación del Código del Trabajo. El propio estatuto indica que, en todo lo no regulado expresamente por dicha disposición se aplicarán en forma supletoria las normas de la Ley N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, indicando además en dicho artículo, que la naturaleza jurídica del personal regido por el estatuto de Atención Primaria de Salud es de funcionario público. Al estar regido por una norma de derecho público- Ley N° 19.378- y otras del mismo carácter, como lo es la Ley N° 18.883, es que no existe relación laboral alguna con el actor bajo vínculo de subordinación y dependencia, ya que tal supuesto es absolutamente improcedente en una relación proveniente de un cargo de la dotación de salud regido por las normas ya citadas, y al cual por ley expresa se le otorga la naturaleza de funcionario público. En atención a esto es que el tribunal resulta ser absolutamente incompetente, conforme a lo preceptuado en el artículo 420 del Código de Trabajo letras a) y b).

En consecuencia, solo existió con el demandante un vínculo sustentado en una relación estatutaria sujeta a normas del Derecho Administrativo, régimen al cual en ningún caso se aplican las normas del Código de Trabajo, pues no hay referencia alguna a este cuerpo legal, ni norma que permita aplicar de forma supletoria el mismo, permitiendo tan solo la Ley N° 19.378 la aplicación supletoria del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales establecido en la Ley N° 18.883.

Es más, en materia de no discriminación, que constituye el principio que fundamenta el libelo interpuesto, esta intrínsecamente ligado al principio de igualdad ante la ley. Conforme a lo anterior, es que es la misma normativa estatutaria a la que estaba sometido el demandante de autos, la que establece expresamente un procedimiento de reclamo igualitario para todos los funcionarios municipales, inclusive los de la dotación de salud, resguardando con ello los derechos que por la presente vía el actor pretende hacer valer.

Conforme a lo expuesto, es que el tribunal debe declararse incompetente, ya que las peticiones que el actor entabla en su demanda ante este tribunal, pretenden alterar las normas vigentes que regulan el régimen estatutario que el actor mantuvo con la municipalidad, a pesar de que la protección de los derechos de los funcionarios se encuentra plenamente contemplada y protegida en el régimen estatutario aplicable, a través de un procedimiento conocido por la Contraloría General de la República.

En cuanto al fondo y a los actos discriminatorios alegados, vale hacer presente que todos los hechos que enumera el actor como tales, son extemporáneos y en el caso de la acción por supuesta discriminación materializada el día 15 de abril de 2015 con ocasión de su despido, esta también se encontraría caduca.

Precisa además la demandada, que todos los hechos enumerados por el actor, en especial la supresión del cargo de Jefe del Departamento de Salud, no respondieron a medidas arbitrarias, puesto que el actuar de la denunciada y las medidas adoptadas por la misma, obedecieron en su momento al cumplimiento de disposiciones legales y constitucionales. En efecto, el acto administrativo de suprimir el cargo del actor, obedeció a las facultades conferidas por la Ley N° 19.378 artículos 11, 12 y 48 letra i), artículos 6 y 7 del Decreto N° 1889 de 1995 y finalmente de las facultades conferidas en la Ley N° 18.695.

En este orden de ideas, es que efectivamente con fecha 14 de abril de 2015, se dicta el Decreto exento N° 1034/2015 que declaró la supresión del cargo del actor, pero no obstante esto, esta no fue la causa de la cesación de funciones del actor, sino que la misma se produjo conforme a lo establecido en el artículo 48 letra f) de la Ley N° 19.378, es decir conforme a su calificación que lo ubica en la lista de eliminación, poniendo término a sus funciones. En el proceso de calificación del actor, no se

produjo vicio alguno que haya podido afectar el proceso mismo y la calificación del demandante, puesto que se dio cumplimiento estricto al Reglamento Interno del Proceso de Calificación de Personal de Atención Primaria de Salud de Huechuraba, al Reglamento establecido en el Decreto N°1889 de fecha 29 de noviembre de 1995, que aprueba el Reglamento de la Carrera Funcionaria del Personal regido por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal y a la Ley N° 19.378 sobre Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

De conformidad a lo ya señalado, se establece que la única forma que el demandante podría optar al restablecimiento de su cargo (el cual cesó en forma legal), es que la Contraloría General de la República, en virtud del reclamo ingresado por el actor, hubiera realizado un pronunciamiento jurídico con las observaciones que impiden tener por justificada legalmente la calificación obtenida por el actor en el período 2013-2014, lo que no fue así, ya que la Contraloría mediante Dictamen N° 37.940 de fecha de 12 de mayo de 2015, rechazó las alegaciones del actor al proceso de calificación, y es más, puso al funcionario en la causal de eliminación de la Dotación de Salud. Por lo anterior, el presente tribunal carece de competencia alguna para proceder a ordenar siquiera la reincorporación del actor, puesto que dicha facultad está sólo en la órbita exclusiva de la Contraloría.

**Pronunciamiento del Tribunal:**

(i) Primera instancia. Con respecto a la excepción de incompetencia entablada por la demandada se establece lo siguiente: el actor era un funcionario que prestaba servicios en la Atención Primaria de Salud Municipal de la Ilustre Municipalidad de Huechuraba, por ende, estaba regido en primer lugar, por la Ley N° 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, y en forma supletoria por la Ley N° 18.883, que establece el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales. Regulando el primer estatuto las causales de terminación del vínculo contractual, y el segundo de ellos, el régimen de calificaciones y los recursos administrativos que se pueden interponer respecto de ellas, aparece de manifiesto que no tiene aplicación alguna el Código del Trabajo, pues este cuerpo normativo solo rige en lo referente a los aspectos o materias no reguladas expresamente en



sus respectivos estatutos, siempre y cuando que estas no fueran contrarias a estos últimos.

De esta forma, y según lo establecido en el artículo 19 N° 2 inciso segundo de la Constitución Política de la República, que señala que “[...] ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer discriminaciones arbitrarias [...]”, la no discriminación por opinión política, también se aplica a los funcionarios municipales, y debe ser resuelto el cuestionamiento acerca de las calificaciones de los funcionarios municipales por discriminación política, por la Contraloría General de la República. De esta manera, a juicio de este tribunal, la referida normativa del Estatuto Municipal regula en su articulado la prohibición de discriminación, e incluso establece un procedimiento administrativo para reclamar de los eventuales incumplimientos de estas obligaciones en los artículos 47, 48 y 156 de la Ley N° 18.883.

Como consecuencia de lo anterior, a juicio del tribunal, la normativa aplicable al actor regula a cabalidad los asuntos sobre los que versa la controversia, y, por tanto, no es aplicable el Código del Trabajo en este caso.

Se acoge por ende la excepción de incompetencia absoluta del tribunal por materia, por lo que, y atendido lo anterior se omite el pronunciamiento acerca del fondo del asunto, por improcedente

(ii) Recurso de Nulidad: Contra este fallo recurre de nulidad la demandante, invocando como causales, una en subsidio de la otra: la contemplada en el artículo 477 del Código Laboral, en cuanto infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, que relaciona con los artículos 420 letra a), 485 inciso 2°, artículo 2 incisos 2°, 3° y 4° y artículo 1 inciso 3° todos del Código del Trabajo; en subsidio, la prevista en el mismo artículo 477, pero esta vez en su hipótesis de infracción de derechos constitucionales que relaciona con la garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República en cuanto igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. En subsidio de esta última causal, invoca la establecida en el artículo 478 letra e), en cuanto tener el fallo decisiones contradictorias, solicitando se acoja el recurso, declarando que el tribunal es competente para conocer del procedimiento tutelar, que el proceso quede en estado de dictar sentencia definitiva para pronunciarse sobre el fondo y en subsidio

se dicte sentencia de reemplazo resolviendo dar lugar a la denuncia de tutela en todas sus partes, con costas.

Que, como ha quedado asentado en la causa, el actor en su calidad de Director del Departamento de Salud Municipal era un funcionario que prestaba servicios en la atención primaria de salud municipal, por lo que efectivamente se encuentra regido por la Ley N° 19.378, y en forma supletoria por la Ley N° 18.883, como lo señala el tribunal *a quo*.

Sin embargo, dichos estatutos especiales establecen sólo procedimientos administrativos de impugnación de la calificación funcionaria y de fiscalización de la legalidad de los actos de la administración por parte de la Contraloría General de la República, pero no establecen un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, que fue la cuestión sometida al conocimiento del juzgado laboral a través de una denuncia de discriminación por opción política, siendo la circunstancia alegada en la demanda -relativa al proceso de calificación funcionaria en lista deficiente del que fue objeto- solo un hecho indiciario de la vulneración de derechos fundamentales que alegó el actor.

Que, en segundo lugar, la alusión que hace el fallo del tribunal *a quo*, a que el régimen estatutario que rige al actor también comprende un procedimiento para reclamar de eventuales actos de discriminación, citando los artículos 47, 48 y 156 de la Ley N°18.883 -Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales., tampoco es atinente al caso, dado que dichas disposiciones dicen relación con el derecho que tienen los citados funcionarios municipales para reclamar cuando se produzcan vicios de legalidad que afecten los derechos que les confiere ese Estatuto, pero no corresponde a un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, y menos les otorga el acceso a la jurisdicción, como corresponde en un Estado Democrático de Derecho. Por el contrario, dicho conocimiento está entregado sólo a un ente administrativo, siendo lo determinante para resolverse la excepción de incompetencia absoluta que acogió el tribunal *a quo*, que el estatuto al cual se encuentra sometido el trabajador no contempla un procedimiento de tutela de derechos y garantías fundamentales, todo lo cual, como lo ha alegado el recurrente, está bastante asentado por la unificación de jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema,

que como precedente ya establecido en materia laboral, existiendo además de los fallos que cita el recurrente, el N° 5716-2015, de 1° de diciembre en curso, cuyos fundamentos esta Corte comparte.

Que, en consecuencia, dado que el estatuto que rige al actor no contiene normas que contemplen un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, dejándose de aplicar por el tribunal *a quo* lo dispuesto en el artículo 1° inciso 3° del Código del Trabajo, que sujeta a las disposiciones del Código del Trabajo los aspectos o materias no regulados en dicho estatuto especial, teniendo competencia el juzgado laboral para conocer de la denuncia intentada, que se substancia según dicho procedimiento, conforme al artículo 420 letra a) del mismo cuerpo legal, artículos que han sido infringidos, al igual que las otras normas laborales que cita el actor, corresponde acoger la causal de nulidad invocada, por haber existido infracción de ley, que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que corresponde anular tanto el fallo como el juicio, puesto que el principio de inmediación exige que sea el juez que falle la causa el que tenga acceso directo a la prueba, y no el que quedó inhabilitado por haber emitido pronunciamiento al rechazar la demanda.

(iii)Unificación de Jurisprudencia: La demandada interpone recurso de unificación de jurisprudencia en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que dio lugar al recurso de nulidad interpuesto por la demandante en contra de la sentencia de primera instancia que en un principio rechazó la demanda y, en sentencia de reemplazo, la acogió.

Que la materia de derecho propuesta por el recurso- dilucidar si los tribunales laborales son competentes para conocer de las demandas por tutela de derechos fundamentales que afectan a los funcionarios públicos-, constituye una cuestión jurídica respecto de la cual, en la actualidad, no hay diferentes interpretaciones, pues la sentencia impugnada se ajusta al modo en que el asunto ha sido resuelto por esta Corte, a partir de la sentencia dictada el 30 de abril de 2014 en el recurso de unificación ingreso N° 10.972-2013. En este se determina, que los tribunales laborales son competentes para conocer de aquellas demandas por tutela de derechos fundamentales interpuestas por funcionarios públicos. En el escrito de la

demandada, que contiene el requerimiento, no se aporten nuevos antecedentes, en los términos del artículo 483 A del Código del Trabajo, que conduzcan al reestudio de lo decidido y a la elaboración de una nueva concepción de la materia, razón por la cual debe declararse inadmisibles el recurso de unificación planteado. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 483 y 483 A del Código del Trabajo, se declara inadmisibles el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto contra la sentencia de dieciséis de diciembre de dos mil quince.

(iv) Sentencia de reemplazo dictada por tribunal a quo. En virtud de lo dispuesto por la Corte de Apelaciones, se substancia un nuevo juicio ante el Tribunal A quo, el cual señala que, habiéndose acreditado indicios suficientes de las vulneraciones de derecho invocadas, corresponde a la denunciada demostrar que las medidas de control implementadas por ella eran proporcionales y necesarias.

A este respecto, el sentenciador estima que, respecto de las razones que llevaron al municipio a traspasar las funciones del actor hasta despojarlo de su cargo, nada justificó la denunciada. Por el contrario, su actuar resultó totalmente exento de razones y por tanto injustificado y arbitrario.

A su vez, en cuanto a las razones que llevaron a la demandada a efectuar la calificación que realizó al actor en lista N°4 (deficiente) en el período 1 de septiembre de 2013 a 31 de agosto de 2014, y en relación con la prueba rendida, el sentenciador estima que resulta totalmente insuficiente para acreditar la idoneidad y proporcionalidad de la calificación aplicada, y menos aún explica la necesidad de la misma, teniendo en cuenta que ella significaba la destitución inmediata del actor de su cargo, luego de una carrera de más de 10 años en el municipio. En efecto, a juicio del tribunal, leídos los comentarios que debieron haber servido de base a la calificación del actor, se concluye que ellos resultan totalmente genéricos y vagos, y que no dan cuenta de hechos concretos, ni apreciaciones objetivas. Además, no se encuentran corroborados por ningún otro antecedente acompañado al juicio.

Por estos motivos, se acoge la denuncia de tutela laboral fundada en discriminación por motivos políticos, en los términos del Art. 2º inc. 4 del Código del Trabajo, en relación con el artículo 19Nº16 de la Constitución Política de la República.

No obstante, no pudiendo acogerse la petición principal de reintegro del actor a sus funciones y pago de las remuneraciones por período de separación ilegal, por encontrarse firme el proceso de calificación del período 1 de septiembre de 2013 a 31 de agosto de 2014, e incluso revisado por la Contraloría General de la República, deberá estarse a la petición subsidiaria. En tal sentido, se acoge la petición de indemnización del artículo 489 inc. 3º del Código del trabajo, la que, atendida la gravedad de las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas, se fijará en el máximo legal establecido al efecto, esto es, el equivalente a 11 meses de la última remuneración del actor.

**Comentarios:** Resulta interesante esta sentencia en cuanto a la interpretación discordante que hace el tribunal de primera instancia con respecto a las interpretaciones de otros tribunales que hemos leído anteriormente y más aun habiendo unificación de jurisprudencia emanada de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que permite la interposición de la acción del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios públicos, calidad que tiene el actor en el caso sub lite.

Pareciera ser que el tribunal buscó una vía fácil de evasión, para evitar pronunciarse acerca del fondo del asunto, de lo contrario no se explica su razonamiento, discordante en cuanto a la mayoría de los fallos nuevos -año 2015 y siguientes- que establecen justamente una jurisprudencia contraria a la del caso de marras. En ese sentido, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, conociendo el recurso de nulidad y de unificación de jurisprudencia, respectivamente, vuelven a esclarecer cual es el criterio que prima en esta materia, y que en último término es el reconocimiento y protección de las Garantías Fundamentales de todos los trabajadores, incluidos los Funcionarios Públicos.

En relación a lo anterior, observamos en este caso, el dilema que una y otra vez se ha venido presentando a lo largo del análisis y lectura de las diversas sentencias: por una parte, la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos y por otra parte la autonomía y facultad de disposición que tienen los Servicios Públicos, que a fin de cuentas tienen como objetivo fundamental el bien común.

Como hemos expresado en el párrafo anterior, la tendencia actual, y con la cual estamos acorde, es permitir que al funcionario público le sea aplicable el

Procedimiento de Tutela Laboral, por tratarse de una materia no regulada en el Estatuto Administrativo y por no ser en ningún caso contraria al mismo. A nuestro parecer, no por tener la calidad de funcionario público estos trabajadores deben verse imposibilitados de ejercer acciones para proteger sus Garantías Fundamentales, que por lo demás debiesen siempre ser dignas de protección independiente de la calidad que el sujeto ostente.

## **Ficha N° 12**

**Causa Rol:** T-3-2015 (“PEÑAILILLO MACHER con OCEGTEL S.A.”)

**Tribunal:** Juzgado de letras del Trabajo de Calama

**Partes:** (i) Demandante: Pamela Paskale Peñailillo Macher  
(ii) Demandado: OCEGTEL S.A.

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** despido injustificado.

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por estado de embarazo.

**Normas legales y/o normas constitucionales vulneradas:** Art.19 N°1 de la CPR en relación con los artículos 5 inciso 1, 2, y 489 todos del Código del Trabajo.

**Antecedentes:** Doña Pamela Peñailillo comenzó a prestar servicios para la demandada a partir del mes de enero del año 2010, en la función de Jefe de Prevención de Riesgo, la que realizó de manera continua e ininterrumpida en varios periodos, hasta su despido, por lo que su contrato de trabajo era de carácter indefinido.

La actora relata que la buena relación laboral con la empresa demandada cambió de manera radical, cuando la demandante comunica a su empleador, con fecha 6 de junio de 2013, que se encontraba embarazada. A partir de esta comunicación, habría comenzado un acoso laboral por parte de la demandada, quien le indica a la actora la imposibilidad de reubicarla en otra faena, como es solicitado por una orden médica que esta presenta, debido a su situación de embarazo. La situación culmina con la solicitud de desafuero de la demandante, lo que se le comunica a la actora el 15 de

julio de 2013, por la causal del artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo, de la cual, no obstante, el empleador finalmente termina desistiéndose.

El 16 de diciembre de 2013, tiene lugar el nacimiento de la hija de la actora, comenzando esta a hacer uso del descanso post natal que termina el 1 de junio de 2014. Finalizado el descanso posnatal, la demandante pretende regresar a sus funciones para lo cual debe entrevistarse con la encargada de Recursos Humanos. Esta última le señala que la empresa no tiene dónde reubicarla, ya que la demandante insiste, al igual que durante su estado de embarazo, que por su condición de maternidad debe ser reubicada en la Ciudad de Calama, donde pasó todo su descanso pre y postnatal. Se le indica que debe esperar la respuesta del Gerente de Finanzas en relación a su situación y petición. A la espera de esta respuesta, la denunciante concurre tres días seguidos a las instalaciones de la empresa, obligada a cumplir horario de trabajo, pero sin ninguna labor que hacer.

El 26 de junio, la actora presenta una licencia médica, extendida por un problema de salud de su hija, dedicándose en consecuencia a su cuidado.

El 3 de julio de 2014 se dirige a hablar con el Gerente de Finanzas, preocupada por el pago de la sala cuna de su hija, cuestión que contractualmente debía soportar la empresa. Se le indica por parte de este que se le enviará carta informando negativa del pago de la sala cuna- por no ser de aquellas con las que la empresa mantiene un convenio-, negativa de reubicarla, manteniéndola solo porque era obligatorio, e indicándole que debe trasladarse a la faena en la que estaba trabajando, ubicada en Antofagasta, advirtiéndole que a aquella faena solamente le quedaban dos meses de funcionamiento.

Señala la actora que, al término de la licencia médica de 23 de octubre de 2014, concurre ante su nuevo Jefe de Relaciones Laborales, informándole que su padre habría fallecido el día 20 de octubre, por lo que requería que se le otorgaran los permisos respectivos. Esta petición habría sido negada en un primer momento, para posteriormente señalarle que se le regalarían 7 días para que supere el momento.

La actora se presenta a trabajar nuevamente el día 29 de octubre de 2014, en las dependencias de la empresa en Calama y le es indicado por la demandada que no estaba finiquitada y que, por lo tanto, debía trasladarse a Antofagasta para concurrir

a la obra que se estaba desarrollando ahí, a la cual le quedaban 15 días de labor, debiendo costear la actora los costos del traslado, alojamiento y sala cuna. La actora sostiene que aún en circunstancias en que no se consideraba su situación de maternidad reciente, estaba dispuesta a trasladarse a la ciudad de Antofagasta, pero pide ayuda por lo menos para el traslado, ayuda que le es negada.

Finalmente, el 11 de diciembre de 2014, la actora comunica a su empleador que ha decidido poner término a la relación laboral por despido indirecto, arguyendo que se le ha vulnerado en su integridad física y psíquica y se han realizado actos discriminatorios en su contra por haber estado embarazada y en la posterior etapa de maternidad, hostigándola y ejerciendo en su contra acoso laboral.

**Defensa del denunciado:** La demandada sostiene que la actora ingresa a trabajar para la empresa el día 6 de mayo de 2013, siendo efectivo que mantuvo una relación de contratos discontinuos desde el año 2010, finiquitándose cada una de las relaciones. No obstante ello, el último contrato mutó en indefinido.

Niega que hubiese habido malos tratos y hostigamiento en contra de la actora, ni menos actos discriminatorios como ella los relata, una vez comunicado el embarazo. Nunca se le negó el pago de la sala cuna e indica que la actora fue contratada para trabajar en el sector “La Negra” de Antofagasta, por lo que a su regreso del postnatal se le indica que debe volver a tal obra, por lo que el intentar cumplir el contrato de trabajo por parte de la empresa no puede implicar un daño a la demandante.

La demandada explica que se encuentra atravesando por grandes dificultades económicas, producto de lo cual no mantiene en la actualidad obras en ejecución con ningún mandante, por lo que la trabajadora demandante debía mantenerse en las oficinas centrales, pero sin que existiera faena en ejecución. Señala que se ha debido desvincular a muchos trabajadores de la empresa por la compleja situación económica.

Sostiene que no existen indicios de vulneración de derechos fundamentales, puesto que la solicitud de desafuero que se efectuó no puede tener aquél carácter, el otorgamiento de las funciones convenidas, tampoco puede tomarse como indicio, debido a que no es imputable a la empresa, ya que la única faena que se encontraba en ejecución era la faena del sector de La Negra en Antofagasta, lugar al cual la



demandante no pudo o no quiso trasladarse. Las demás denuncias efectuadas en la demanda, surgen de los mismos hechos, encontrándose imposibilitada la empresa de otorgar una respuesta diferente a la trabajadora.

**Pronunciamiento del Tribunal:** El tribunal determina en primer lugar que, sobre la extensión de la relación laboral entre las partes, se dejará sentado que esta debe considerarse como una sola relación laboral continua, desde enero del año 2010 hasta el término por el despido indirecto el 11 de diciembre de 2014.

Respecto de la acción de tutela laboral de derechos fundamentales, el tribunal estima, en relación a lo establecido en los artículos 485, 489 y 493 del Código del Trabajo, que las garantías que se reclaman vulneradas en la presente causa,-esto es, el derecho a la integridad física y psíquica, así como el derecho a la no discriminación,- no se han visto vulnerados, en el entendido que los hechos acreditados mediante la prueba presentada no cumplen con los requisitos necesarios para calificar el conflicto como una vulneración de derechos fundamentales tal como indica la demandada. La negativa de reubicación, solicitada por la demandante en razón primeramente de su embarazo y después en razón de su condición de maternidad, en una faena en la ciudad de Calama en vez de la ciudad de Antofagasta, y por el contrario, su consecuente destinación a la ciudad de Antofagasta-única obra activa de la empresa-, es una cuestión que es parte de un conflicto entre la demandante y el demandado, que puede llevar un perjuicio a la demandante y que puede denotar incluso una actuación por parte del empleador bajo lo esperado en esas situaciones, pero no es posible catalogarlo como un hecho vulneratorio o aún como indicio de vulneración de derechos fundamentales. Para esto, debe atenderse también a la justificación que entrega la empresa, en orden a no existir en ese momento otra faena donde destinar a la demandante, cuestión que parece razonable y suficientemente acreditada en autos.

Con respecto al daño psicológico, ese daño no es posible conectarlo –nexo causal- con la vulneración de los derechos de la demandada.

En tal sentido, el conflicto que ciertamente tiene lugar en la relación laboral de la demandante no se valora como un conflicto de derechos fundamentales o una vulneración de garantías de la trabajadora, no porque no haya existido afectación

emocional para la trabajadora, sino que, porque los hechos que se describen no cumplen con tal carácter.

Se descarta, además, como hecho vulneratorio o aun indiciario de vulneración de derechos fundamentales, la sola solicitud de desafuero durante el embarazo del denunciante, puesto que el ejercicio del derecho a solicitar desafuero, sin perjuicio del resultado del mismo, no puede calificarse como un hecho vulneratorio, ya que es una prerrogativa entregada por el propio legislador al empleador demandante.

En consecuencia, se rechaza la acción principal, al considerarse que los hechos vulneratorios señalados en la demanda, a lo menos, no han sido debidamente acreditados en juicio y los que fueron acreditados, no tienen la entidad suficiente para ser catalogados como vulneración de derechos fundamentales.

\*El tribunal posteriormente acoge la acción subsidiaria de despido indirecto, tema sobre el cual no nos extenderemos, al exceder el campo de estudio de este trabajo.

**Recurso de Nulidad:** Recurre la parte demandante, declarándose posteriormente en abandono del recurso por no concurrir el abogado de la actora a los alegatos.

**Comentarios:** Nos parece que, en la sentencia en comento, el análisis del tribunal no es del todo acertado; si bien concordamos con en el en cuanto a que no es posible acoger la demanda de tutela de derechos fundamentales, estamos en desacuerdo del porqué no es posible acoger la misma.

En primer lugar, es criticable la presentación de la demanda, en cuanto en esta no se identifica de forma clara el o los actos o hechos que la demandante estima como discriminatorios. Esta última hace tan solo una enumeración de los hechos ocurridos, como la negativa de reubicación en la Ciudad de Calama, en vez de la Ciudad de Antofagasta en donde desempeñaba sus funciones previo al embarazo, la solicitud de desafuero por parte de la demandada, la negativa por parte de la empresa de pagar la sala cuna, una vez nacida su hija, el comportamiento desdeñoso hacia su persona por parte de la jefatura, no indicándosele solución para su situación y afirmando que se la mantiene en la empresa tan solo por su fuero maternal etc., pero sin relacionarlo de forma explícita en ningún momento a cuándo se supone ocurrió la discriminación alegada y cómo esta se habría configurado. Para la demandante el

relato en sí representa una discriminación y una vulneración a su derecho a la integridad física y psíquica.

Consideramos, a diferencia del tribunal, que alguno de los hechos relatados por la actora sí podrían constituir indicios vulneratorios del derecho a la no discriminación, por ejemplo, la negativa de pago de la sala cuna, que por contrato correspondía a la empresa. En ese sentido, un relato correcto que enlazara de manera apropiada todos los hechos expresados por la actora, habrían tenido mucho más potencial para justificar un actuar discriminatorio en razón de su embarazo, habida consideración de que muchas de las conductas desplegadas por la denunciada precisamente estaban determinadas por ese elemento (no pago de sala cuna y solicitud de desafuero).

En ese sentido, consideramos que la justificación presentada por la empresa demandada-imposibilidad de reubicación de la demandante por no existir otra faena activa- resulta bastante razonable para justificar el despido, más no para explicar el resto de las conductas.

Punto a tomar en cuenta también, es que ambas partes fallaron en la presentación de prueba para poder resolver el asunto de una forma u otra, optando el tribunal por no acoger la demanda primaria, pero si la subsidiara de despido injustificado.

### **Ficha N° 13**

**Causa Rol: T-42-2016 (“ZÁRATE GONZÁLEZ con SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE DESARROLLO SOCIAL DE ANTOFAGASTA”)**

**Tribunal: Juzgado de letras del Trabajo de Antofagasta.**

**Partes:** (i) Demandante: Santiago Didier Zarate González  
(ii) Demandado: Secretaría Regional Ministerial de Desarrollo Social de Antofagasta

**Hecho o acto discriminatorio recurrido:** Carta de aviso de término de la relación laboral, que se hace efectiva con fecha 31 de diciembre de 2015, supuestamente por no ser de afiliación política similar a la de la SEREMI a cargo, y producto de su enfermedad

**Categoría sospechosa invocada:** Discriminación por ideología política.

**Normas legales y/o normas constitucionales vulneradas:** Art.19 de la CPR N° 16 y artículos 485 y 489 del Código del Trabajo.

**Antecedentes:** Don Santiago Didier ingresó a prestar servicios para la demandada con fecha 7 de abril de 2014, en calidad de profesional a contrata grado 5, en el cargo de Jefe del Departamento Regional de la Secretaria Regional Ministerial de Desarrollo Social de la ciudad de Antofagasta, nombramiento que se regulariza mediante Resolución Exenta N°108, de fecha 17 de febrero de 2015, del Ministerio de Desarrollo Social. Ingresó a la administración siendo en ese momento Secretaria Regional Ministerial doña Angélica Araya, manteniendo durante este periodo una evaluación de 69,7 puntos.

Con fecha 10 de agosto de 2015, el actor sufre un accidente cerebro vascular, siendo sometido a un largo tratamiento, y, en consecuencia, haciendo uso de licencias médicas hasta su desvinculación.

En el intertanto, es nombrada como Secretaria Regional Ministerial (SEREMI) doña Loreto Nogales, quien asume el cargo con fecha 31 de octubre de 2015. Esta última, hace envío-no teniendo facultades para ello- al actor, de carta de aviso de término de la relación laboral, que se hace efectiva con fecha 31 de diciembre de 2015, no sin antes calificarse mal su desempeño.

Se señala por ende que, el trabajador fue discriminado por encontrarse con licencia médica y no ser de la afiliación política de la nueva SEREMI, doña Loreto Nogales.

Durante el lapso de tiempo que se despidió al actor, no se desvinculó a ningún otro funcionario y se le sustituyó por un nuevo funcionario más a fin con la SEREMI.

**Defensa del denunciado:** En primer lugar, el demandado opone excepción de incompetencia, fundada en que es un hecho reconocido que la vinculación del actor con la demandada era la de un funcionario público regido por el Estatuto Administrativo, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo, este tribunal no puede resolver situaciones derivadas entre el Estado y sus funcionarios.

En cuanto a la denuncia de discriminación indica que, el actor da cuenta de tres hechos discriminatorios: a) mala calificación de desempeño; b) discriminación por

licencias médicas y; c) falta de afinidad política con la jefa del servicio. Todo aquello es falso, toda vez que la SEREMI se abstuvo de calificar al actor, las licencias médicas siempre fueron recepcionadas, además del hecho que el actor es de la misma línea política de la SEREMI y pertenecen al mismo partido.

Agrega que la remoción del funcionario operó por el sólo Ministerio de la Ley, y que la demanda no puede prosperar dado que la vinculación de las partes escapa a la esfera del Código del Trabajo; en ese sentido, señala que la facultad de desvincular a un empleado a contrata, al no tener limitantes en la ley, se ejerce en forma discrecional y en el caso de autos dentro de lo que legalmente corresponde. Por consiguiente, no es efectivo que se pusiera término a la contrata vulnerando sus derechos, sino que el término obedeció al vencimiento del plazo contenido en la propia contrata.

Agrega, además, que el libelo no señala garantía fundamental alguna que haya sido vulnerada por el demandado, lo que indica una denuncia sin fundamento.

En cuanto a los dichos del actor, en relación a carecer de facultades la SEREMI para poner término a la contrata, cabe mencionar que incurre en una equivocación el demandante, toda vez que el término de la contrata no obedeció a voluntad alguna, por ende, el vicio de nulidad que supuestamente se da en el despido, no procede en este caso y por lo demás, no vendría a ser una materia de resolución en la que tenga competencia este Tribunal.

Finalmente, en cuanto a lo relativo a las licencias médicas presentadas por el actor, es menester referir que estas no confieren inamovilidad de la contrata, por lo que el servicio se encuentra en pleno derecho para proceder con el despido

**Pronunciamiento del Tribunal:** En cuanto a la excepción de incompetencia, y conforme a la revisión de los artículos 1, 485 y 495 del Código del Trabajo y el artículo 9 de la Ley N° 20.530, cabe señalar, y como lo han sostenido nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que las normas sobre tutela laboral, por no encontrarse en el estatuto que rige las relaciones entre el Estado y los funcionarios que en él se desempeñan y por no ser contrarias con el mencionado estatuto, se hacen plenamente aplicables al caso de autos, por lo que se rechaza la excepción intentada.

En cuanto al fondo, no obstante que conforme al artículo 10 de la ley 18.834, el término de la contrata se encuentra revestido de legalidad, de igual modo podría ser vulneratorio de derechos si se afectan las garantías del artículo 485 del Código de Trabajo. En este sentido, y como lo manifiesta la doctrina, un despido o término de contrato en el que se invoca una causal de aquellas contenidas en la ley, deviene en un despido atentatorio de derechos fundamentales si la decisión de prescindir de un trabajador se basa exclusivamente en las motivaciones ilícitas contenidas en el artículo 2 del Código del Trabajo.

Conforme a este tribunal, en la demanda del actor se presentan los siguientes indicios de vulneración: a) que la SEREMI de desarrollo Social de Antofagasta, sin habersele delegado facultades procede a despedir al trabajador; b) que en el lapso de tiempo en que se desvinculó a don Santiago, no se despidió a nadie más y simplemente se le sustituyó por otro funcionario más a fin con la SEREMI y; c) que el cargo de don Santiago no es un cargo de exclusiva confianza, sino que es un cargo del escalafón profesional contrata grado 5 de la Escala Única de Sueldos de la SEREMI, por lo que su remoción no puede corresponder a la voluntad y simple arbitrariedad de la o el jefe de turno.

En relación al primer indicio y conforme a lo establecido en los artículos 10 de la Ley N°18.834, los artículos 146 y 153 del mismo Estatuto y los artículos 146 letra f) y 153, se desprende que lo que ha ocurrido en la especie es una comunicación al empleado en el sentido que no se prorrogaría la contrata para el año siguiente, por lo que malamente puede existir un despido por una autoridad no facultada para ello, como se sostiene en la demanda.

Que, en relación con las funciones del actor, estas no se encuadran en aquellos cargos de exclusiva confianza que se menciona en el artículo 7 del Estatuto, como busca hacer presente la demandada.

Por su parte, conforme a la prueba testimonial rendida, resulta claro que la decisión de no renovación tampoco se justifica en las calificaciones del actor, sino por el contrario, queda demostrado que la decisión de no renovar la contrata la sugiere la actual SEREMI, toda vez que requiere a su lado a alguien de confianza que definitivamente no es el actor, aunque militen en el mismo partido político.

En consecuencia, la demandada no ha podido justificar que su decisión de no renovar la contrata no obedece a motivos discriminatorios, en este caso en razones de afinidad política (que se pueden dar dentro de un mismo partido político), por lo que el tribunal rechaza la excepción de incompetencia interpuesta por la demanda y acoge la demanda de autos obligando al denunciado a pagar 6 remuneraciones en conformidad con lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Trabajo, indemnización a título de feriado e indemnización a título de feriado proporcional. Se condena también en costas a la denunciada por haber resultado vencida.

**Recurso de Nulidad:** En contra del referido fallo, la demandada deduce recurso de nulidad invocando las siguientes causales: letra a) del artículo 478 del Código del Trabajo (sentencia pronunciada por juez incompetente) ;En subsidio, la causal contenida en el artículo 477 del Código del Trabajo,(por haberse dictado la sentencia con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo); En subsidio de las causales anteriores, la de la letra e) del artículo 478 del Código del Trabajo(sentencia hubiere sido dictada con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 o 501 inciso final del Código, según corresponda); Finalmente, la de la letra b) del artículo 478 del Código del Trabajo,(sentencia pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica).

Esta Corte estima que, la primera causal de nulidad, referida a la incompetencia del tribunal no puede prosperar. Más allá de las diferencias obvias en la naturaleza jurídica de los vínculos funcionario y laboral, el Código del Trabajo constituye un régimen común y básico para las materias que no se regulen expresamente en los estatutos específicos de los funcionarios. Basta lo anterior, y la constatación, que el recurso no señala ningún estatuto jurídico aplicable a los trabajadores públicos que regule la forma de reclamación en sede jurisdiccional de una eventual discriminación de sus derechos constitucionales o actos de discriminación cometidos en el desarrollo de la misma. En efecto, el procedimiento a que se refiere el recurrente, establecido en el artículo 160 del Estatuto Administrativo, está dispuesto no para un órgano jurisdiccional sino para la Contraloría General de la República. Se trata de un mecanismo que mira a la corrección de los vicios de legalidad de los derechos que el

propio estatuto concede a los funcionarios y, por ende, tampoco tiene el objeto de la tutela laboral. Finalmente, debe recordarse que en esta materia la Excma. Corte Suprema ha unificado la jurisprudencia, estableciendo la competencia de los Juzgados del Trabajo, en casos como el que nos ocupa. A modo ejemplar, citamos la sentencia de 30 de abril del año 2014, dictada en autos Rol N° 10972-2013 o la de dieciséis de agosto de este año en autos Rol N° 7.417-2016.

Por otra parte, contrario es lo que sucede en relación con la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, por haberse dictado la sentencia con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, particularmente en relación con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, en relación con lo señalado en el artículo 493 del referido Código. En ese sentido, el sentenciador estima que el problema que plantea la infracción de ley de las normas del Estatuto Administrativo que se denuncia, no representan otra cosa que el fondo de la controversia.

Por lo mismo, debe convenirse que el actor cesó en sus funciones, por el solo ministerio de la ley, conforme a las normas estatutarias ya señaladas. No cabe pues, hablar de despido en la decisión de no renovación en la medida que, antes de ello, concurre una causa legal de terminación de sus funciones, ni resulta asimilable el instituto a los trabajadores públicos.

Esto trae un primer problema: conforme al artículo 485 del Código del Trabajo el procedimiento de tutela laboral se aplica a las cuestiones suscitadas en la relación laboral, incluyendo, por cierto, la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido – art.489-. Si en este caso debe convenirse que la relación existente entre las partes terminó por el solo ministerio de la ley y, por ende, en ello no puede haber reproche alguno respecto de la vulneración de derechos fundamentales o actos de discriminación ilícita y, por lo mismo, no existiendo un acto de despido, ni otro que pueda asimilarsele, la decisión de no persistir en el vínculo existente, necesariamente no pertenece a la relación misma, constituyendo una cuestión distinta e independiente con el vínculo fenecido y, por lo mismo, no resultan aplicables el procedimiento tutelar invocado.



Que, de esta manera, debe convenirse que la sentencia impugnada aplicó erróneamente lo previsto en los artículos 10 y 153 de la Ley N° 18.834 en la medida que, por una parte, no consideró que la relación funcionaria existente entre las partes terminó por el sólo ministerio de la Ley al vencimiento del plazo de vigencia de la contrata del actor, al tiempo que la decisión de no renovación de la misma, fue adoptada sin incurrir en un acto de discriminación ilícita.

**Sentencia de reemplazo:** Que, conforme a lo dicho, el término del contrato no fue, sino, por una causal expresamente prevista en el Estatuto de los funcionarios públicos y que se produce por el sólo ministerio de la ley. Por lo mismo, no requiere, ni depende de decisión o calificación administrativa alguna y, por ende, crítica alguna puede efectuársele desde el punto de vista de una supuesta discriminación ilícita.

Que, por tanto, y por lo establecido en el recurso de nulidad, se rechaza la excepción de incompetencia deducida por la parte demandada y se rechaza en todas sus partes la demanda deducida por don Santiago Didier.

**Unificación de jurisprudencia:** Actualmente se encuentra en tramitación ante la Corte Suprema.

**Comentarios:** El tema de las relaciones laborales a contrata, resulta ser un tema bastante discutido y delicado en cuanto a la aplicación del procedimiento de tutela laboral. Si bien nuestros Tribunales Superiores de Justicia han establecido en sentencias de unificación de jurisprudencia la viabilidad de que este tipo de trabajador accione a través de este procedimiento para proteger sus derechos vulnerados, la cuestión no deja de estar exenta de cuestionamientos. Nuevamente, y como hemos hecho mención en fichas anteriores, nos encontramos en una delgada línea entre varios principios del derecho del Trabajo de los cuales hasta ahora ha salido victorioso el de la protección al trabajador, reconocida parte más débil, independientemente de la calidad que este ostente.

Nos parece interesante el análisis que hace el tribunal de primera instancia, en cuanto a que, sin perjuicio de que la no renovación de la contrata no constituye un despido per se, igualmente puede ser calificado como un acto discriminatorio, y el Tribunal- como ocurre en el caso de marras- perfectamente puede hacer esa evaluación de mérito. De esta forma el empleador, se ve obligado a esgrimir un

motivo, que se condiga con la realidad y de una justificación del porqué se le puso fin a la contrata, y no incurra en un actuar discriminatorio. Es así como en el caso de marras-y en su efecto para cualquier caso en el que se alegue que hubo algún tipo de discriminación-, son de gran relevancia los indicios que presenta el trabajador, para acreditar que efectivamente lo que motivó la no renovación de la contrata fue un motivo político y no solamente la llegada del plazo estipulado para su fin.

Por lo anterior, nos resulta bastante curioso el análisis que hace el tribunal de alzada, el cual, si bien acepta la competencia de los tribunales laborales, en los tipos de casos como el que se tramita en autos, rechaza por otro lado la existencia de discriminación alguna, argumentando que, por tratarse la no renovación de la contrata de un hecho que ocurre por el solo ministerio de la ley, no es posible calificarlo de despido per se -no pudiendo aplicarse entonces el artículo 485 del Código del Trabajo-, por lo que tampoco corresponde al tribunal hacer valoración alguna al respecto, pronunciándose en relación a una supuesta discriminación ilícita o no. En nuestra opinión, el razonamiento del tribunal de alzada es erróneo, en cuanto llevaría a una línea jurisprudencial en la que los funcionarios públicos que están regulados bajo el régimen a contrata se vean completamente desprotegidos en cuanto a la protección de sus derechos fundamentales y en especial en cuanto la protección de su derecho a la no discriminación. Si todos los tribunales aplicaran la línea argumentativa enunciada previamente, no se acogería ninguna de las demandas interpuestas por estos trabajadores, en el entendido que los tribunales no son aptos para hacer una evaluación de mérito con respecto a un hecho que supuestamente ocurre por el sólo ministerio de la ley.