

# La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances

**Eugenia Paz Fuenzalida Reyes**

Jueza del 1<sup>er</sup> Juzgado del Trabajo de Santiago

Abogada de la Universidad de Chile

Magister en Derecho Laboral

Universidad Adolfo Ibáñez

## I. Introducción

El 31 de marzo de 2008 empezó a regir –de manera gradual– la nueva justicia laboral en Chile. Un año después, el 30 de octubre de 2009, todo el país contaba con nuevos tribunales laborales<sup>1</sup>. La reforma nace como una política pública que busca mejorar la resolución de conflictos laborales surgidos de la relación entre el trabajador y el empleador, a través de un sistema oral, público y transparente ante los tribunales de justicia<sup>2</sup>. Uno de los objetivos contemplados en la reforma es brindar tutela judicial efectiva a los derechos de los trabajadores y trabajadoras del país. Para esto, se creó el denominado procedimiento de tutela, para el caso de que los derechos fundamentales de los trabajadores sean afectados.

En el marco de este procedimiento, destaca la protección a la discriminación laboral. Según estudios elaborados –previos a la implementación de la reforma– por la Dirección del Trabajo, más de un tercio de los entrevistados, es decir, el 37% de la población encuestada, declaraba haberse sentido discriminado en alguna situación en particular. Sumado a esto, la encuesta realizada por el movimiento ciudadano *Despitudados*<sup>3</sup>, sostiene que más del 75% de los entrevistados cree que en Chile hay discriminación laboral.

Por estas razones, la discriminación en materia laboral y su reconocimiento en el procedimiento de tutela de derecho se visualizan como trascendentales en nuestro país. En consecuencia, a tres años de la implementación de la reforma laboral, es juicioso examinar la jurisprudencia en esta materia.

<sup>1</sup> Agradezco los comentarios del profesor César Toledo Corsi en el borrador de este trabajo.

<sup>2</sup> Ministerio de Justicia, (2009); p.1.

<sup>3</sup> Se trata de una plataforma web 2.0 que permite a los ciudadanos del país denunciar toda forma de discriminación laboral por parte de empresas, organismos públicos y privados, en cualquier momento del proceso de empleo.

Dado lo anterior, el presente trabajo pretende dar a conocer de manera breve y sistemática los principales elementos de la figura de la discriminación laboral –a nivel teórico, conceptual y legal–, para posteriormente aproximarse al desarrollo que ésta ha experimentado en la jurisprudencia a partir del análisis de casos.

Se procura de esta forma contribuir a extender el conocimiento y la discusión de esta materia ampliando la comprensión respecto a la conceptualización que de la discriminación han efectuado los tribunales de justicia. Igualmente se indagará respecto a la recepción del concepto de discriminación indirecta por la jurisprudencia nacional, cuáles han sido las fuentes a las que los tribunales laborales han recurrido, cuáles son los rasgos discriminatorios más denunciados y los que han sido acogidos por los tribunales laborales y si ha existido una diferencia en el tratamiento jurídico de acuerdo al motivo de discriminación y cuáles son las razones que determinan tales decisiones. Asimismo, se pretende analizar la incidencia del juicio de proporcionalidad y de la prueba indiciaria para acoger o rechazar una demanda.

## II. Marco teórico

### i. Conceptualización

La expresión discriminación proviene del latín "*discriminatio*" y significa "separar" o "distinguir" en ese sentido. Para aproximarse al concepto de discriminación laboral, se debe entender que su origen implica comprender que se vive en un espacio de desigualdades. Como bien argumenta Sen, las desigualdades se originan a partir del hecho empírico de nuestra desemejanza en capacidades e incapacidades físicas y mentales, en vulnerabilidad ante las epidemias, en edad, en género, y también, naturalmente, en las bases sociales y económicas de nuestro vivir y nuestra libertad<sup>4</sup>.

La igualdad tiene un "significado emotivo positivo"<sup>5</sup>, pues, como sostiene Sartori, la desigualdad es "natural", la igualdad "desnaturalización". La igualdad no se entraña en un postulado lógico, ni como una experiencia fáctica "sino constituye un deber ético"<sup>6</sup>. Contraría a la idea de igualdad el estado de naturaleza que supone desigualdad. Es la igualdad ante la ley, es decir, la igual protección en leyes generales. Bajo este argumento, la Declaración de los Derechos del Hombre del año 1789 dispone en su artículo segundo que "la igualdad consiste en que todos tengan los mismos derechos"<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Sen (1992); p. 49.

<sup>5</sup> Bobbio (1993); p. 54.

<sup>6</sup> Zúñiga (1995); p. 172.

<sup>7</sup> *Ibidem* (1995); p. 173.

La ley opera como instrumento transformador de la realidad y cauce para la consecución de objetivos igualitarios en la esfera política, social, económica y cultural,<sup>8</sup> y por lo tanto goza de ciertas características para cumplir con tal igualdad, como son su universalidad /generalidad y la exclusión de toda discriminación arbitraria de autoridad, "entendiendo por discriminación arbitraria una discriminación introducida o no eliminada sin justificación, más brevemente, una discriminación no justificada (y en ese sentido injusta)"<sup>9</sup>.

El ordenamiento jurídico, entonces, reconoce el **principio de la igualdad** como una aspiración normativa entre todos los seres humanos respecto de los derechos cuya titularidad exige dicha condición "de ser humano"<sup>10</sup>. La igualdad se manifiesta en la Constitución Política como valor superior del ordenamiento, principio y derecho fundamental<sup>11</sup>. En el ordenamiento jurídico chileno, la igualdad está reconocida en el Art. 1º, que señala: "los hombres nacen libre e iguales en dignidad y derechos". Además, se expresa en el Art. 19 N° 2 y en el principio de no discriminación arbitraria.

Tal como se mencionó, la idea de igualdad ante la ley supone que se establezcan mecanismos que no distingan arbitrariamente a los hombres en sus derechos. Eso no quiere decir que todas las diferencias sean relevantes para el juicio de igualdad, sino sólo las esenciales cuando son arbitrarias, ya que carecen de razonabilidad<sup>12</sup>. Como expresa Gamonal, la médula del principio de igualdad implica determinar cuándo se está en presencia de una diferencia o igualación razonable y cuándo ante una discriminación o equiparación injusta.

En ese sentido, la idea de discriminación, es decir, "separar" o "distinguir", no es contraria a lo que se considera como justo. No obstante, lo injusto de la discriminación recae en el hecho de que a partir de ciertas características de los sujetos, como son el sexo, la raza, el color, la religión, la filosofía, la tendencia sexual, entre otros, se anule la igualdad ante la ley y se atente contra la dignidad de las personas.

La discriminación puede manifestarse en cualquier espacio social, y suele presentarse. De acuerdo a lo planteado por Ugarte, la relación de dependencia y subordinación que se establece en el derecho del trabajo quiebra el esquema de igualdad en que se ejercen las relaciones en el derecho privado, generando un "escenario óptimo para potenciales ataques y menoscabos de los derechos fundamentales de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica"<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Zúñiga (1996); p. 19.

<sup>9</sup> Zúñiga, op. cit., p. 173.

<sup>10</sup> Gamonal (2003); p. 85.

<sup>11</sup> *Ibidem* p.176.

<sup>12</sup> *Ibidem* p. 85.

<sup>13</sup> Ugarte (2009); p. 78.

Jeffrey Reitz<sup>14</sup> define la discriminación laboral como aquellas decisiones negativas de empleo basadas en criterios como origen o lugar de nacimiento, en lugar de considerar sólo las acreditaciones y calificaciones relacionadas con la productividad potencial del empleado.

En cuanto a la extensión del concepto legal, las corrientes del derecho antidiscriminatorio europeo y norteamericano han determinado que existen dos nociones básicas de discriminación, a saber, la discriminación directa y la discriminación indirecta. En las discriminaciones directas el demandante debe probar que es víctima de acción **discriminatoria** del empresario. En cambio, la discriminación indirecta se da bajo **prácticas formalmente justas, pero discriminatorias** en su puesta en ejecución o realización. Por lo tanto, la discriminación indirecta es una medida neutra que desfavorece injustificadamente a las personas<sup>15</sup>. Por lo tanto, se entiende que la discriminación directa se produce cuando la persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga en razón de su raza, religión, sexo, edad, etc. Y la discriminación indirecta se produce cuando una decisión unilateral aparentemente neutra ocasiona una desventaja a una persona por alguna de las razones mencionadas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

En ese sentido, la discriminación es directa cuando hay normas y prácticas que, de manera expresa, excluyen o dan preferencia a determinadas personas sólo porque pertenecen a tal o cual grupo. Los anuncios de vacantes en los que se desaconsejan sin disimulo las candidaturas de trabajadores casados o de personas que hayan cumplido ya cierta edad o que tengan un color de piel o unas características físicas determinadas son ejemplos de discriminación directa. Estas discriminaciones hunden sus raíces en prejuicios y apreciaciones sesgadas sobre la capacidad o la conciencia profesional de las personas pertenecientes a determinados colectivos, ajenos a sus calificaciones y experiencia reales. Esta forma de clasificar de antemano a la gente es discriminatoria, porque exige implícitamente que las personas pertenecientes a una asociación desfavorecida tengan las mismas características que se postulan como propias del sector dominante de la sociedad<sup>16</sup>

En el caso chileno, el artículo segundo del Código del Trabajo, previo a la elaboración del listado de rasgos discriminatorios, deja sentado que son contrarios a la legislación laboral los actos discriminatorios, expresión cuya amplitud permite incluir tanto la discriminación directa como indirecta, posibilidad expresamente recogida en un interesante –aunque no del todo exacto– fallo, según se reseñará en acápite referido a la jurisprudencia nacional.

<sup>14</sup> Carmona K., Véliz Fernando; p. 9.

<sup>15</sup> Ibídem p. 84.

<sup>16</sup> Tomei (2003); p. 445 .

## ii. Instrumentos de política antidiscriminatoria.

La normativa nacional en el Art. 19 N° 2 de la **Carta Fundamental** consagra como garantía constitucional la igualdad ante la ley, es decir, en Chile no hay personas ni grupos privilegiados. Agrega el inciso segundo que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias o ilegales. Además, el Art. 19 N°16 en su inciso tercero dispone que se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos<sup>17</sup>. Tal como sostiene Fernández, existe un consenso sin discrepancias con respecto a las diferencias razonables que la Constitución puede establecer. Éstas deben estar basadas en la lógica, la justicia, el bien común o que sean objetivamente justificables<sup>18</sup>.

En materia laboral, el alcance que tiene la igualdad en la Constitución se **restringe**, tal como se ha indicado en el apartado precedente. En este ámbito, la razonabilidad exige además que se funde en la capacidad o idoneidad personal, en la nacionalidad exigida por la ley o en la edad requerida por ésta<sup>19</sup>.

La restricción de la igualdad en materia laboral, sumada a la asimetría de las relaciones laborales, trajeron como consecuencia que la **doctrina laboral** se preocupara del estudio de aquellos derechos laborales denominados *inespecíficos*<sup>20</sup>. El ordenamiento jurídico reconoce como propios del trabajador sus derechos fundamentales, entre estos el derecho a la no discriminación. Ser discriminado por sexo, color, raza o religión se visualiza como un atentado a los derechos universales y por lo tanto no puede ocurrir al interior de la empresa.

Además, nuestro país ha ratificado **tratados internacionales** sobre derechos humanos que contienen la protección a derechos laborales en este ámbito. Así, el Convenio de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), afirma que la discriminación es "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". Por tanto, la discriminación en el trabajo consiste en una diferencia de trato basada en las características personales de un individuo, como la raza o el sexo, y **no en su perfil profesional**, que puede ser el idóneo para el empleo de que se trate. Con ello se le impone una desventaja o se le niegan ciertos beneficios, prestaciones y oportunidades de que gozan otros miembros de la sociedad<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Gamonal (2001); p. 76.

<sup>18</sup> Fernández (1997); p. 15.

<sup>19</sup> Ibídem p. 17.

<sup>20</sup> Gamonal (2009); p. 7.

<sup>21</sup> Ibídem p. 16.

### iii. La legalidad en la materia.

La ley N° 19.759 reformó diversas materias del Código del Trabajo. El nuevo inciso primero del artículo 5° del Código reconoce el límite que las garantías constitucionales constituyen respecto a las facultades del empleador, en especial cuando se pudiera afectar la intimidad, la vida privada y la honra de los trabajadores. Otra enmienda de interés es la nueva redacción del artículo 2° del Código del Trabajo, que perfecciona las normas que prohíben la discriminación en materia laboral<sup>22</sup>.

Sin duda, las enmiendas más importantes en esta materia son las leyes 20.087 y 20.269, que introdujeron cambios sustantivos en el sistema procesal laboral de nuestro país hacia un sistema oral, público y concentrado<sup>23</sup>. Dentro de la reforma al sistema laboral, se contempla el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Este procedimiento se aplicará cuando los derechos humanos resulten vulnerados por el empleador. Dentro de la protección de estos derechos se contemplan los actos discriminatorios durante la ejecución y término del contrato de trabajo<sup>24</sup>.

El marco legal está dado, entonces, por el artículo 2° del Código del Trabajo en materia de discriminación laboral a la luz del art. 19 N° 16 de la Constitución. La norma legal citada reconoce en primer término como contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. A continuación expresa que los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivo de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, 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.

A decir del profesor Ugarte, la redacción de esta norma limitó el derecho a la no discriminación laboral, en principio más restringido y mezquino que el derecho a la no discriminación laboral del artículo 19 N° 16 de la Constitución, cosa que podría afectar eventualmente con el tiempo a colectivos típicamente discriminados, como los portadores de VIH y los consumidores de drogas<sup>25</sup>.

A nuestro entender y para una correcta hermenéutica es importante el artículo 485 contenido en el Procedimiento de Tutela Laboral, que se refiere a los derechos fundamentales cuya afectación da lugar a la aplicación del procedimiento de tutela, remitiéndose en el inciso primero a derechos establecidos en la Constitución Política de la República y en el inciso segundo se indica que también se

<sup>22</sup> *Ibidem* p. 17.

<sup>23</sup> *Ibidem* p. 21.

<sup>24</sup> *Ibidem* p. 22.

<sup>25</sup> Ugarte *op. cit.*, p. 34.

aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto, que se refiere a las ofertas de trabajo con sesgo discriminatorio.

Para Gamonal, un despido discriminatorio es aquel basado exclusivamente en las motivaciones ilícitas contenidas en el artículo 2° del Código del Trabajo, por ejemplo por motivos de raza, edad, estado civil, sindicación o sexo, caso en el cual de no presentarse esos factores u opciones el trabajador hubiera continuado prestando sus servicios normalmente.

Al respecto, la enumeración del artículo 2° del Código del Trabajo de los rasgos discriminatorios reprochables se refiere a rasgos discriminatorios, respecto de los cuales el legislador ya ha realizado la ponderación, pero deja abierta la posibilidad de repeler, por la misma acción de tutela de derechos, otros actos de discriminación laboral, fundados en otros rasgos discriminatorios como es la opción sexual. Pero éstos no cuentan con una justificación razonable, dando cuenta que no ha sido la idoneidad o capacidad personal lo que ha tenido en cuenta al momento de discriminar. Ello, puesto que la enumeración contenida en la norma legal debe interpretarse a la luz del derecho a la no discriminación de fuente constitucional contenido en el artículo 19 N°16 de la Carta Fundamental, entendiéndose que las conductas descritas en el artículo 2° del Código Laboral no son sino un reforzamiento de conductas particularmente discriminatorias constatadas en las relaciones laborales.

En fallos nacionales de reforma laboral se ha sentado una suerte de *obiter dictum*, en cuanto a que el artículo 2° no es taxativo. En este sentido, en una de las primeras sentencias en la materia, de 25 de noviembre de 2009, dictada en causa RIT T-4-2009 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, se dijo que siguiendo a la doctrina ya asentada de la Dirección del Trabajo y en relación al inciso tercero del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, que consagra la única motivación para establecer diferencias de trato en el ámbito laboral, puede concluirse que la enumeración contenida en la norma laboral no es taxativa, ya que se trata de un catálogo que contiene conductas discriminatorias y que podrá abarcar a otras, en la medida que en su esencia reflejen un disvalor social del mismo tipo, como lo sería, por ejemplo, la discriminación en atención a la opción sexual del trabajador.

En otros pronunciamientos, como en causa RIT T-1-2009 del Juzgado de La Calera y T-159 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, en que se presentan denuncias por discriminación en razón de opción sexual y relación sentimental con una persona determinada, respectivamente, lamentablemente no se efectúa un análisis explícito, pero no obstante desecharse la denuncia por no existir indicios suficientes, implícitamente se reconoció la posibilidad de accionar por la vía de la tutela.

En el ordenamiento jurídico extralaboral se encuentran preceptos que prohíben la discriminación, como por ejemplo en la Ley N° 19.779, que establece las normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación legal para enfermedades catastróficas (Art. 7°); en la Ley N° 19.773, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (Art. 1°); en la Ley 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias u organizaciones religiosas (Art. 2°), y en la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Art. 8°). Además, la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, en el Art. 2° letra g) estatuye que los datos sensibles son los datos personales referidos "a las características físicas y morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias y convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual"<sup>26</sup>.

A tres años de la implementación de la reforma procesal laboral en todo el país, se hace pertinente el examen de la jurisprudencia a partir del análisis de casos para explorar si los tribunales de justicia han conceptualizado respecto a la discriminación laboral o lo han subentendido, así como para aproximarse a establecer si se ha recepcionado el concepto de discriminación indirecta, indagar en las fuentes a las que los tribunales laborales han invocado en el dictamen de sentencias, determinar cuáles son los rasgos discriminatorios más denunciados, establecer cuáles son los rasgos denunciados que han sido acogidos por los tribunales laborales y cuáles son las razones que determinan su adopción.

### III. Metodología

Para dar cumplimiento al objetivo de este artículo, se estableció una metodología de trabajo de carácter exploratorio, pues se intenta reconocer los antecedentes generales de la materia documentando experiencias a través de los casos extraídos de sentencias.

En este sentido, esta investigación pretende ser un aporte al conocimiento de la jurisprudencia en el procedimiento de tutela en los casos de discriminación laboral. Se procura hacer una aproximación a la determinación de cierto tipo de **tendencia** en la jurisprudencia nacional.

Para efectos de este artículo, se analizaron trescientas sentencias de casos asociados al procedimiento de tutela por discriminación laboral en los tribunales de primera instancia desde el inicio de la reforma laboral al primer semestre del

<sup>26</sup> Gamonal, op. cit., p. 17.



año 2011. Todas las sentencias que se citan, salvo mención expresa en contrario, se encuentran firmes. Todos los documentos que se analizaron son de carácter público y universal y fueron encontrados en el buscador del Poder Judicial.

#### IV. Jurisprudencia y análisis

Para realizar el examen de la jurisprudencia en cuanto a discriminación laboral se establecieron tres categorías de análisis. La primera está relacionada con el concepto de discriminación a partir de la jurisprudencia y se indagará asimismo respecto a la recepción del concepto de discriminación indirecta por la jurisprudencia nacional. La segunda hace referencia a los rasgos discriminatorios más denunciados y los que han sido acogidos por los tribunales laborales y si ha existido una diferencia en el tratamiento jurídico de acuerdo al motivo de discriminación, y la tercera, cuáles son las razones que determinan tales decisiones, analizando la incidencia del juicio de proporcionalidad y de la prueba indiciaria para acoger o rechazar una denuncia.

##### i. Concepto de discriminación en la jurisprudencia

Tras la exhaustiva revisión de las sentencias, se puede sostener que los tribunales de justicia han hecho un esfuerzo por conceptualizar y reflexionar con respecto a la discriminación laboral, abocándose a definir qué se entiende por discriminación laboral. Tal es el caso del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que en sentencia de 8 de marzo de 2011, dictada en causa RIT T-301-2010, considerando décimo tercero, acude a la normativa nacional e invoca la igualdad ante la ley. El magistrado define que ésta obliga a que sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación. De esta forma se puede decir que **la discriminación es la diferencia arbitraria, desigualdad de trato carente de justificación objetiva y razonable.**

En esta misma línea, en sentencia de fecha 19 de abril de 2010, dictada en causa RIT T-38-2010 del mismo tribunal, se afirma la consagración de la igualdad de los sujetos en dignidad y derechos y frente a la ley, no pudiendo efectuarse diferenciación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, etc., las que en principio son consideradas ilegítimas, de manera tal que "toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad". Luego, lo que prohíbe la ley es la discriminación o diferencia arbitraria, a saber, un **tratamiento distinto y carente de justificación objetiva y razonable.**

Al respecto, la sentencia de fecha 6 de abril de 2010, dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena en causa RIT T-2-2010, sostiene que el artículo

2° del citado cuerpo legal (Código del Trabajo) establece que son contrarios a los principios de la ley laboral los actos de discriminación. Luego, define que se entenderá por acto discriminatorio las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de, entre otros, la edad, que tengan por objeto **anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.**

En segundo término, tras la definición amplia del concepto de discriminación laboral, los tribunales se han enfrentado a las distintas razones de discriminación y se han aproximado a definir cuándo se está bajo la presencia de discriminación laboral por raza, religión, sindicación, etc. En este sentido, en sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, recientemente dictada con fecha 19 de marzo de 2011, en causa RIT-403-2010, se establece que la discriminación **por raza puede pasar desde las bromas "bien intencionadas" hasta la forma en que se menosprecia y se subvalora una determinada organización cultural, social y religiosa de un determinado grupo de personas.** Agrega, que la discriminación es una realidad social, por lo que es un hecho que el derecho a la no discriminación se encuentra prohibido tanto en la legislación nacional como en la internacional. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 1 de junio de 2011.

En cuanto a la religión, la sentencia dictada en causa RIT T-38-2010, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo, sostiene en el considerando décimo séptimo que **un tratamiento diferente y arbitrario a un trabajador fundado en la religión que este profesa, es un hecho que se encuentra prohibido tanto en la legislación nacional e internacional,** así se ha consagrado como un derecho fundamental la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, cuya fuente normativa se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana de Derechos Humanos y Constitución Política de la República de Chile, como referente máximo de la normativa nacional.

En el caso de la sindicación, la sentencia dictada en causa RIT T-95-2010, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, señala que el artículo 2° del Código del Trabajo reconoce la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan, siendo contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, entre otros, por sindicación, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Las definiciones reseñadas sobre el concepto de discriminación laboral que han realizado los tribunales laborales invocan primeramente las fuentes nacionales e internacionales para la argumentación de los fallos. Bajo esa lógica, la sentencia

dictada en causa RIT T-16-2010, de 25 de febrero de 2011, por el Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, en en causa RIT-403-2010, ya citada, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT T-66-2010 de 11 de junio de 2010 del Primer Juzgado de Letras de Santiago, entre otras, han invocado directamente los tratados internacionales y su desarrollo doctrinal

Así, la sentencia del Juzgado de Talca RIT T-16-2010 indica que el derecho a la no discriminación invocado como lesionado en la denuncia es un **derecho humano y no estrictamente laboral**. Este se encuentra consagrado en diversos instrumentos normativos internacionales, como el artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y dentro del ámbito laboral, como el Derecho a la No Discriminación en el Empleo, ha sido recogido en el Convenio N° 100 de la OIT de 1951, sobre Igualdad de Remuneración; en el Convenio N° 111 de la OIT de 1956 sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación, y el Convenio N° 156 de la OIT de 1981 sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Internamente y a nivel Constitucional, el artículo 19 N° 2 establece que la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y en el plano estrictamente laboral el mismo artículo 19 N° 16 inciso 3° señala que se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. A nivel legal nuestro Código del Trabajo en su artículo 2° señala que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, definiendo que son actos de discriminación aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en los motivos que indica la norma y que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, permitiendo el inciso 3° de la misma norma que las distinciones, exclusiones o preferencias que se funden en calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación, por lo tanto, para determinar si en el caso concreto existe aquella discriminación que proscribe el Derecho, debe por un lado existir un **trato diferenciado**, debe dicha diferenciación basarse en alguna motivación prohibida teniendo presente la amplia formulación de la norma constitucional y que dicha diferenciación produzca un **resultado dañoso**.

La sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago en causa RIT-403-2010 indica que nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento.

Por su parte, la sentencia del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago en causa RIT T-66-2010 cita el Convenio N° 111 de la OIT, que excluye la discriminación en las oportunidades o trato en el empleo, debiendo destacarse, al respecto, que el artículo segundo del referido convenio obliga a los miembros a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, estableciendo en la siguiente disposición una serie de medidas específicas, relativa una de ellas a la necesidad de adecuar el derecho interno en ese sentido, la que es obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico, dada su ratificación por el Estado de Chile. Por su parte en materia laboral tal principio se consagra en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números 111 y 156 y en los artículos 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y 2° del Código del Trabajo, disponiendo dichas normas la prohibición de toda discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal y señalando la última disposición mencionada que son actos de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas entre otros en la religión, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Por último, un porcentaje de las sentencias analizadas se aproxima a advertir a los demandantes qué es lo que escapa del concepto de discriminación laboral. En el caso del Primer Juzgado de Letras de Santiago, RIT T-381-2010, de 28 de marzo de 2011, se expone que la ausencia de motivos para la desvinculación de un sujeto no significa a priori un acto de discriminación<sup>27</sup>. En esta misma línea, el Juzgado del Trabajo de Arica, en sentencia dictada el 21 de marzo de 2011 en causa RIT T-1-2011, sostiene que los empleadores, amparados en el derecho laboral, tienen la facultad de dirigir, administrar e impartir órdenes al trabajador, lo que implica necesariamente el uso, empleo o acometimiento de un poder de aquel sobre sus dependientes, circunstancia que sin duda sitúa al trabajador en una posición de sometimiento a su empleador. Por lo tanto, sólo se considera que existiría discriminación o alguna forma de vulneración cuando el acto reúna las condiciones que están expresadas en la primera parte del inciso 3° del artículo 485 del Código del Trabajo, es decir, de **arbitrariedad o de desproporcionalidad**.

## ii. Discriminación indirecta

Un interesante caso descrito en la sentencia como discriminación indirecta se presentó en causa RIT T-2-2009 del Tribunal del Trabajo de Valparaíso en que la denuncia la efectúa doña Vera Barckhann Thomas, ex profesora de 58 años del Colegio Alemán de Valparaíso, que ha sido despedida por la causal de necesidades por el establecimiento educacional. El derecho alegado como

<sup>27</sup> RIT T-381-2010, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

conculcado y que posteriormente la sentencia declara vulnerado es el derecho a la no discriminación – artículo 2° del Código del Trabajo–, y además se aborda el principio de igualdad del artículo 19 N° 2 y el derecho a no ser discriminado del artículo 19 N° 16, ambos de la Carta Fundamental. El juicio gira en torno a la determinación de si el despido es arbitrario en razón de discriminación por edad. La demandada alega que el despido fue justificado y amparado en la ley, toda vez que se debió a una situación objetiva de reorganización por parte de la empresa, fundamentando en consecuencia el despido dentro de lo establecido en el artículo 161 del Código Laboral chileno. Luego de la actividad probatoria de la actora, la sentencia deja sentado, previa explicación y advertencia en cuanto al uso de la prueba de indicios, que a priori existe la vulneración alegada, ya que junto con la afectada han sido despedidos otros 11 trabajadores de edad avanzada, manteniendo sus puestos de trabajo sólo trabajadores de menor edad; que la demandada alguna vez se habría manifestado a favor de una política de desvinculación de profesores cercanos a una determinada edad y que el resto del profesorado habría manifestado inquietud por esta evidente decisión empresarial de despedir a quienes se acercaban a su edad de jubilación. En este caso, el demandado busca justificar la decisión de despido adoptada, empero no logra siquiera acreditar, a juicio de la sentenciadora, la legalidad de la causa que invocaba, como tampoco se pudieron acreditar deficiencias en el desempeño de la actora, que permitieran estimar que su idoneidad o capacidad pudiese ser cuestionable y así reconducir la justificación a la excepción que contempla el artículo 19 N° 16 en relación a las discriminaciones prohibidas. La sentenciadora considera, luego del análisis de la prueba rendida, que efectivamente la elección de la demandante como profesora a despedir se tomó en atención a la edad de la misma, vulnerándose su derecho fundamental a no ser discriminada arbitrariamente, acogándose entonces la demanda de tutela. **La norma decisoria** es la prohibición de discriminar por razón de edad, sin una justificación o motivo razonable, donde dicha garantía aparece como límite a los poderes empresariales. Esta motivación está plasmada en el considerando duodécimo al referir que al despedir se tomó en consideración la edad, lo que representa una desigualdad de trato, una discriminación indirecta, por tratarse de motivos sólo formalmente lícitos, luego descartados, que devienen en discriminación en atención a los efectos adversos producidos

Es excelente la motivación de esta sentencia, sobre todo en cuanto al desarrollo del juicio de ponderación, aunque si bien esta sentencia indica la existencia de un caso de discriminación como indirecta, después del análisis, es posible dilucidar que se trata más bien de una discriminación directa pero encubierta, ya que lo que se hace es no explicitar el motivo que realmente guió la decisión de despido –que era la edad–, causa real de la elección y diferencia de trato. Lamentablemente esta sentencia fue anulada en un curioso fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que se sustenta en que la regla de los indicios del

artículo 493 del Código del Trabajo no se aplica a los casos de discriminación laboral, sino sólo a los de derechos fundamentales.

Sin perjuicio de aquello, en sentencia de unificación de jurisprudencia Rol 7023-2009, de catorce de enero de dos mil diez, la Corte Suprema dictaminó que si corre la prueba de indicios en tutela por discriminación, sosteniendo que *"no hay razón legal que permita dejar de aplicar la norma del artículo 493, cuando se trata del procedimiento de tutela laboral por causa de despido discriminatorio, tanto más si se considera que las motivaciones de esta clase de despido violentan sin duda derechos fundamentales que la ley ha procurado tutelar, desde que atentan contra la igualdad de oportunidades frente al empleo"*.

### iii. Rasgos discriminatorios denunciados en los tribunales de justicia.

De acuerdo al análisis, los motivos más invocados como razones de discriminación son la sindicación, discriminación por opinión política de los funcionarios públicos, discriminación contra de la mujer, edad, raza, religión y nacionalidad.

Las denuncias por discriminación en razón de sindicación son los más numerosos, destacan los casos: RIT T-43-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco; RIT T-338-2010 Segundo Juzgado de Letras de Santiago; RIT T-21-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco; RIT T-150-2010 Primer Juzgado de Letras del Trabajo; RIT T-11-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó; RIT T-95-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo; RIT T-95-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo; RIT T-66-2010 Primer Juzgado de Letras de Santiago.

Las demandas están referidas a la discriminación por la pertenencia a sindicatos y los fallos han respondido a las particularidades de los casos. Por ejemplo, el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, RIT T-43-2010, en sentencia de fecha 4 de marzo de 2011, estimó que los antecedentes probatorios, pese a que los testigos del actor están contestes en que la relación del sindicato con la empresa no es de las mejores, no eran **para estimar que el despido del actor es discriminatorio** o que se tuviera respecto del actor un especial ánimo adverso por su calidad de socio.

Por otra parte, el Segundo Juzgado de Letras de Santiago en sentencia dictada en causa RIT T-338-2010 de 15 de febrero de 2011 estableció que la prueba aportada por la demandante cumple con el estándar exigido por el legislador en el artículo 493 del Código del Trabajo, pues la demandante acreditó la existencia de a lo menos los siguientes indicios, que, a lo menos por 8 años y siendo el actor Consejero de la CUT, el Servicio de Salud demandado aceptó que el trabajador estuviera a tiempo completo en la Central Sindical, asumiendo dicho costo, de manera que no efectuó ningún descuento por esos ítems, recibiendo el trabajador su remuneración íntegra como si hubiese trabajado.

Que luego, desde el mes de agosto de 2010, desconoció este benefició respecto del actor y no se le pagaron las remuneraciones y por lo tanto el magistrado acogió el caso.

Las demandas de discriminación por opinión política de los funcionarios públicos son numerosas a partir del segundo semestre del año 2010, especialmente en los tribunales de Santiago. La mayoría de los casos se constituye por el término de contratas al interior de Servicios Públicos. Se destacan los casos RIT T-46-2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco; RIT T-1-2011 Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt; RIT T-381-2010 Primer Juzgado de Letras de Santiago; RIT T-139-2010 Primer Juzgado de Letras de Santiago; RIT T-208-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo; RIT T-341-2010 Segundo Juzgado de Letras de Santiago. Casi en su totalidad, este tipo de demandas han sido desestimadas.

Por otra parte, las demandas por discriminación contra la mujer son considerables. Están principalmente referidas a exclusiones basadas en el sexo a consecuencia de una maternidad, como ocurre con la sentencia de 26 de octubre de 2010 en causa RIT T-220-2010 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo.

La discriminación por edad es también recurrente. Además del caso referido del Juzgado de Valparaíso, cabe consignar los casos RIT T-16-2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca; RIT T-114-2010 del Primer Juzgado de Letras de Santiago; RIT T-2-2010 y RIT T-3-2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena, en que se acoge la demanda. Este tipo de demandas están principalmente abocadas a situaciones en donde los sujetos han sido despedidos por ser considerados mayores en edad.

En cuanto a las razones de raza, religión y nacionalidad, estos casos no han sido numerosos, sin embargo se han constituido como un aporte a la jurisprudencia nacional.

En cuanto a demandas por discriminación en cuanto a la raza, se destaca la causa RIT-403-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, y en cuanto a religión, la causa RIT T-38-2011 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago. En ambos casos, las actoras se vieron afectadas por los insultos y la discriminación ejercida en su contra durante el período que duró su relación laboral. La primera era de origen mapuche y la segunda de religión musulmana. Por último, se presentó el caso de despido discriminatorio por la nacionalidad en la causa RIT T-64-2010, Seguel con Grange School, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo y fue acogida la denuncia, ya que se estimó que la demandada no logró justificar la opción de preferir la desvinculación de las actoras por sobre los profesores extranjeros del departamento de inglés, motivo por el cual surge como causa desequilibrante de tal decisión la nacionalidad de

los docentes, situación prohibida por el inciso 4° del artículo 2° del Código del Trabajo.

#### **iv. Factores que inciden en el acogimiento o rechazo de las demandas por discriminación laboral. Incidencia del juicio de ponderación y de la prueba indiciaria para acoger o rechazar una demanda.**

En general, de los casos en estudio no son muchos los acogidos. En primer término, se presenta la situación de demandas mal formuladas, o carentes en su exposición de un relato coherente y circunstanciado que permita la comprensión de los hechos sometidos a la apreciación del Tribunal. Tal como sostiene el magistrado Álvaro Flores en la causa RIT T-412-2010, en sentencia de 22 de marzo de 2011, en que rechaza la acción de tutela señalando que **la deficiencia en la postulación fáctica de la acción es insalvable para la pretensión de amparo**. La ley exige la formulación suficiente de un relato de hecho, debidamente circunstanciado, introducido al proceso en la demanda. Ello se desprende inequívocamente de lo preceptuado en los artículos 446, número 4 (expresamente reformado en lo relativo a la exigencia de una exposición clara y circunstanciada de los hechos por la Ley 20.260) en relación con lo que preceptúa en el inciso primero del artículo 490 del Código del Trabajo, que remite las exigencias de la acción a los requisitos generales del artículo 446 citado, lo mismo que la aportación de indicios probatorios suficientes para generar en el juzgador una convicción en orden a la posibilidad y verosimilitud de la existencia del hecho vulneratorio de derechos fundamentales. Por lo tanto se concluyó que no se constata la existencia de los presupuestos mínimos para asentar en el proceso el trato discriminatorio.

Una segunda situación que se presenta y que provoca la gran cantidad de los rechazos de las denuncias se refiere a la insuficiencia de indicios que den cuenta de la existencia de la vulneración alegada. Así, en causa RIT T-8-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, se estableció en el considerando décimo cuarto de la sentencia de fecha 15 de abril de 2011 que de **los antecedentes aportados resultan indicios suficientes** de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales. En efecto, a las declaraciones de los testigos, en cuanto por ellas pretende sustentar aquella situación, se les resta mérito probatorio por estimar que aquellos carecen de debida imparcialidad, y se le resta valor a las declaraciones del absolvente, en atención a que la desvinculación de la actora se produjo durante la administración del anterior director.

En la misma línea, el Juzgado del Trabajo de Temuco, en causa RIT T-46-2010, advierte que considera que la parte demandante **no ha superado el estándar probatorio que la citada norma requiere, pues no ha aportado pruebas** que permitan estimar que concurren siquiera indicios que permitan conducir a la conclusión de que se han vulnerado derechos fundamentales del



actor o que se ha incurrido en actos discriminatorios en su contra al producirse el término de su contrato, concluyendo el rechazo de la denuncia.

Lo mismo ocurre con las causas RIT T-1-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt y RIT T-2-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco y RIT T-412-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. En la primera, en el considerando décimo sexto, se señala que analizando los medios de prueba aportados por la denunciante conforme a las normas de la sana crítica, no se **desprenden de éstos indicios del acto de discriminación denunciado, atendiendo su insuficiente valor probatorio.** La demandada supone que se puso término a la relación laboral por un tema político, porque hizo campaña política para Eduardo Frei y es militante del Partido Socialista, sin haber aportado ninguna de ellas antecedentes concretos, precisos y relevantes, que permitan dar por establecidos hechos que generen indicios de la existencia de la discriminación laboral invocada por la actora. En el segundo caso, en el considerando décimo segundo, el actor apela que existe discriminación al no serle pagado el bono de producción del 10%. Pero, a partir de las pruebas entregadas por el señor Edwin Espinoza, no es posible desprender que éstas correspondan al pago del porcentaje de 10% que alega el actor. La tercera causa establece que los presupuestos mínimos para asentar el proceso de trato discriminatorio, en los términos que prohíbe el artículo 2° del Código del Trabajo, **no han sido allegados ni en el relato ni en la prueba que se ha pretendido apta para tal efecto.**

A partir del análisis de las sentencias, se puede establecer que existe un grupo de demandas que se rechazan generalmente porque se considera que no hay indicios suficientes de la existencia de la vulneración alegada. En tal sentido, el alivianamiento probatorio no implica la inexistencia de prueba de la denunciante o darle valor a todas las afirmaciones contenidas en el libelo pretensor.

Otra situación que se presenta es que efectuado el juicio de proporcionalidad, se desprende que el despido se encuentra en el marco de las facultades del empleador y no se debe a una decisión poco razonable o antojadiza, no siendo por lo tanto discriminatorio. Al respecto, en las causas RIT T-30-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena y RIT T-4-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, las demandas alegan vulneración de otros derechos y discriminación. Ambas son rechazadas por no estimarse que éstas realmente constituyan dichos actos y exponiendo que dichas peticiones más tienen que ver con otras causales de despido. En el primer caso, se alega hostigamiento constante para con aquellos trabajadores que mantuvieran anotaciones comerciales en registros como el Dicom, amenazando constantemente con despedir a los que no solucionaren estos problemas, lo que habría provocado un cuadro depresivo en el actor. Si bien el tribunal señala que la práctica es indebida, no resulta de la entidad suficiente como para estimar afectada ni la honra ni

la integridad psíquica del trabajador, y por ello la denuncia es rechazada, haciéndose presente que **la alegación de discriminación más bien tiene que ver con las causales del despido y si éstas están acreditadas o no**. El segundo caso, en el considerando noveno se aclara que un despido es discriminatorio toda vez que efectúa una distinción arbitraria entre personas que se encuentran casadas y quienes se encuentran separadas. No obstante, como se vio anteriormente y por las razones dadas, la actividad probatoria del demandante no ha revelado que la universidad haya despedido al trabajador en consideración a la relación sentimental que éste mantenía estando casado válidamente con otra persona. Por tanto, aunque el despido tampoco se ajuste a la causal invocada, no se transforma por ese solo hecho en una decisión discriminatoria, al no resultar demostrada la distinción arbitraria que la sustenta.

Si bien en la mayoría de las sentencias revisadas fue rechazada la demanda por las razones anteriormente expuestas, dentro de la búsqueda se presentaron interesantes casos de acogimiento por constatar la existencia de discriminación laboral por raza, sindicalización, sexo, edad, incluso en contra del Fisco.

En la exploración realizada se detectó una demanda por discriminación por motivos de raza, que fue acogida. Corresponde a la causa RIT-403-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la que la señorita Catalina Lepileo, de origen mapuche, habría acusado de recibir por parte del señor Haase –su empleador– un trato despectivo hacia su persona, haciendo referencias en tono insultante a su origen étnico. En reuniones con el personal realizó comentarios como ¿esta mapuche? o ¿esta indígena? El tribunal consideró que la señorita Lepileo se vio afectada por los insultos y la discriminación ejercida en su contra durante el período que duró su relación laboral, la que ya se encuentra concluida el 31 de diciembre de 2010, en consecuencia, se estableció **a su favor una medida de reparación** pecuniaria por parte de la empresa por tal infracción.

Otro interesante caso de discriminación laboral se refiere a una fundada en el culto a la religión musulmana. Se inicia por denuncia de la Inspección del Trabajo de Santiago como sujeto activo por la vulneración de derechos fundamentales ocurrida durante la vigencia de la relación laboral a una trabajadora de call center en la empresa TP Chile, conforme a la acción de tutela genérica en la hipótesis del artículo 486 del Código del Trabajo. Se argumenta la existencia de una conducta pluriofensiva debido a tratos hostiles de sus superiores en razón de su religión, siendo transgredido su derecho a la integridad psíquica –artículo 19 N°1–, respeto y protección a la honra –artículo 19 N° 4, ambos de la Constitución Política de la República– y el derecho a la no discriminación. Las manifestaciones de esta vulneración se manifiestan a través de burlas e insultos de grueso calibre con referencia expresa a la religión de la trabajadora, tales como "perra musulmana" y la prohibición del uso del idioma árabe y en general

un trato diferenciado en relación con el resto de los compañeros de trabajo en cuanto al lugar en donde desarrolla sus funciones, descansos y otros. Estos hechos habrían provocado en la afectada un cuadro de trastorno depresivo mayor. Las vulneraciones ocurren por las acciones ejercidas por los superiores, como por las omisiones efectuadas, en cuanto a que la empresa, encontrándose al tanto de la situación, toma una actitud pasiva sin dar cumplimiento al deber de protección que le encomendó el legislador. Por su parte, la demandada al contestar se limita a negar los hechos que se imputan, llegando a señalar incluso que desconoce la religión de la trabajadora. Atendida la estrategia de defensa que asume, no justifica su actuar, ni explica la razonabilidad ni la necesidad del trato denunciado. Finalmente se acoge la demanda y se ordena el cese de la conducta, que se adopten medidas reparativas y de no repetición, aplica multas y una indemnización por daño moral. Para llegar a esta decisión utiliza el alivianamiento de la carga probatoria que el procedimiento de tutela permite, teniendo por acreditados hechos que constituyen indicios suficientes de un trato diferente a la trabajadora fundado específicamente en su religión poco común, sin que el empleador haya explicado los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, limitándose a negar los hechos. La **norma decisoria** se encuentra en el considerando décimo séptimo al señalar que la conducta del empleador, consistente en otorgar un tratamiento diferente y arbitrario a un trabajador fundado en la religión que éste profesa, es un hecho prohibido en la legislación nacional, con lo que se tiene como infringido el artículo 2° del Código del Trabajo y, consecuencialmente, la restantes normas invocadas.

En este caso, la discriminación constatada por sí sola permite la decisión del caso, por la ilegalidad, evidencia y magnitud de la conducta desplegada, pero además el hostigamiento con este fundamento ilícito discriminatorio implica también una afectación a las dos garantías constitucionales alegadas como conculcadas: artículo 19 N°s 1 y 4 de la Carta Fundamental. Resulta interesante la circunstancia que el fallo no agota el análisis en la existencia del acto discriminatorio, ilegal a la luz del Código Laboral, argumento que podría haber bastado por sí solo para acoger la acción, sino que decide dejar sentada la existencia de ataques hostiles que con una motivación discriminatoria menoscaban la dignidad e integridad de la trabajadora.

Como ya se mencionó en el apartado anterior, uno de los rasgos discriminatorios más denunciados en los tribunales laborales de justicia se refiere a la sindicalización dentro de la empresa. En sentencia dictada en causa RIT T-338-2010 del Segundo Juzgado de Letras de Santiago, siéndole exigida la prueba de indicios, la demandante acreditó que, a lo menos por 8 años y siendo el actor Consejero de la CUT, el Servicio de Salud demandado aceptó que el trabajador estuviera a tiempo completo en la Central Sindical, asumiendo dicho costo, de manera que no efectuó ningún descuento por esos ítems, recibiendo el trabajador su remuneración íntegra como si hubiese trabajado. Que luego, desde el mes de

agosto de 2010, desconoció este beneficio respecto del actor y no se le pagaron las remuneraciones, por lo que el caso fue acogido.

Otros casos que también fueron acogidos por los tribunales en cuanto a materia de sindicalización fueron las causas RIT T-95-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo y RIT T-66-2010 del Primer Juzgado de Letras de Santiago. En el primer caso, se expone que la empresa Outsourcing Desarrollo de Sistemas S.A. toma la decisión económica de dejar de prestar servicios para Entel Call Center S.A. traspasando a sus trabajadores a las nuevas empresas que proveerán dicho servicio, excluyendo del traspaso sólo a tres trabajadoras, una de ellas la demandante. Las tres trabajadoras excluidas tienen la cualidad común de ser dirigentes sindicales. Se evidencia entonces que se aplicó una medida discriminatoria respecto de las trabajadoras fundada en su actividad sindical, ya que la empresa no expuso en su defensa la existencia de otras razones o motivos que determinaran su decisión. Se sostuvo que, "este acto discriminatorio claramente infringe en forma grave lo dispuesto en el artículo 2º del Código del Trabajo ya citado, al afectar solamente a las dirigentes sindicales"<sup>28</sup>.

En la segunda causa citada se señala que es posible concluir que el despido del demandante se ha sustentado en un acto de discriminación, por motivos de sindicación, al ser desvinculado de la empresa luego de expirado su fuero sindical. Si bien el demandante tenía una actitud de constante desafío hacia la autoridad y sus medidas, dichas actitudes no son motivo para el cese de los servicios del mismo en atención a que nuestro sistema de relaciones laborales contempla, por un lado, el despido causado, sobre la base de las disposiciones de los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo, como además, y en lo que a la presente acción atañe, el sentenciador afirma que "la prohibición de todo acto de discriminación, esto es, la generación de diferencias en el trato u oportunidades que no se funde en motivos de calificación profesional, contemplándose expresamente, como causa no admitida, la sindicación del trabajador"<sup>29</sup>.

Por otra parte, dentro de los casos en análisis, la discriminación es alegada conjuntamente con la afectación de otras garantías, tratándose de conductas pluriofensivas. Así, se estima vulnerada la dignidad y honra a través de actos que evidencian una conducta discriminatoria además.

Usualmente se invoca la lesión a la garantía de indemnidad a través del mismo acto discriminatorio, por ejemplo un despido discriminatorio seguido de una denuncia.

<sup>28</sup> RIT T-95-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo.

<sup>29</sup> RIT T-66-2010 Primer Juzgado de Letras de Santiago.

Ante la presencia de despido discriminatorio y la existencia de represalias, por las características objetivas y la factibilidad en la constatación de la lesión del derecho suelen acogerse las demandas por la afectación de la garantía de indemnidad y no se pronuncian sobre la discriminación. En un interesante fallo del Segundo Juzgado de Santiago, en la causa RIT 334-2010 de fecha 31 de enero de 2011 se estimó que en cuanto a las otras garantías alegadas por la actora, como la discriminación, configurándola en que el despido del actor es una represalia por su participación en la huelga y se ve subsumida al invocar la actora la garantía de la indemnidad".

En el apartado precedente se señaló que desde el año 2010 las demandas de funcionarios públicos contra el Estado se multiplicaron exponencialmente. Si bien en su mayoría fueron desestimadas, pues se estimó que el término de una contrata del Estado es una forma administrativa de poner término, en la causa RIT T-336-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentenciada por Álvaro Flores en contra del Fisco, fue acogida la tutela por discriminación. El magistrado señala que "no hay antecedentes fácticos suficientes para excluir a los demandantes de la vinculación de derecho público que fluye de su relación formal con la Administración, por lo que el amparo constitucional consagrado en los artículos 485 del Código del Trabajo se aplica en el caso, reconociéndose la vinculación pública que unió a los funcionarios con la Administración por la competencia residual del inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo"<sup>30</sup>. Sin embargo, esta sentencia fue anulada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Recientemente, con fecha cinco de octubre de dos mil once, en Recurso Rol 1972/2011, la Corte Suprema se pronunció expresando en el motivo octavo que "debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales incoada por funcionarios públicos designados en calidad de contratas en una Intendencia Regional en sus respectivos cargos".

En cuanto a la discriminación laboral en contra de la mujer, la causa más representativa en que se acoge la demanda es la RIT T-220-2010 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. En esta se señala que la demandante fue reasignada a otras funciones luego que vuelve del posnatal. Dados los hechos probatorios, se puede concluir que la **afectación de los derechos constitucionales a la integridad psíquica y honra de la demandante** por parte de su empleadora **no cuenta con justificación alguna, por lo que deviene en arbitraria**, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo. Al carecer, en consecuencia, de una

<sup>30</sup> RIT T-336-2010 Primer Juzgado Letras del Trabajo de Santiago.

justificación que escape al mero capricho, se alza la idea de haberse fundado la conducta de la empresa, exclusivamente, en un afán de **hostigar a la trabajadora dada la imposibilidad de ser despedida por encontrarse amparada por fuero maternal.**

En ese sentido, la sentenciadora señala que "se trata de una exclusión de la trabajadora de la estructura física y operativa de la empresa basada en su sexo y consecuente maternidad, y, por lo mismo, se trata de un acto discriminatorio, proscrito por el inciso tercero del artículo 2° del Código del Trabajo. En consecuencia, la conducta de la empresa de modificar las funciones de la demandante rebajando su estatus organizativo y no otorgándole un puesto de trabajo, constituye una lesión a la garantía constitucional de la demandante de integridad psíquica, contenida en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y al respeto y protección de su honra, consagrada en el N° 4 del mismo artículo, protegidas en el ámbito laboral a través del procedimiento incoado, además de ser un acto discriminatorio en razón de sexo, por lo que la acción deberá ser acogida"<sup>31</sup>.

Otro caso importante en cuanto a discriminación laboral en contra de la mujer, es la causa RIT T-320-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo<sup>32</sup>. En el considerando séptimo, el Tribunal estima que del conjunto de declaraciones y demás probanzas previamente referidas, se permite establecer la existencia de indicios, en los términos del artículo 493 del Código del Trabajo, en relación a que los cambios de grupo o centro de costo de la actora han sido una respuesta o derechamente una represalia ante sus reiteradas licencias médicas. El empleador, no conforme con el desempeño de su trabajadora, opta por excluirla en vez de despedirla e indemnizarla por ello. El magistrado señala: "puesto que es del todo razonable y justificado que una trabajadora que se ve sometida a tal actuar por parte de su empleador, de modo que la actora acudió a la única herramienta útil para poner término a tales abusos, cual era la prevista en el artículo 171 del Código del Trabajo, despido indirecto cuyas hipótesis fáctica y legal invocadas se encuentran suficientemente fundadas, lo mismo que la vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, que contextualiza y es el antecedente o causa inmediata de tal autodespido".

Por otra parte, en cuanto a discriminación por edad, en la causa RIT T-16-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, la demandante alega que ha recibido presiones por parte de su empleador para optar a un beneficio de indemnización por años de servicio a causa de su edad. Por dicho beneficio, tendría derecho incluso a beneficios que legalmente no se contemplan por la renuncia de un

<sup>31</sup> RIT T-220-2010 Primer Juzgado de Letras del Trabajo.

<sup>32</sup> RIT T-320-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo.

trabajador. El tribunal estima que la medida es ilegítima y sin justificación razonable, pues la empresa no puede presionar a la denunciante para que haga efectivo aquel beneficio, pues no se puede intervenir en la autonomía individual del trabajador, quien es libre para optar entre hacer efectivo los beneficios que la ley le otorga y optar a ese derecho o no<sup>33</sup>.

Otras dos causas que se han acogido por discriminación laboral en razón de la edad son las causas RIT T-2 y 3-2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena. La primera causa está referida a que se desvinculó una ejecutiva de ventas por tener 50 años de edad. El magistrado considera que la medida constituye una desigualdad de trato en el empleo y por ende una discriminación, ya que el trabajo desarrollado por la demandante es un trabajo que perfectamente puede ser desarrollado por personas de 50 años o más, ya que no hay ninguna imposibilidad de carácter físico o intelectual que impida a estas personas, entre ellas la demandante, realizar la labor de ejecutiva de ventas, para lo cual fueron contratadas".

En el mismo tribunal se presentó la causa RIT T-3-2010, en donde se denuncia a la misma empresa por haber puesto término a la relación laboral de otra ejecutiva de ventas por tener más de 50 años. La sentencia en el considerando sexto señala "así las cosas, a esta sentenciadora le bastan estas dos declaraciones para formarse la convicción de que efectivamente la actora fue despedida por razones de edad, vulnerando la garantía contemplada en el artículo 2° del Código del Trabajo, circunstancia que evidentemente trasgrede la prohibición de discriminación que se contempla en el artículo 2° del Código del Trabajo, estando dicha garantía amparada por el procedimiento que regulan los artículos 485 y siguientes del citado cuerpo legal"<sup>34</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El derecho laboral tiene un elemento distintivo que lo diferencia de las relaciones típicas del derecho privado, a saber, la subordinación o dependencia por parte del trabajador en la relación con su empleador, lo que le da un poder admitido. Según Ugarte, dicha "subordinación quiebra el esquema clásico de las relaciones de derecho privado como una relación de coordinación entre iguales, y lo acerca a la relación de jerarquía entre supraordenado y subordinado, propia del derecho público, generándose un escenario óptimo para potenciales ataques y menoscabos de los derechos fundamentales de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica. De ahí la necesidad prioritaria, más que cualquier otra relación jurídica entre privados, tanto del reconocimiento,

<sup>33</sup> RIT T-16-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Talca.

<sup>34</sup> RIT T-3-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena.

por una parte, como de la tutela efectiva de los derechos fundamentales de la relación laboral"<sup>35</sup>. Dentro de la protección de los derechos fundamentales, la discriminación laboral es visualizada como el más sensible y relevante de los derechos inespecíficos del trabajador.

Con esta premisa han sido analizados 300 casos presentados en los Tribunales del Trabajo del país desde el inicio de la Reforma, en que se invoca la existencia de actos discriminatorios, luego de lo cual es dable concluir lo siguiente:

Con respecto a la conceptualización que los tribunales han hecho del concepto de discriminación laboral, se puede concluir –a partir de las evidencias– que éste se ha ido desarrollando y construyendo a partir de la normativa. Se sostiene entonces que los magistrados de los tribunales laborales han hecho un esfuerzo por reflexionar y desarrollar el concepto atendiendo a los requerimientos particulares de las demandas. El concepto legal del artículo 2° del Código del Trabajo no ha sido óbice para su extensión a situaciones no contempladas expresamente en la norma y que se refieran a cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, ya que debe ser interpretado a la luz del derecho constitucional de igualdad en relación al inciso tercero del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, que consagra la única motivación para establecer diferencias de trato en el ámbito laboral. En las sentencias nacionales se establece un concepto amplio de discriminación, acudiendo para ello a las fuentes nacionales e internacionales estableciendo la naturaleza de derecho fundamental de la igualdad.

Llama la atención que en la gran mayoría de los casos, conjuntamente con la existencia de discriminación, se invoca la lesión de otros derechos fundamentales, generalmente derecho a la integridad psíquica –19 N° 1 de la Constitución Política de la República– y vulneración a la honra y dignidad de la persona –19 N° 4 de la Carta Fundamental. Es decir, se trata de actos pluriofensivos de garantías constitucionales. En estas situaciones con una motivación discriminatoria se realizan actos que vulneran otras garantías.

También se presenta conjuntamente con la vulneración de la garantía de indemnidad, aunque en estos casos, queda claro del relato que es precisamente esta última la garantía conculcada, es decir, la discriminación se produciría porque un trabajador denuncia y otro no lo hace. En este caso se subsume la discriminación en esta última o derechamente el pronunciamiento es estimar la existencia de vulneración únicamente respecto de la garantía de indemnidad.

En general de los casos en estudio no son muchos los acogidos. Tal situación se explica por distintos motivos. En primer lugar, los tribunales laborales han

<sup>35</sup> Ugarte (1994); p. 78.



determinado que en la mayoría de los casos no existen **indicios suficientes de la vulneración esencial que se invoca**. Si bien para la alegación de los casos de tutela existe un alivianamiento probatorio, la víctima o denunciante debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva aprovechándose de la regla prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo, correspondiendo al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables<sup>36</sup>. En los casos de estudio, la deficiencia probatoria ha llevado a que la mayoría de las demandas sean desestimadas, como ocurre en los casos RIT T-46-2010 del Juzgado del Trabajo de Temuco, en que la sentencia advierte que considera que la parte demandante **no ha superado el estándar probatorio**, o lo ocurrido en las causas RIT T-1-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt y RIT T-2-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco y RIT T-412-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en las que se sostiene que a partir de las evidencias no se **desprenden indicios del acto de discriminación, atendiendo su insuficiente valor probatorio**.

Por otra parte, el rechazo de las demandas tiene que ver con que muchas de éstas están mal formuladas y por lo tanto no cumplen con requisitos del procedimiento de tutela, quedando la sensación de que se entiende por los demandantes que únicamente el no expresar suficientemente los hechos del despido por parte del empleador lo convierte inmediatamente en discriminatorio, lo que no es efectivo.

Sin embargo, en los casos en que la evidencia probatoria ha sido consistente y suficiente, los tribunales han acogido las demandas por discriminación.

Por otra parte, se puede señalar que los resultados del análisis arrojan que los motivos más invocados como razones de discriminación son la sindicación, opinión política de funcionarios públicos, sexo femenino, edad, raza, religión y nacionalidad. Es decir, que el modelo del artículo 2° del Código del Trabajo, que considera la existencia de una lista de criterios considerados como sospechosos (sexo, nacionalidad, edad, raza, etc.), coincide en general con los rasgos discriminatorios denunciados en los tribunales. Si bien existe un debate con respecto a la restricciones que impone este artículo con respecto a que deja fuera, en un principio, a otros criterios, como son la tendencia sexual, el VIH o el consumo de drogas, se puede sostener que tiene que ser interpretada extensivamente.

Con estas sentencias, es posible advertir que las discriminaciones arbitrarias se pueden presentar durante todo el iter contractual, existiendo posibilidad de protección por la vía del Procedimiento de Tutela, en la regulación nacional en todas las fases, excepto en la precontractual.

<sup>36</sup> Ugarte, op.cit, p. 89.

En todos los fallos en estudio ha sido trascendental la aplicación de la prueba indiciaria, siendo especialmente clave este tipo de prueba en la discriminación indirecta precisamente por la naturaleza de la discriminación formalmente lícita. No obstante que no se ha resuelto una discriminación indirecta, sin perjuicio que en un caso se describió erradamente como tal.

También es común la necesidad de explicar la proporcionalidad y racionalidad de las medidas adoptadas a fin de efectuar la debida ponderación. No basta negar todos los hechos, o dar por sentada la racionalidad de la medida en base a conceptos indeterminados. Se reconoce la colisión de derechos e intereses en juego que debe resolverse de la forma que más sea consistente con una protección efectiva de los derechos fundamentales; aparecen interesantes ejercicios de ponderación en las sentencias, ejercicio primordial en sociedades democráticas modernas, y que merecen el más alto respeto por parte de la ciudadanía y del Estado en sí, siendo perentoria necesidad de llevar a cabo un correcto examen de proporcionalidad de las diversas decisiones y medidas que son adoptadas por el empleador.

## VI. Bibliografía

Bobbio Norberto, *Igualdad y libertad*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1993

Carmona Karla y Véliz Hugo, *Discriminación Laboral: aspectos doctrinarios y situación en Chile*, Seminario de título para optar al título de Ingeniero Comercial, Mención Administración, Santiago de Chile, Centro de Estudios Miguel Henríquez, 2005.

Fernández Miguel Ángel, "Constitucionalidad de las acciones positivas", en *Gaceta Jurídica*, N° 2001 (1997); pp. 9-20.

Gamonal Sergio, *El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral*, Artículo publicado en los cuadernos jurídicos de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 18, 2003.

Gamonal Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales*. Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2009.

Ministerio de Justicia, *Guía práctica de la nueva justicia laboral*. Santiago de Chile, S/E, 2009.

Sen Amartya, *Inequality reexamined*. Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1992.

Tomei Manuela, "Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo", en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol 122 N° 4, 2003.

Ugarte, José Luis, *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1994.

Ugarte, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales*. Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2009.

Zúñiga Francisco, *Derechos humanos e igualdad: el principio de discriminación compensatoria*. EDEVA, 1995.