

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO

POR: HÉCTOR GABRIEL GUTIÉRREZ VERA

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo para
optar al grado de Magíster en Derecho de la Empresa

PROFESOR GUÍA:

Sr. ANDRÉS FUENTES VALDOVINOS

JULIO 2020
CONCEPCIÓN

© Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

*Para mis padres,
Por todos los valores, enseñanzas y posibilidades
que día a día brindan con amor infinito.*

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	7
1.- Sobre la discriminación laboral	7
2.- Constitucionalización del derecho del trabajo, ciudadanía de la empresa y eficacia horizontal de los derechos fundamentales	7
3.- Del despido discriminatorio	9
4.- Procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales de la prueba indiciaria	13
5.- Del daño moral	13
6.- Del juicio de Proporcionalidad	14
Análisis jurisprudencial vulneración de derechos fundamentales con ocasión al despido.	15
1.- Región de Arica y de Parinacota, Juzgado de letras del trabajo de Arica, Sentencia RIT T-4-2019	15
Relación de los hechos	15
De los indicios y su razonamiento	15
Sobre el daño moral	16
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal	16
De la proporcionalidad	16
Comentario general	16
2.- Region de Coquimbo, Juzgado de letras del trabajo de La Serena, Sentencia RIT T-30-2018	17
Relación de los hechos	17
De los indicios y de su razonamiento	18
Sobre el daño moral	18
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal	18
De la proporcionalidad	19
Comentario general	19
3.- Región del Biobío, Juzgado de letras del trabajo de Concepción, Sentencia RIT T-237-2017	20
Relacion de los hechos	20
De los indicios y de su razonamiento	20
Sobre el daño moral	21
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal	21
De la proporcionalidad	21
Comentario general	21
4.- Región de la Araucanía, Juzgado de letras del trabajo de Temuco, Sentencia RIT T-212-2018	22
Relación de los hechos	22
De los indicios y de su razonamiento	23
Sobre el daño moral	23

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal.....	23
De la proporcionalidad.....	23
Comentario general.....	23
5.- Región de Valparaíso, Juzgado de letras del trabajo de Valparaíso, Sentencia RIT T-472-2018.....	23
Relación de los hechos.....	24
De los indicios y de su razonamiento.....	24
Sobre el daño moral.....	24
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal.....	25
De la proporcionalidad.....	25
Comentario general.....	25
6.- Región de los Lagos, Juzgado de letras del trabajo de Puerto Montt, Sentencia RIT T-63-2019.....	26
Relación de los hechos.....	26
De los indicios y de razonamiento.....	26
Sobre el daño moral.....	27
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal.....	28
De la proporcionalidad.....	28
Comentario general.....	28
7.- Región del Libertador Bernardo O’Higgins, Juzgado de letras del trabajo de Rancagua, Sentencia RIT T-34-2019.....	29
Relación de los hechos.....	29
De los indicios y de su razonamiento.....	30
Sobre el daño moral.....	31
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal.....	31
De la proporcionalidad.....	31
Comentario general.....	31
8.- Región de Magallanes y la Antártica, Juzgado de letras del trabajo de Punta Arenas, Sentencia RIT T-61-2018.....	31
Relación de los hechos.....	31
De los indicios y de su razonamiento.....	32
Sobre el daño moral.....	33
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal.....	33
De la proporcionalidad.....	33
Comentario general.....	33
9.- Región de Ñuble, Juzgado de letras del trabajo de San Carlos, Sentencia RIT T-9-2018.	33
Relación de los hechos.....	34
De los indicios y de su razonamiento.....	34
Sobre el daño moral.....	34
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal.....	34
De la proporcionalidad.....	34
Comentario general.....	35
10.- Región Metropolitana, Primer Juzgado de letras del trabajo de Santiago, Sentencia RIT T-17-2018.....	35
Relación de los hechos.....	35
De los indicios y de su razonamiento.....	36

Del Daño moral	36
Del concepto de discriminación concebido por el tribunal	37
De la proporcionalidad	37
Comentario general	37
Conclusiones.	37
Bibliografía Citada	40
Jurisprudencia Citada	41
Apéndice	42

INTRODUCCIÓN

1.- Sobre la discriminación laboral: La discriminación puede ser definida como “El trato excluyente o inequitativo que recibe un individuo o grupo por su presunta o real identidad o diferencia respecto de otros individuos o grupo”.¹

Desde una perspectiva jurídica estos tipos de actos se encuentran generalmente prohibida. Así, el artículo 19N°16 de la Constitución Política del Estado viene simplemente a especificar en materia laboral el mandato general de igualdad consagrado en el numeral segundo del mismo precepto constitucional.²

A su vez, el Código del Trabajo en su artículo 2 prohíbe los actos discriminatorios en el ámbito del trabajo, enumerando una serie de categorías o móviles considerados discriminatorios.

2.- Constitucionalización del derecho del trabajo, ciudadanía de la empresa y eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Para entender bien el fenómeno de los derechos fundamentales, en el contexto del trabajo, creo necesario explicar estos 3 conceptos que, si bien son distintos, están estrechamente vinculados entre sí.

La Constitucionalización del derecho del trabajo no es más que la aplicación en materia laboral del fenómeno de la constitucionalización del derecho, entendiendo este último, como el fenómeno en virtud del cual un determinado orden jurídico debe

¹ VALENCIA V. Hernando, *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Editorial Espasa Libros, primera edición, 2003, p.148.

² CPE, Art 19n°16. “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”

estar regido en su generación, interpretación, y aplicación por la Constitución de un Estado.

A nuestro juicio, este fenómeno viene a ser la consecuencia necesaria del principio de supremacía constitucional y de vinculación directa de la norma constitucional.

Se podría explicar entonces, como el fenómeno en el cual la Constitución pasa de regular las relaciones de poder entre los órganos del Estado, de estos y los particulares, a irradiar toda norma de inferior jerarquía. Por ende, tiene la potencialidad real de regular todo conflicto jurídico.

Por otra parte, entendemos a la denominada eficacia horizontal de los DDFF como la doctrina jurídica que afirma que los derechos fundamentales (consagrados tanto en la carta fundamental como en los tratados internacionales ratificados y vigentes), pueden hacerse valer no solamente en contra del Estado, como postulaba la tesis clásica en esta materia (relación vertical Estado-ciudadano), sino que también son plenamente oponibles a terceros particulares (relación horizontal ciudadano-ciudadano).

En este sentido, Robert Alexy expresa que: *“los derechos del individuo frente al legislador le pertenecen entre otros, los derechos de protección frente a los conciudadanos. Esto muestra que las normas de DDFF también tienen influencia en la relación ciudadano- ciudadano”*³.

Por último, ha de entenderse como ciudadanía de la empresa una suerte de especialización en materia laboral de la horizontalidad de los DDFF, al hecho de constatar que los trabajadores también son “ciudadanos titulares de derechos fundamentales”. Así, el deber de subordinación a que los obliga el contrato de

³ ALEXY. Robert, *Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido*, Centro de estudios políticos y constitucionales, segunda edición, 2007, p. 464.

trabajo no es óbice para el ejercicio oportuno y eficaz de sus DDFF, que podrían verse conculcados ilegítimamente y sin causa justificada por el empleador en el ejercicio de su poder de dirección.

3.- Del despido discriminatorio: Este despido es una especie del despido lesivo de derechos fundamentales, conculcando el derecho a la no discriminación, este derecho está consagrado en los preceptos señalados precedentemente. Su status de fundamental radica en como señala Ugarte “el trato desfavorable a un individuo, expresa un desprecio a todo un colectivo, existe un derecho de máxima relevancia jurídica para impedir que ese desprecio tenga éxito”.⁴

Es entonces, que podríamos conceptualizar el despido discriminatorio como aquel que cuya causa no se forja en base a la capacidad o idoneidad personal del trabajador, sino al contrario, se funda en criterios no imputables a la voluntad del operario.

Estos criterios son de variada índole, pero la Constitución da la regla de oro al exigir que toda distinción se funde en la capacidad personal, prohíbe *a contrario sensu*, las que están fuera del control del trabajador y que no sean pertinentes para el cargo específico que se trate, sin embargo, el Código del Trabajo enuncia una serie de calidades que la doctrina ha denominado como “categorías sospechosas”, tales como nacionalidad y opinión política, criterios, que pesar de ser fundamentales en la construcción identitaria de un individuo, nada dicen relación con el mérito propio de cada uno.

Las calidades señaladas en el Código del Trabajo no son taxativas, pudiendo configurarse nuevos supuestos fuera de dicha norma; siempre cuando se funden en criterios distintos que la capacidad personal o idoneidad para el trabajo específico

⁴ UGARTE C. José, *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo*, Editorial Legal Publishing, primera edición, 2018, p. 140.

del que se trate. Así, el despido del consumidor de drogas podría ser o no un despido discriminatorio, lo mismo respecto de aquel cuya morosidad aparezca en registros públicos.

Al respecto cabe preguntarse, ¿Es necesario para calificar el despido de discriminatorio, que este se funde en una categoría sospechosa? De la respuesta a esta pregunta dependerá el éxito de la acción tutelar. Es así como se pueden desprender dos respuestas posibles y dependerá de la forma en como miremos la discriminación. De tal modo, se podría afirmar que lo esencial de la discriminación es el trato desigual por causales no imputables al trabajador, en esta concepción el elemento central es la arbitrariedad y el capricho.

En otro sentido, también es posible sostener que la sola arbitrariedad no basta para configurar un trato discriminatorio, sino que se exige además la presencia de un móvil socialmente reprochable; móvil en la cual se basa la fundamentalidad misma del derecho a la no discriminación.

En mi modo de ver las cosas, creo que la segunda tesis es más acertada. Esto, porque arbitrariedad no es sinónimo de discriminación – aunque puedan despertar pasiones similares – la discriminación es forma de actuar arbitrario con pasos extras, además, analizando la estructura normativa de las causales de despido, así de las sanciones del despido indebidos, podemos afirmar que los despidos simplemente arbitrarios (sin categoría sospechosa) se encuentran en la categoría de despidos injustificados; teniendo lugar en consecuencia las indemnizaciones pertinentes para este tipo de actos.

Asimismo, tratándose de funcionarios públicos, las desvinculaciones carentes de fundamentos, como las no renovaciones, serían impugnables vía recurso de protección por carecer de causa legal, no por ser discriminatorios, incluso tratándose de estos trabajadores y contemplando el abanico de opciones que

permite el derecho y la sana doctrina; las actuaciones irracionales, arbitrarias que importen el término de la relación funcionaria son susceptibles de ser impugnables mediante el recurso de protección, pero por la teoría de la denominada “*desviación de poder*” (manera jurídica para denominar a la corrupción), que se constituye por la omisión de uno de los elementos estructurantes del acto jurídico administrativo, el cual es la finalidad pública del acto, es decir, el acto debe realizarse necesariamente y solo necesariamente para resguardar el interés público, esta doctrina a mi juicio es una amalgama de conocidas instituciones jurídicas tales como la teoría del abuso del derecho, de la buena fe, de la nulidad de los actos jurídicos y del principio de servicialidad del estado, sin embargo ha de utilizarse solo cuando la prueba permita generar la convicción de que la autoridad ha actuado para sí mismo, cuestión sabida por todos como al menos compleja, más no imposible como se puede apreciar en la sentencia rol 30.079-2019 de la Excelentísima Corte Suprema que declara nulo el acto jurídico de invalidación de un concurso público, en su considerando noveno establece : *“Que, así las cosas, la decisión impugnada se sustenta en hechos diversos de los que se desprenden de la resolución que invalida el nombramiento del actor, puesto que, si bien aparentemente se fundamenta en un fin de interés general o particular del Municipio -consistente en la supuesta ilegalidad de las bases concursales- lo cierto es que las circunstancias expuestas en el recurso de protección develan que el fin que tuvo a la vista la autoridad es otro. De esta manera, siendo indudable que la autoridad competente cuenta con la potestad para invalidar sus actos contrarios a derecho, en el caso específico esa atribución fue ejercida con el propósito de lograr un resultado diferente de la finalidad para la cual fue instituida”*⁵.

⁵ Corte Suprema, recurso de protección, rol 30.079-2019 (25-06-2020).

Como se puede apreciar nuestro ordenamiento jurídico otorga distintas vías para resarcir las diversas vulneraciones a los derechos de los injusticiables y al estado de derecho, no siendo admisible desfigurarlas por finalidades distintas a las previstas por el legislador o al constituyente, teniendo a la vista principalmente las distintas medidas reparatorias entre la acción constitucional de protección y el procedimiento de tutela por vulneración de garantías fundamentales, al contemplar este último un haz indemnizatorio bastante mas gravoso que el primero, lo cual repercute un detrimento para el presupuesto fiscal, que nos afecta a todos.

En este sentido Ugarte: *“A que éstos no se configuran con la mera diferencia de trato laboral sino que con la concurrencia de tres elementos necesarios y suficientes, como lo son: un trato diferenciado entre iguales; que se funde en un criterio sospechoso o prohibido y que sea reprochable jurídicamente cuando no exista una justificación razonable que legitime esa diferencia.”*⁶

Opinión similar encontramos en la profesora Gauché, quien afirma que la discriminación *“se constituye por una desigualdad de tratamiento consistente en una distinción, exclusión, preferencia, limitación o restricción; la desigualdad se basa en ciertos motivos o criterios que se indican (las llamadas «categorías sospechosas»); tiene por objeto o por resultado producir un cierto efecto y que consiste en anular, alterar o menoscabar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales”*⁷.

Sin embargo, este debate no se ha zanjado, por lo que se intentará exponer que entienden por discriminación los tribunales de la República.

⁶ UGARTE C. José, *El Derecho a la No Discriminación en el Trabajo*, Editorial Legal Publishing, primera edición, 2013, p.15.

⁷ GAUCHE M. 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”, *Revista chilena de derecho y ciencia política de la Universidad Católica de Temuco*, N°5, Universidad Católica de Temuco, 2014, p.16.

4.- Procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales de la prueba indiciaria: Con la dictación de la ley 20.087, se incorpora un nuevo procedimiento tutelar de garantías fundamentales en el contexto de la relación laboral, entre ellas, la garantía de no discriminación, en este sentido se ha expuesto: *“En estricto rigor no existe un tal procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sino una cosa ligeramente distinta: el procedimiento de aplicación general con reglas especiales, para el caso de vulneración de derechos fundamentales”*.⁸

Estas reglas especiales versan sobre la titularidad de la acción, objeto de la misma, prescripción de la acción, carga de la prueba y el contenido de la sentencia definitiva; de estas innovaciones, hay que destacar de la ley 20.087, la incorporación del artículo 493 del Código del Trabajo que expresa: *“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.”*

Es decir, acreditados estos indicios, recae ahora sobre el denunciado explicar los fundamentos de sus medidas, así como de su proporcionalidad, por tanto, el hecho de no rendir prueba alguna en tal sentido por el empleador o rendida esta no es satisfactoria al juicio del tribunal, deberá tenerse por acogida la denuncia de tutela por vulneración de derechos fundamentales, a base de prueba indiciaria. Se moligera entonces, mas no se elimina “ el que no prueba no aprueba”.

5.- Del daño moral: Hasta hace unos años, existía un cierto debate sobre la posibilidad de alegar y pedir una indemnización en dinero por el daño moral causado por el empleador , cuando este vulneraba con ocasión del despido uno o más de los DDFF del trabajador, adicional a la prevista en el artículo 489 del Código del

⁸ UGARTE C. José, *Tutela de los derechos Fundamentales del trabajador*, Editorial Legal Publishing, primera edición, 2009, p.24.

Trabajo; hay quienes sostienen que lo anterior no es posible ya que, la indemnización del 489 incluye el daño moral.

Por el contrario, se afirma la plena compatibilidad de ambas indemnizaciones, asegurando que la indemnización del artículo 489 tiene por objeto sancionar la lesión injustificada de uno o mas DDFF, en cambio, el daño moral busca la reparación de un daño de carácter psíquico.

Dentro de las diversas sentencias que revisaremos veremos el paradigma actual en esta materia, en cuanto a su procedencia.

6.- Del juicio de Proporcionalidad: Recuerdo en mis primeros años del estudio del derecho, a más de algún académico, vaticinar la llegada a nuestra cultura jurídica del denominado Juicio de Proporcionalidad, aquel procedimiento mental que permite determinar cuándo frente a la pugna vertical de una determinada actuación del Estado frente a los derechos de las personas o frente a las colisiones horizontales de DDFF, contrapuestos entre sí, de dos particulares – cuál era la que procedía conforme a derecho. Este juicio esta compuesto por 4 etapas o condiciones, todas progresivas: a) Determinar la legitimidad de la finalidad (si es legítimo lo que quiero); b) Juicio o determinación de la idoneidad de la medida (si el medio empleado es adecuado para la obtención del fin); c) Juicio de necesidad (si la medida idonea, es absolutamente necesaria para la obtención del fin o existen otros medios menos restrictivos de derechos); d) Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto (la gravedad de la intervención ha de ser equivalente al objetivo de la intervención).

“La ponderacion gobernada por el principio de proporcionalidad debiera ser a nuestro juicio, el método por el cual los jueces laborales decidieran los previsibles y

múltiples conflictos o colisiones de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador que se ventilarán por el procedimiento de tutela".⁹

Al respecto, veremos si estos vaticinios bien fundados encuentran su correlato en nuestro sistema judicial.

Análisis jurisprudencial vulneración de derechos fundamentales con ocasión al despido.

1.- Región de Arica y de Parinacota, Juzgado de letras del trabajo de Arica, Sentencia RIT T-4-2019.

Relación de los hechos: Actor que desempeñaba labores en la Gobernación Provincial de Arica, denuncia despido discriminatorio por motivaciones políticas.; alega que ejercía funciones desde el año 2006 en calidad de contrata, en donde cada año esta calidad era renovada; con la llegada en el año 2018 de la nueva gobernadora, empezó a ser víctima de numerosos hostigamientos, finalizando con su desvinculación por "desempeño insuficiente" a finales del año 2018; expresa el actor, que el acto administrativo que lo desvinculó no da razones ni detalla los hechos configurativos de un mal desempeño (sobre todo tratándose de un empleado con 13 años de servicio interrumpido), tomando en cuenta que gozaba de la "confianza legítima"; presume el actor, que su desvinculación se habría motivado por ser independiente y no tener la misma ideología política que la nueva gobernadora.

Demandada alega efectividad del mal desempeño, no renovación fue fundada y razonada y que el acto administrativo que lo materializó fue debidamente tramitado.

De los indicios y su razonamiento: El tribunal tiene a la vista los siguientes indicios; a) La falta de necesidad de prescindir de los servicios del actor; b) La falta de elementos objetivos que expliquen la decisión de no renovar la contrata del actor

⁹ UGARTE C. José, *Tutela*, Ob. Cit., p.73.

para el año 2019; c) La inexistencia de una investigación sumaria o sumario administrativo; d) calificaciones del actor durante todo el período que prestó servicios para la demandada; e) La legítima confianza de que gozaba el actor.

El tribunal concluye que no hubo atraso en las funciones por parte del actor, salvo de un breve tiempo causado por procesos de orden interno, ya que no hay documentos que den cuenta de tal retraso, que la hoja de de precalificación del año 2018 califica al actor en lista 1, por ausencias debido al uso del feriado legal y licencias médicas, para luego y reglón seguido calificarlo en lista 2, sin existir antecedentes que motiven este cambio de calificación; también es de importancia el período de la relación laboral, ya que el actor contaba con la legítima confianza.

Sobre el daño moral: Este no es alegado ni pedido por la parte denunciante.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: *“Décimo séptimo: Que para estos efectos se debe entender por distinciones las diferenciaciones en base a alguna particularidad, por exclusiones aquellas que se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa y por preferencias las ventajas que se conceden a una persona sobre otra”.*

De la proporcionalidad: El fallo no utiliza la proporcionalidad, sino que acude al método de la subsunción para argumentar su sentencia; al no cumplirse los supuestos exigidos por la Contraloría General de la República para que proceda la desvinculación de funcionarios que gozan de la legítima confianza, estos es que sean fundados, al no ser fundado, el tribunal lo declara como discriminatorio.

Comentario general: El fallo hace un análisis pormenorizado de los hechos acreditados en el proceso, estableciendo su cronología, considerando como suficiente el indicio la legítima confianza; respecto a la concepción sobre discriminación, el tribunal considera la tesis tradicional del derecho a no discriminación, cuyo elemento configurativo central es la arbitrariedad.

2.- Region de Coquimbo, Juzgado de letras del trabajo de La Serena, Sentencia RIT T-30-2018.

Relación de los hechos: Actora alega despido discriminatorio en función de su edad, tutela en contra de la Universidad de la Serena; sostiene haber trabajado por más de 30 años como académica de la Facultad de Música de manera ininterrumpida, sin perjuicio de esto, el 14 de diciembre del año 2016, se le comunica por parte de la Universidad mediante resolución N°395 que *“el rango etario de los profesores hace inminente que la institución disponga de una política de recambio”*.

Sostiene que, para cumplir con ese propósito institucional, la demandada desconoció el vínculo laboral con la actora de manera retroactiva, a partir del momento que la demandante comenzó a cobrar sus ahorros previsionales en el sistema de AFP; estos hechos se aprecian en la resolución N°22/2017 de la junta directiva de la Universidad que determinó *“dictar una resolución meramente declarativa en el sentido de hacer presente que la profesora Ahumada dejó de ser docente al momento de que se acogió a jubilación.”*.

Y a continuación, desconocido el vínculo laboral, se le nombró como académica en calidad de contrata hasta el 31 de diciembre del año 2017, período que al finalizar se le desvincula de forma definitiva.

Demandado, contestando el fondo de la demanda, reconoce que por resolución fecha 11 de octubre del 2017 se declaró el cese de funciones de manera retroactiva a contar desde el 25 de octubre del año 2013; resolución visada por Contraloría General de la República, reconoce también la contratación en calidad de contrata hasta el 31 de diciembre del año 2017, sin embargo, sostiene que su actuación está conforme el artículo 146 y 149 del Estatuto Administrativo que la contempla como causa legal para el cese de funciones; afirma, además, que jamás se les hizo llegar el conocimiento de la jubilación de la actora ni de los otros 113 funcionarios que estaban en la misma situación, como lo exige la normativa vigente, recién en mayo tomó este conocimiento respecto de la actora y los otros académicos, producto de

una investigación interna; sostiene que pidió un pronunciamiento a la Contraloría Regional, quien reconoce el derecho a actuar de la manera que se hizo, de forma previa a la resolución N°2282/2017, mediante el oficio N°5098.

De los indicios y de su razonamiento: El tribunal tiene presente los siguientes indicios: a) La Resolución que indica que “el rango etario de los profesores hace inminente que la Institución disponga de una política de recambio”, y en donde señala que “en cuanto a la docencia de pregrado, si bien se cuenta con un cuerpo de profesores calificados, llama la atención el rango etario al que está llegando y la falta de política de renovación”. B) En la resolución de acreditación se señala “el rango etario de los profesores hace inminente que la institución disponga de una política de recambio”, y a continuación agrega que “en relación con la investigación señala que las estadísticas muestran, en general, que son las personas jóvenes las que están produciendo mucho más.”

Luego, en los considerandos siguientes, el tribunal razona que la edad era para la Universidad una falencia que había que subsanar, viendo en la causal del artículo 146 y 149 del Estatuto administrativo una forma de enfrentarlo; el hecho del pronunciamiento de Contraloría Regional, que visaba dichas actuaciones, no cambia la realidad de que la actora continuó desempeñando funciones (pese a incurrir en la causal de cesación de funciones con pleno conocimiento de la Universidad) y, que esta se llega a producir por las consideraciones hechas por la Comisión Nacional de Acreditación; en lo relativo a la alta edad de los académicos; es por estas razones, que el tribunal declara el despido como discriminatorio en su considerando décimo séptimo *“Que de acuerdo a lo que se ha venido razonando, se estima que existió discriminación arbitraria por edad respecto de la demandante”*.

Sobre el daño moral: Este no es alegado ni pedido por la parte denunciante.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: *“Décimo cuarto; que sobre la garantía de no discriminación, el profesor Eduardo Caamaño ha señalado que “la*

discriminación es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad. De este modo, la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado como injustificado y arbitrario” (citado por S. Gamonal en “Fundamentos de Derecho Laboral”, Santiago, Legal Publishing Chile, 4° Edición, abril de 2014, p.59) .

El tribunal cita a el el profesor Eduardo Caamaño, quien a mi modo de ver acoge la concepción abierta de discriminación en donde lo importante es el tratamiendo desigual injustificado, esto también se puede concluir por considerar el tribunal que cualquier criterio que no sea la capacidad e idoneidad ha de ser rechazado.

De la proporcionalidad: Tribunal se hace valer tambien del metodo de la subsunción, metodo propio de interpretación de normas legales, en este caso, el fallo buscar determinar exclusivamente la existencia del móvil discriminatorio, y una vez acreditado, procede a condenar si mas.

Comentario general: Debido a la variedad de los antecedentes aportados, de una primera lectura se podría señalar que la Universidad pese a estar, en abstracto, facultada por ley ,para hacer cesar en el cargo a los empleados que incurren en la causal del artículo 146 y 149 del Estatuto Administrativo, como bien lo señala tanto la Contraloría Regional como la Contraloría General de la República, esta facultad debe ejercerse en tiempo y forma, para el caso sublite, debio realizarse el 25 de octubre del año 2013.

Sin embargo, debido a negligencia o descuido de la Universidad, esto no se efectuó, podriamos decir que precluyó su derecho, para esto es de suma importancia la constancia, acreditada en autos, de la toma de conocimiento de la universidad en lo relativo a que la actora comenzó a percibir su pensión, de no haberse acreditado este presupuesto, la tesis de la demandada habria cobrado mayor soporte juridico,

a lo menos respecto de su buena fe, concepto que pese a no haber sido usado, me parece que fue determinante a la hora de fallar.

3.- Región del Biobío, Juzgado de letras del trabajo de Concepción, Sentencia RIT T-237-2017.

Relacion de los hechos: Actora ejercía labores de auxiliar parámedico para la Ilustre Municipalidad de San Pedro desde el año 2000, a contar del año 2015 el contrato paso a ser indefinido, expone que con fecha 1 de junio se le notifica la resolución que declara vacante su cargo, resolución del 12 de mayo de 2017, la causal de dicha resolución es la contemplada en el artículo 184 del 18.883 Estatuto Administrativo para funcionarios municipales en relación al artículo 48 letra g) 19.378, sobre atención primaria de salud, esto es esto es, Salud Incompatible con el desempeño del cargo, “por el hecho de haber presentado Licencias Médicas en el periodo indicado por un total de 191 días, excediendo el plazo contemplado”.

Aduce que el despido es discriminatorio, por cuanto, habiendo otros funcionarios en la misma situación, solo respecto de él se ha aplicado la desvinculación; asevera también, que esta medida nunca antes había sido materializada en el pasado, además, llama la atención que el decreto tiene lugar más de 100 días después que el actor volvió a ejercer sus labores (luego de haber estado con licencias médicas) absolutamente extemporáneo.

Demandada contesta la demanda, niega absolutamente motivos discriminatorios; aduce que la facultad ejercida es plenamente discrecional y que su temporalidad para realizar los despidos en esta materia no tiene límites porque no hay ley que contempla un plazo para ello.; asevera que sí existen otros funcionarios a los cuales se les ha aplicado la causal, y que están analizando su aplicación respecto de otros funcionarios.

De los indicios y de su razonamiento: Esta sentencia no considera ningún hecho como indiciario de discriminación, sino que razona sus considerandos partiendo de

la concepción que exige que la discriminación sea una distinción basada en criterios sospechosos. En este sentido, el considerando octavo: *“Así, la sola distinción, exclusión o preferencia sin la existencia del criterio sospechoso o prohibido no constituye un acto de discriminación prohibido por la ley.”*

“Noveno:..Que no se ha esgrimido cual es el fundamento de su supuesta discriminación ya que, a lo menos, debía ser enunciada para proseguir con el escrutinio de proporcionalidad del demandado y por lo tanto, otorgándole la posibilidad de ejercer debidamente su defensa. Al no expresarlo de esta forma la actora en su denuncia de discriminación, esta debe ser rechazada por falta de fundamentos.”

Sobre el daño moral: Este no es alegado ni pedido por la parte denunciante.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: *“Noveno: La discriminación laboral supone siempre que la diferencia que se alega se funde en un criterio sospechoso o prohibido al tener que estar relacionada la conducta discriminatoria con criterios que aparecen como disvaliosos desde la ética social, aun cuando el catálogo de éstos, contemplado en el artículo 2 del Código del Trabajo, no sea nada más que meramente ejemplificativo y puedan existir otros no contemplados taxativamente en la norma.”*

De la proporcionalidad: Tribunal no emplea la proporcionalidad, en cambio, utiliza también la subsunción, al no cumplirse los requisitos doctrinarios de la discriminación, rechaza la tutela.

Comentario general: Esta sentencia sigue la tesis que exige para la configuración del despido discriminatorio, que se base en una categoría sospechosa, en este orden de ideas, recordemos que el Código del trabajo, así como el estatuto administrativo contemplan un sistema causado de despido, por lo que el actor debió para impugnar la desvinculación, haber ejercido acciones de otra naturaleza, tales

como: de despido injustificado, acciones de naturaleza administrativa o el mismo recurso de protección, sin embargo, esta confusión se debe al vacío legal en la materia.

Por otra parte, y pese a no contemplar argumentación al respecto, esta sentencia se acoge a la idea de que los órganos públicos en esta materia no tienen límite temporal alguno a la hora de decidir la aplicación de la causal, esto no es así, a falta de normativa especial al efecto, han de aplicarse los principios propios del derecho de trabajo, en el caso sub-lite, debió haber operado la llamada “perdón de la causal”, es decir, el desistimiento tácito de la aplicación de la causal de desvinculación por no hacerse efectiva dentro de un determinado espacio de tiempo, en este sentido, los tribunales han fallado que este plazo es solo de hasta un par de días desde que el empleador toma conocimiento de los hechos, seguir la tesis del tribunal importaría darle un poder absoluto e injustificado al empleador, inaceptable para el orden público laboral.

4.- Región de la Araucanía, Juzgado de letras del trabajo de Temuco, Sentencia RIT T-212-2018.

Relación de los hechos: Actor desempeñaba labores en la Secretaría General de Gobierno desde el año 2004 al año 2008, en calidad de funciones a honorarios, para posteriormente, desde el año 2008 hasta el año 2018 desempeñarse en calidad de contrata, gozando en consecuencia de la legítima confianza; dicho actor alega que el acto administrativo que renovaba sus funciones hasta diciembre del año 2018 fue representado por la Contraloría General de la República por motivos formales; sostiene que esta representación fue aprovechada por la Secretaría Regional Ministerial para ser desvinculado, Secretaría, quien ya había informado que por motivos políticos realizarían una reestructuración del personal, enumerando en el libelo diversos episodios de discriminación política, tales como supresión de funciones, destinaciones a dependencias que no cuentan con condiciones mínimas de operabilidad ni capacitación alguna acorde a la naturaleza de la destinacion solicitada, a modo de ejemplo.

Demandada alega que el decreto de nombramiento de la actora contenía la cláusula “Hasta que sus servicios no sean necesarios”, lo que faculta a la autoridad para determinar de manera libre cuando estos servicios ya no son necesarios.

De los indicios y de su razonamiento: El tribunal tiene presente los siguientes indicios: a) La calidad en que fue contratado; b) el tiempo que llevaba desempeñándose en el servicio público; c) el cambio abrupto de sus funciones ; d) el ser enviado a comisión de servicio sin la capacitación ni condiciones adecuadas para el desempeño de sus funciones; e) el que se ponga término a su contrata en forma anticipada, sin que medie una resolución fundada.

Sobre el daño moral: Este no es alegado ni pedido por la parte denunciante.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal : Si bien no la define, al sostener el tribunal que el actor ha sido discriminado por carecer de fundamento su desvinculación, es forzoso concluir que el tribunal sigue la tesis amplia de discriminación.

De la proporcionalidad: Se aplica lo dicho al primer fallo analizado precedentemente, no hay proporcionalidad.

Comentario general: La sentencia es categórica y no viene sino a fortalecer la doctrina que sostiene que en el sector público la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino que se trata de una discrecionalidad reglada, algo que desafortunadamente nuestras autoridades aún se niegan a acatar en muchos casos, favoreció a la tesis del actor la multiplicidad de probanzas que rindió; testigos que afirmaban el cambio abrupto de funciones, documentos que acreditaban la poca necesidad para la buena marcha del servicio, la desvinculación carente de razones o antecedentes para un funcionario de 14 años de servicio.

5.- Región de Valparaíso, Juzgado de letras del trabajo de Valparaíso, Sentencia RIT T-472-2018.

Relación de los hechos: Actora ejercía labores de secretaria y digitadora para la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar desde el año 2001 hasta el año 2018, siempre en calidad de honorarios; sostiene que desde el año 2013, su jefe directo la emplazaba de forma insistente a renunciar con motivo de su edad (79 años); afirma que con motivo a unos problemas de salud que padeció a principios del año 2018, fue desvinculada por la Municipalidad; alega discriminación por edad; en subsidio deduce despido injustificado.

Demandada solicita rechazo de la demanda en todas sus partes; alega inexistencia del vínculo de subordinación y dependencia, ya que la prestación de servicio se fundamenta en contrato de honorarios, sin cumplimiento de horarios ni supervisión directa de funcionario alguno, sostiene, además, que el último contrato a honorarios fue desde el 1 de enero del año 2018 hasta el 30 de junio del mismo año, cumpliéndose cabalmente con la temporalidad del contrato.

De los indicios y de su razonamiento: *“Decimoquinto: Que los antecedentes de prueba aportados por la demandante a fin de acreditar la vulneración alegada, analizados según sana crítica, no resultan aptos ni suficientes para este objeto, en efecto, sus 2 testigos, señalan que la actora era objeto de comentarios por parte del Sr. Inostroza en razón de su avanzada edad, pero el primero de éstos, expresa que sabe de esta situación por los propios dichos de la actora, lo que resta merito a su declaración sobre el punto; y la segunda testigo indica que el Sr. Inostroza hacia comentarios a la actora, entre otros puntos, sobre su edad, por ejemplo, preguntándole cuándo iba a jubilar, circunstancia esta que por sí sola no configura un hostigamiento o presión indebida,; teniendo además y especialmente presente, que según lo señala la propia demandante en su demanda, las supuestas presiones u hostigamientos del director de Obras, se habrían verificado durante los últimos 5 años laborados por ella, cuestión que no aparece razonable en el contexto de una relación regulada mediante contratos a plazo fijo.”*

Sobre el daño moral: Este no es alegado ni pedido por la parte denunciante.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: “Decimoctavo: Y no constando en autos que la demandada haya invocado causa alguna ni que hubiere formalmente comunicado el término de los servicios, deberá necesariamente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del Código, accederse a la demanda en cuanto por ella se solicita se declare injustificado el despido.”

Así, califica el despido como injustificado por carecer de fundamento legal, pero esta arbitrariedad no es calificada como discriminatoria.

Este tribunal no expresa lo que entiende por discriminación, pero de manera indiciaria se podría afirmar que se sigue una tesis restringida del concepto de discriminación, al rechazar la acción tutelar, pero acogiendo el despido injustificado.

De la proporcionalidad: Atendido que la demanda fue desestimada por falta de prueba, no se realiza valoración alguna de la actuación del empleador.

Comentario general: El tribunal para motivar su sentencia toma en consideración la posible parcialidad de uno de los testigos presentados por la actora, esto, por ser un testigo de oídas, que percibió solamente lo dicho por la actora; respecto del otro testigo, este declaró haber escuchado frases como “y cuando se va a jubilar”, lo que a juicio del tribunal no reúne las características suficientes para constituir un indicio de posible vulneración de DDFF.

Me parece correcto el razonamiento del tribunal, en cuanto considerar poco probable el hostigamiento por 5 años, considerando que la actora ejercía labores a plazo fijo, esto, porque el hombre medio que tiene la voluntad de desvincular a una persona no elige como vía idónea el acoso por 5 años, sino que simplemente se limitaría a esperar el vencimiento del plazo.

Lo fallado por el tribunal es acertado, toda vez, que es una máxima de experiencia, las falencias probatorias de la prueba testimonial, sobre todo de los testigos de oídas, por otra parte, el segundo testigo no evidenció indicios suficientes para

acreditar la vulneración alegada, recordemos que el hostigamiento o acoso es una conducta que exige habitualidad, cierta permanencia en el tiempo y no solo preguntas aisladas.

6.- Región de los Lagos, Juzgado de letras del trabajo de Puerto Montt, Sentencia RIT T-63-2019.

Relación de los hechos: Actor ejercía labores de docencia como profesor de lenguaje en un establecimiento educacional, particular- subvencionado, desde el 26 de febrero de el año 2018; relata una serie de hechos que dan cuenta de su capacidad profesional; añade que pese a ya estar coordinando las actividades para el año escolar 2019 recibe el 20 de diciembre del año 2018, de parte del director, la “Carta de aviso de término de contrato de trabajo”, la cual indica que se determinó poner término al contrato de trabajo a contar del día 28 de febrero del año 2019, por la causal del vencimiento del plazo fijado en el contrato de trabajo, contemplada en el artículo 159 del Código del Trabajo; alega que el director le aduce también como razón, una restructuración de la plana académica, la cual requería una disminución de personal; sostiene que los hechos de dicha carta son falsos, que la verdadera razón es que el sostenedor descubrió que era gay, esto al verlo de la mano con otro hombre, situación que hizo que el sostenedor pidiera su desvinculación, orden que el director no tuvo más que acatar.

Demandada aduce que se puso término al contrato al vencer el plazo para el cual estaban convenido los servicios, niega rotundamente haber propuesto al actor la continuidad laboral más allá de lo previamente pactado, se desconoce todo tipo de dichos, comentarios o actuaciones discriminatorias en razón de la orientación sexual del actor.

De los indicios y de razonamiento: Los indicios serían para el Tribunal, los siguientes: 1) La reunión entre el actor y el director, en que este le manifestó que querían contar con él para el próximo año; 2) El encuentro entre el director con los sostenedores; 3) El cambio abrupto en el director acerca de la continuidad del actor

en el colegio para el año 2019, entre la reunión que tuvo con este mediando entre ambas fechas, el encuentro del director con los sostenedores;4) La reunión entre la profesora de lenguaje doña Claudia Castillo y el director, en que el director le respondió que la decisión no la tomó él, que no fue fácil para sí y le dejó entrever que era una medida del sostenedor. 5) La reunión entre la profesora doña Patricia Barría y el director, en donde este último expresa “él no se cuidó, porque anduvo por el centro de la ciudad de la mano con su pareja y también lo vieron en un antro gay en Angelmó”, agregando que “lo vió la gente que no debió haberlo visto”.

“Décimo: Que, así las cosas, corresponde ahora determinar si la denunciada explicó razonablemente los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Undécimo: Que, al respecto, cabe señalar que la demandada, al contestar la demanda, afirmó que el término de la relación laboral se produjo sólo por la causal del artículo 159 N°4 del Código del Trabajo, esto es, vencimiento del plazo convenido en el contrato de trabajo. Dicha alegación será desestimada, en atención a lo ya expuesto y concluido en el considerando noveno. Duodécimo: Que, además, al contestar la demanda, la demandada planteó que no se renovó el contrato del demandante, por una reestructuración del departamento de lenguaje. Dicha explicación será desestimada, pues la demandada al contestar la demanda no indicó en que consistiría dicha reestructuración ni acreditó que esta se hubiera efectuado, habiéndose establecido, conforme a los hechos ya asentados en el considerando sexto, que no existió dicha reestructuración y que únicamente se despidió al demandante y se contrató a otra persona en su reemplazo; Décimo cuarto: Que no habiendo la demandada cumplido con la carga prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo, no cabe sino concluir que, en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce en su calidad de empleadora, la denunciada, con ocasión del despido, limitó el pleno ejercicio por parte del demandante de su derecho a la no discriminación, sin justificación suficiente.”

Sobre el daño moral: El denunciante solicita en su libelo la suma de \$20.000.000, solicitado por el actor, el tribunal se pronuncia a su respecto lo siguiente;

“Décimo sexto: Que, además, habiéndose establecido en autos, con las declaraciones contestes de los testigos, el sufrimiento psíquico que ha experimentado el demandante, debido a la vulneración de su derecho a la no discriminación, que se corrobora con la declaración del perito psicólogo, quien dando razón de sus dichos y en el marco de su experticia, dio cuenta al Tribunal que el actor presenta un trastorno adaptativo, en un grado moderado, con sintomatología ansiosa - depresiva, que se corresponde con los hechos que originaron la presente causa, se condenará a la denunciada al pago de una indemnización por daño moral, la que se regulará prudencialmente en la suma de \$10.000.000.”

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: Tribunal no explica lo que entiende por el derecho a no discriminación.

De la proporcionalidad: Tribunal tampoco emplea el juicio de proporcionalidad, sino que, acreditado el móvil discriminatorio, procede acoger la tutela.

Comentario general: Se hizo una transcripción de numerosos considerandos en atención a la claridad pedagógica de los mismos, así, luego de apreciar los hechos conforme a las normas de la sana crítica, el tribunal hace un detalle pormenorizado y cronológico de los hechos que considera como indicios vulneratorios, considerando sobre todo las declaraciones de los testigos que afirmaban percibir por sus propios sentidos el verdadero móvil de la desvinculación: la orientación sexual del actor, testigos, que, al contrario de la sentencia analizada anteriormente, sí reunían los caracteres de fiabilidad y veracidad por ser también empleados del mismo empleador.

Luego de señalar pormenorizadamente los indicios vulneratorios, analiza las causales esgrimidas por el empleador, esto es el vencimiento del plazo y una reestructuración del personal; respecto de la reestructuración, el tribunal la desestima por no rendirse probanzas al respecto, en lo relativo del vencimiento de

plazo, podrían surgir algunas dudas como: ¿La no renovación de un contrato a plazo fijo es análoga a la figura del despido? ambas tienen como similitud el ser causales del término del contrato de trabajo, pero tienen justificaciones y naturaleza totalmente diversas, se podrían asimilar mediante interpretaciones in dubio pro operario o pro-homine, en contrario se podría señalar que estamos ante normas sancionadoras, cuya interpretación ha de ser estricta, prefiero inclinarme por la tesis del tribunal, en atención al especial disvalor de la conducta desplegada por el colegio, disvalor que encuentra su reproche en la misma Constitución.

En el mismo sentido se ha expresado: “ *En rigor, desde el punto de vista conceptual, nada impide que el empleador haya tenido efectivamente una causa legal para poner término al contrato de trabajo y al mismo tiempo, lesione con esa conducta los DDFF del trabajador.... Esto es lo que en doctrina se denomina como un despido pluricausal.... En dicho caso, la conducta del despido ha efectivamente lesionado las garantías del trabajador y, por tanto, las consecuencias jurídicas del mismo serán las previstas en las normas de tutela laboral.*”¹⁰

7.- Región del Libertador Bernardo O’Higgins, Juzgado de letras del trabajo de Rancagua, Sentencia RIT T-34-2019.

Relación de los hechos: Actora desempeñaba funciones de asistente comercial para la empresa Cartocor Chile S.A.; la relación laboral comenzó el 8 de mayo del 2017 con el carácter de indefinido; sostiene que con fecha 18 de diciembre de 2018 se le comunica su despido por la causal de necesidades de la empresa, alegándose por esta que: “*Esta causal se verifica por la ineludible necesidad a la que se ve enfrentada la compañía de racionalizar y disminuir la dotación de trabajadores debido a una necesaria reestructuración y reorganización que está llevando la empresa....*”; afirma que los hechos en los que se funda la causal son falsos, siendo el verdadero motivo del despido, su asociación (el día inmediatamente anterior) al

¹⁰ UGARTE C. José, *Derechos Fundamentales, Ob. Cit.*, pp. 92 s.

sindicato de la empresa. Hecho que fue conocido por la empresa, ya que el presidente del sindicato la informó de esta situación.

Demandada niega la demanda, sostiene que al 2019, más de un 60% de sus trabajadores se encuentra sindicalizado; alega que la sindicalización no es un factor a la hora de considerar los despidos, realizándose estos por causales reales y objetivas; expresa que desvinculación se produce por una real necesidad de reestructuración de la empresa.

De los indicios y de su razonamiento: El tribunal tiene a la vista los siguientes indicios. A) La fecha del despido, el día inmediatamente siguiente a su afiliación al sindicato; B) La falta de evidencia alguna que acredite una supuesta reestructuración de la empresa demandada; C) El hecho de no existir trabajador alguno del área comercial y/o administrativa en el sindicato.

“Décimo quinto: Ya que se informó por el representante legal de la demandada, en la diligencia de absolución de posiciones, que los miembros del sindicato son operarios y gente de planta, afirmando que no existe personal del área de administración afiliada a dicha organización. ni nadie del área comercial dentro de sus filas, y que ello se ha debido a que ha existido resistencia por parte de la jefatura a la incorporación por tener éstos contratos distintos; Así, tal como se dijo, se ha hecho referencia que lo determinante respecto de la actora es el área en la que ésta se desempeña, ya que ésta trabajaba en el área administrativa. Décimo sexto: Que, por otra parte, tampoco logró justificarse la medida del despido de manera de entender que éste no obedeció a consideraciones de discriminación, sino efectivamente a una reorganización que estaba llevando la empresa. Que así lo anterior, la demandada no logró justificar la aludida reestructuración de manera de descartar que el despido obedeciera a razones de discriminación, ya de las declaraciones referidas quedó de manifiesto que la demandada no sólo no se sometió a un proceso de reorganización, sino que no hubo un mayor análisis de los puestos de trabajo que justificara una reestructuración del área, teniendo presente

que, el trabajo que desempeñaba la actora forma parte del giro de la empresa, por lo que dichas funciones no han sido suprimidas, sino que sólo redistribuidas en otros vendedores, y que el área de ventas en que se desempeñaba la actora habría logrado la estabilización de la empresa y el crecimiento de la misma de manera sostenida desde el año 2015 según indicó el propio gerente.”

Sobre el daño moral: Este no es alegado ni pedido por la parte denunciante.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: Tribunal no explica lo que entiende por el derecho a no discriminación.

De la proporcionalidad: La sentencia, al igual que las analizadas precedentemente, subsume los hechos al ámbito de aplicación de las normas del procedimiento de tutela.

Comentario general: El fallo, una vez determinada la afiliación sindical de la actora, examinó la tesis de la demandada; la cual alegaba que la mayoría de sus trabajadores estaban sindicalizados, esto, a primera vista podría servir de premisa mayor en favor de la postura de la empresa, sin embargo, suele pasar que el diablo está en los detalles, y es así como a pesar de ser cierto ese hecho, también lo es que no existe sindicalización en el área comercial – área en donde se desempeñaba la actora – siendo despedidas todas aquellas que lo han intentado previamente; por lo que la tesis de la empresa se desmorona ante la realidad de las cosas.

Finalmente, el argumento inserto en la carta de despido, esta es, la de una necesidad imperiosa de reorganización, resultó ser falsa, por lo que la sentencia a la luz de todo lo obrado, ha debido necesariamente acogerse.

8.- Región de Magallanes y la Antártica, Juzgado de letras del trabajo de Punta Arenas, Sentencia RIT T-61-2018.

Relación de los hechos: Actor prestaba servicios de asesor profesional en la Subsecretaría de Economía y Empresas de menor tamaño desde el 1 de enero del

año 2012; agrega que su contrata fue prorrogada a través de resolución desde el 1 de diciembre del año 2017 hasta el 31 de diciembre del año 2018, no obstante, con fecha 12 de julio de este último año, sin aviso previo, y encontrándose con licencia médica, se le informa y notifica que se pone término anticipado a su designación a contrata por no ser necesarios sus servicios; estima que las afirmaciones vertidas en la comunicación de desvinculación son inexactas y falsas, ya que no se le informó respecto del procedimiento de evaluación “objetiva” al que sería supuestamente sometido; la única evaluación que sorteó fue la de Desempeño del año 2017, donde resultó calificado en Lista 1, siendo extraño que habiendo prestado servicios desde el 2012 para diferentes jefaturas, ninguna de ellas hubiese reparado en sus deficiencias profesionales; respecto del requerimiento de conocimientos en diversos tópicos se contrató en calidad de “Experto” a otra persona, sin título profesional, quien tenía únicamente el grado de Licenciado en Ciencias Sociales, y con una remuneración mayor a la que percibía, en evidente contradicción a lo señalado por el Gobierno respecto de la austeridad en el gasto fiscal.

Por último, manifiesta que ha sido objeto de actos de discriminación, por cuanto pese a encontrarse bien calificado, igualmente se le notifica de su desvinculación sin fundamento plausible para ello, impidiéndole así, realizar el trabajo como funcionario a contrata; decidiendo su término anticipado y en consecuencia su despido y desvinculación, sin justificación razonable y suficiente.

Demandada niega razones arbitrarias.

De los indicios y de su razonamiento: A) La desvinculación se funda en una inadecuación al objeto del cargo que desempeñaba, cuestión sobre la cual no se rindió prueba alguna el efecto que lograrse evidenciar tal situación; B) La falta de antecedentes que adviertan de falta de compromiso del actor para con el Servicio.

“Undécimo: Que en base a lo anterior, y del mérito de la prueba analizada, en relación a la garantía de no discriminación cuya infracción se ha constatado, y

considerando la falta de proporcionalidad de parte de la denunciada en relación a la conducta desplegada que acarrió la decisión de su parte de poner fin anticipadamente al vínculo contractual que la ligaba basada en una evaluación sin fundamentos objetivos, pues como reiteradamente se ha explicado por la jurisprudencia judicial y administrativa la forma “mientras sean necesarios sus servicios” es inoficiosa al efecto, si no resulta demostrada o justificada.”

Sobre el daño moral: El denunciante solicita en su libelo la suma de \$50.000.000, solicitado por el actor, el tribunal se pronuncia a su respecto lo siguiente:

“De tal forma no se ha acreditado fehacientemente el nexo causal que debe existir entre el hecho dañoso y el daño producido para su indemnización, pues, si bien la testigo antes señalada y el facultativo están concordes en la sintomatología padecida por el denunciante, no hay claridad en la prueba rendida sobre qué hecho realmente la provocó”.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: No expresa lo que entiende por no discriminación.

De la proporcionalidad: Tribunal declara como falta de proporcional el despido, para llegar a esta conclusión, analiza si se existen los requisitos legales y administrativos para su procedencia, es decir, subsume.

Comentario general: Esta sentencia sigue un camino diferente de lo fallado por el Juzgado del Trabajo de Concepción (analizado precedentemente), en este caso ni el actor, ni el demandado, expresaron la existencia de algún criterio sospechoso sobre el cual fundar la discriminación; lo cual no fue exigido por el Tribunal para acoger la denuncia de tutela.

9.- Región de Ñuble, Juzgado de letras del trabajo de San Carlos, Sentencia RIT T-9-2018.

Relación de los hechos: Actora ejercía labores como inspectora en colegio municipal; dependiente de la Municipalidad de San Carlos, inició sus labores el 1 de marzo del año 2012 en calidad de contrata renovándose este de manera sucesiva hasta el 28 de febrero del 2018.; aduce gozar de la confianza legítima; alega que con fecha 16 de febrero se le notifica su no renovación, siendo el motivo de esta un “Ajuste de Dotación Comunal, por baja matrícula sostenida”; alega que el cargo ha seguido siendo ocupado por otro profesional, expresa que los otros dos inspectores siguen en sus funciones y que el DAEM ha seguido de manera normal sus contrataciones; por lo que sostiene que su despido ha sido discriminatorio.

Demandada niega los hechos, sostiene haber cumplido las formalidades administrativas para poner termino al nombramiento; alega que la baja sostenida de la matrícula hizo necesaria su desvinculación y que se actuó conforme a la normativa vigente.

De los indicios y de su razonamiento: A)” ...*Se concluye que no se acredita el ajuste de la dotación comunal en la subvención normal, por baja sostenida en la matrícula, puesto que el único despido del que se da cuenta es el de la actora Así la reducción necesaria de personal no tiene asidero si no se demuestra la baja de matrícula y de subvención normal*”; “B).. *Esto sumado al reconocimiento por parte del testigo jefe de personal del Departamento de educación, que a la fecha 29 de diciembre de 2017, el decreto que pone término a las funciones de la actora no existía.*”

Sobre el daño moral: Este no es alegado ni pedido por la parte denunciante.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: Tribunal transcribe el artículo 2 inciso 3º y 4º del Código del Trabajo.

De la proporcionalidad: Tribunal subsume.

Comentario general: El fallo consideró la realidad fáctica de ausencia de decreto que fundamenta la desvinculación, para ello, se valió de los informes emitidos por la demandada que dan cuenta que esta baja sostenida en la matrícula no era real, sumado a que jamás se acreditó la existencia de la materialidad del decreto mismo – esto lleva necesariamente a concluir que el despido es arbitrario – elemento que le basta al tribunal para considerar que fue discriminatorio, sin necesidad de expresarse el móvil concreto de la discriminación.

10.- Región Metropolitana, Primer Juzgado de letras del trabajo de Santiago, Sentencia RIT T-17-2018.

Relación de los hechos: Actora de nacionalidad haitiana desempeñaba labores de jornal para empresa constructora desde el 29 de julio del año 2017; el contrato se escrituró con fecha 3 de octubre del mismo año; contrato a plazo fijo con una duración de un año hasta el 3 de octubre del año 2018, sostiene el actor, que desde agosto del año 2017 comenzó a habitar un contenedor con su pareja, contenedor inserto en un inmueble de la demandada; alega que, desde entonces, el empleador les obligó a trabajar los sábados en labores domésticas del inmueble en donde residían; expresa que, transcurridos más de 2 meses de relación laboral, no ha recibido remuneración alguna, es así como el 5 de octubre, al volver a exigir su sueldo, es despedida junto a su pareja, por ser según el empleador “muy interesados por el dinero”; exigiéndoles hacer inmediato abandono del contenedor; afirma haber sido objeto de discriminación por ser haitiana, de color de piel oscuro y pobre, condiciones de las cuales el empleador se aprovechó, suministrándole condiciones indignas de habitabilidad, sobrecarga laboral, no pago de remuneraciones e informalidad laboral.

Demandado contestando el fondo de la demanda, alega que, por liberalidad y compasión, permitió a la actora y a su pareja habitar el contenedor, conducta que no tenía la obligación de realizar; niega haberle exigido trabajar los días sábados en su casa personal; añade no haber pagado las imposiciones en la AFP, ni seguro de cesantía, como tampoco pudo realizar las cotizaciones en el INP; lo anterior, debido a que la demandante no contaba con el número de Rut que exigen estas instituciones para realizar dichos pagos.

De los indicios y de su razonamiento: El tribunal considera como indicio en el considerando sexto del fallo: a) La condición de migrante; b) Color de piel de la actora; c) El no hablar español; D) Su alta vulnerabilidad.

“Séptimo: Que, acreditados los indicios, correspondía al demandado probar la racionalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empleador, sin embargo, no incorporó prueba alguna siquiera de haber solucionado las remuneraciones y cotizaciones previsionales de la actora, al menos por los días que reconoce la prestación de servicios, y tampoco acreditó que el despido se ajustará a derecho. Además indicó que contaba con numerosos trabajadores de origen extranjero con los que nunca ha tenido problema alguno, lo que tampoco probó.”

Del Daño moral: El denunciante solicita en su libelo la suma de \$30.000.000, solicitado por el actor, el tribunal se pronuncia a su respecto lo siguiente:

“Décimo: Que, en cuanto al daño moral demandado, lo cierto es que de los hechos relatados puede entenderse que la actora debió haber sufrido un daño moral producto de los hechos que le correspondió vivir, sin embargo, este daño no puede presumirse, y no habiendo rendido prueba alguna la demandante que permita determinar y cuantificar el daño efectivamente causado, es que no podrá accederse a tal acápite.”

El considerando décimo nos parece del todo acertado, y viene a reafirmar la doctrina tradicional que el daño moral debe ser probado. Se infiere que para este tribunal la indemnización sanción es compatible con el daño moral.

Del concepto de discriminación concebido por el tribunal: No expresa lo que entiende por no discriminación.

De la proporcionalidad: El fallo tampoco utiliza el juicio de proporcionalidad.

Comentario general: El fallo estima como indicio suficiente de actuar discriminatorio la condición de migrante, de tener un color de piel distinto al común chileno y de pobreza de la actora, estos son hechos objetivos, pero no atribuibles al empleador, por lo que no pareciera ser sostenible argumentar un actuar discriminatorio en base a ese único indicio; incluso podría constituir una infracción al principio de razón suficiente, sin embargo, quedó asentada las diversas infracciones laborales cometidas por el empleador; sumado a que es una máxima de experiencia que los empleadores se hacen valer de la situación migratoria irregular de sus trabajadores para negociar condiciones que ningún nacional aceptaría, es muy probable que esta la motivación del fallo y en este sentido la equidad así lo exigía.

Conclusiones.

Analizados los fallos precedentes, de 10 regiones del país, se pueden concluir diversos aspectos.

1.- Las dificultades que ha tenido en Chile, la implementación, como método argumentativo del Juicio de Proporcionalidad, así, como vimos, todas las sentencias ocupan la subsunción en su reemplazo, este método consiste en la lógica relación de un hecho determinado con la hipótesis factual prevista en

una norma jurídica; comprobados los hechos exige la norma para su aplicación ha, de aplicarse sin más, este método es el más simple de todos, pero no por ello menos eficaz, de ahí su habitual uso, sin embargo, presenta ciertos inconvenientes a la hora de resolver conflictos de DDFF, ya que estos *“son verdaderos principios cuyo contenido no se encuentra descrito en forma tal que permita subsumir los hechos a la norma constitucional”*¹¹.

Es más, en ninguno de los fallos analizados, se consideró al menos el hecho de que el empleador a su vez también titular de derechos fundamentales, antecedente esencial para iniciar el juicio de ponderación.

Sin embargo, siendo analizados exclusivamente fallos sobre despido discriminatorio, se podría argumentar que este tipo de juicios dificultan la aplicación del juicio de proporcionalidad, así, la primera condición para proceder con este juicio es determinar la legitimidad del fin, siendo difícil, mas no imposible, concebir finalidades legítimas en conductas discriminatorias con ocasión al despido.

2.- Sobre el daño moral, si bien en muchas de las causas revisadas, este no fue alegado por la parte denunciante, impidiendo al Juez a pronunciarse en consecuencia, las veces que este fue solicitado; o bien fue este acogido; o rechazado por falta de prueba al respecto, es decir, a contrario sensu, se acoge la tesis de la plena compatibilidad del daño moral con la aplicación del procedimiento de tutela, sin embargo, al no existir de momento, pronunciamiento al respecto por la Corte Suprema el debate aún sigue vigente.

3.- Respecto de lo que se entiende por discriminación, para efectos de su configuración dogmática, a mi parecer, los tribunales la conciben de una manera

¹¹ MELLA C. Patricio, Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial, disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000200007, (21-06-2020).

similar a la que la entienden el común de los ciudadanos. es decir, como una conducta carente de razonabilidad, asimilable al capricho, sin todavía reparar en la diferencia tanto conceptual como valorativa entre la discriminación y el arbitrio, lo cual, presenta como ventaja la ampliación de las vías judiciales a los injusticiados para obtener la reparación de un actuar a todas luces improcedentes, conforme al espíritu general de la legislación. Por otro parte, presenta como desventaja la desnaturalización del concepto “discriminación”, así como de sus elementos estructurantes; generando confusión entre los mismos injusticiados sobre la procedencia del procedimiento de tutela e indefensión en cuanto a los demandados por conductas discriminatorias, lo anterior, ya que la argumentación, la teoría del caso; necesariamente han de ser diversas – según la concepción que se tenga sobre el concepto en comento – también, es posible advertir situaciones de manifiesta inequidad, en donde una misma situación podría generar indemnizaciones absolutamente desproporcionadas, lo cual contribuye en (como muchas otras conductas) a la erosión de la confianza en la ley, pero por sobre todo se pierde la finalidad del procedimiento mismo, el cual es el respeto del bien protegido por la norma fundamental; recordemos que es el trato de menosprecio a una colectividad humana determinada, lo que origina, y en lo que se funda: la prohibición de la discriminación.

Así también lo entendió la Excelentísima Corte Suprema, que citando a Ugarte¹², sentenció: “El contenido del derecho a la no discriminación es, en estricto rigor, una prohibición, y consiste en la exclusión de cualquier trato en materia laboral que se funde en un criterio sospechoso o prohibido y que no tenga una justificación objetiva y razonable”¹³. Sin embargo, la doctrina de este fallo, a la luz de los fallos analizados, aún no ha logrado permearse correctamente en los tribunales del fondo.

¹² UGARTE C. José, *El derecho*, Ob. Cit., pp. 9 s.

¹³ Corte Suprema, recurso de unificación de jurisprudencia, rol 24386-2014 (10-07-2015).

Bibliografía Citada

- 1.- ALDUNATE L. Eduardo, La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. En Revista Ius Et Praxis, Año 16, N° 2, 2010. Talca: Universidad de Talca, 2010. p. 185-210.
- 2.- ALEXY. Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, segunda edición, 2007.
- 3.- GAUCHE M. 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, Revista chilena de derecho y ciencia política, 2014, Temuco, Universidad Católica de Temuco, p.11-58.
- 4.- UGARTE C. José Luis, Derechos fundamentales, tutela y trabajo, Editorial Legal Publishing Chile, primera edición, 2018.
- 5.- UGARTE C. José Luis, El derecho a la no discriminación en el trabajo, Editorial Legal Publishing, primera edición, 2013.
- 6.- UGARTE C. José Luis, Tutela de derechos fundamentales del trabajador, Editorial Legal Publishing, Chile, primera edición, 2009.

7.- MELLA C. Patricio, Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: estado doctrinal, legal y jurisprudencial, disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000200007, (21-06-2020).

Jurisprudencia Citada

- 1.- “Gálvez con la Municipalidad de la Cruz”, Excelentísima Corte Suprema, Sentencia Rol C- 32.079 -2019.
- 2.- “Ojeda con Gobernación Provincial de Arica”, Juzgado de letras del trabajo de Arica, Sentencia RIT T-4-2019.
- 3.- “Ahumada con la Universidad de la Serena”, Juzgado de letras del trabajo de La Serena, Sentencia RIT T-30-2018.
- 4.- “Hidalgo con Ilustre Municipalidad de San Pedro”, Juzgado de letras del trabajo de Concepción, Sentencia RIT T-237-2017.
- 5.- “Rojas con Subsecretaría Regional de Gobierno”, Juzgado de letras del trabajo de Temuco, Sentencia RIT T-212-2018.
- 6.- “Baigorrotegui con Ilustre Municipalidad de Viña del Mar”, Juzgado de letras del trabajo de Valparaíso, Sentencia RIT T-472-2018.
- 7.- “Abello con Patagonia College Corporación Educativa”, Juzgado de letras del trabajo de Puerto Montt, Sentencia RIT T-63-2019.

8.-“Morales con Cartocor Chile S.A” , Juzgado de letras del trabajo de Rancagua, Sentencia RIT T-34-2019.

9.- “Hurtado con Fisco de Chile”, Juzgado de letras del trabajo de Punta Arenas, Sentencia RIT T-61-2018.

10.- “Monrroy con Ilustre Municipalidad de San Carlos”, Juzgado de letras del trabajo de San Carlos, Sentencia RIT T-9-2018.

11.- “Toussaint con Comercializadora Madera Viva Limitada”, Primer Juzgado de letras del trabajo de Santiago, Sentencia RIT T-17-2018.

12.- “Instituto educacional San Jorge S.A. con Navarrete”, Excelentísima Corte Suprema, Sentencia Rol C- 24386-2014.

Apéndice

1.- ALDUNATE L. Eduardo, El efecto de irradiación de los derechos fundamentales, en La constitucionalización del Derecho chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

2.- ALEXY. Robert, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, en Revista Ibero- americana de Derecho Procesal Constitucional, 2009.

4.- BARRERE. María, Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres, Editorial Civitas, Primera edición, 1997.

6.- CAAMAÑO R. Eduardo, La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 27 2006).

7.- CARMONA, Encarnación. La prohibición de Discriminación (Art. 1 CEDH y Protocolo 12). En García, Javier y Santolaya, Pablo (Ed.). La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

8.- FERRADA B. Juan Carlos - Walter Díaz, Rodolfo La tutela de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho por arte de magia, en Revista de Derechos Universidad de Concepción, 227-228 (2010).

9.- GAMONAL C. Sergio, Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos ,Montevideo, FCU, 2004.

10.- GAMONAL C. Sergio, Daño moral en el contrato de trabajo, Editorial Lexis Nexis, 2005.

11.- MELIS V. Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, Editorial Legal Publishing, 2010.