

DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL Y SU TUTELA JURISDICCIONAL

JUAN PABLO SEVERIN CONCHA*

RESUMEN

El derecho fundamental a no ser discriminado es exigible en el ámbito del trabajo y requiere una adecuada tutela jurisdiccional. La prohibición de la discriminación no solo pretende la interdicción de las diferencias de trato arbitrarias, sino que busca eliminar criterios infames de distinción, contrarios a la dignidad humana, que histórica y actualmente han excluido a determinados colectivos. Junto con abordar esta comprensión del fenómeno, el presente artículo revisa los mecanismos jurisdiccionales de los que disponen los trabajadores frente a los actos discriminatorios.

Palabras clave: Discriminación, igualdad, tutela de derechos fundamentales.

ABSTRACT

The fundamental right to be free of discrimination is a must in the workplace and requires adequate jurisdictional protection. The discrimination prohibition means not only the interdiction of arbitrary differences in treatment, it also seeks to eliminate infamous criteria distinction, contrary to human dignity, which historically and currently have excluded certain groups. Along with dealing with this understanding of the phenomenon, this paper reviews the mechanisms available to workers against acts of discrimination

Keys words: Discrimination, equality, protection of fundamental rights.

Recibido: 30 de abril de 2012.

Aceptado: 15 de junio de 2012.

* Abogado. Licenciado en Cs. Jurídicas por la P. Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Gestión y Políticas Públicas por la Universidad de Chile. Doctorando en Derecho del Trabajo por la Universidad Complutense de Madrid. Académico de la Universidad Viña del Mar. Correo electrónico: juanpablo.severin@uvm.cl

1. ACERCA DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

El derecho fundamental a no ser discriminado es exigible en las relaciones entre particulares, especialmente en las de carácter laboral. La vinculabilidad horizontal de los derechos fundamentales¹ en un Estado social y democrático de Derecho es una exigencia que deriva del reconocimiento de la dignidad humana². En razón de ello, es deber de los Estados proporcionar a los trabajadores mecanismos de tutela jurisdiccional orientados a garantizar su efectividad. En esta primera parte buscamos presentar algunos elementos que permitan una adecuada comprensión de lo que ha de entenderse por derecho a la no discriminación y su relación con el principio de igualdad.

El artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos. Luego, el artículo 2° expresa que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” y que, además, “no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona”. Lo preceptuado en estos artículos se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 7 de la misma Declaración, que señala que “todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja

¹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, en: *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2 (2003), pp. 69-76; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, en: *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2 (2003), pp. 89-176; STARCK, Christian, trad. ROCA María J., “Derechos fundamentales y derecho privado”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N° 66, septiembre-diciembre 2002, pp. 65-89.

² HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en: Habermas, Jürgen, *La constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 13-37. Para este autor la dignidad humana “no es una expresión clasificatoria *a posteriori*, como si se tratara de un parámetro de sustitución vacío que agrupara una multiplicidad de fenómenos distintos”, muy por el contrario, ella “es un sismógrafo que registra lo que es constitutivo de un orden jurídico democrático, a saber: precisamente los derechos que los ciudadanos de una comunidad política deben darse a sí mismos para poder *respetarse* unos a otros como miembros de una asociación voluntaria de personas libres e iguales” (pp. 16 y 21).

esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Posteriormente, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 2.2, dispone que los Estados “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos³ que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁴. Es posible encontrar disposiciones de similar tenor en instrumentos regionales⁵.

En un primer enfoque, podemos señalar que la conducta discriminatoria, contraria a la igualdad, consistirá en una diferencia de trato arbitraria, es decir, sin justificación objetiva y razonable, en el ejercicio de los derechos consagrados. Es decir, la no discriminación supone que los diversos derechos puedan ser gozados y ejercidos sin que exista una distinción basada en criterios no admitidos⁶. Esta es,

³ Cabe hacer notar que el compromiso de los estados es a adoptar medidas, como se dispone en el artículo 2.1, “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” y que, como dispone el artículo 2.3 “los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

⁴ De similar modo, los artículos 3 de ambos pactos de 1966 disponen que los Estados Partes de ellos se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres en igualdad todos los derechos enunciados en ellos (mientras el Pacto de Derechos Civiles y Políticos habla de “la igualdad en el goce”, el de Derechos Económicos Sociales y Culturales se refiere a “igual título a gozar” de los derechos que enuncia).

⁵ Así, por ejemplo, el artículo 14 del Convenio Europeo consagra la prohibición de la discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidos en él. En el caso de la Convención Americana, se consagra en el artículo 24 que “todas las personas son iguales ante la ley” y que “en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Por su parte el Protocolo de San Salvador, en su artículo 3, establece que los Estados “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Es decir el primero se refiere a la igualdad y no discriminación en relación con la ley y el segundo en relación con el ejercicio de los derechos considerados en el instrumento internacional.

⁶ Cabría dentro de este enfoque también lo dispuesto en el artículo 7 de la Declaración, el cual señala que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley” y el artículo 14, que dispone que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”. El Pacto de Derechos Civiles y

precisamente, la orientación que tienen los instrumentos internacionales a los que nos hemos referido en el párrafo precedente.

La igualdad y la no discriminación son derechos de todas las personas y, por ello, respecto de los trabajadores, en sus relaciones laborales, son inespecíficos. Con todo, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) ha tenido desde sus inicios una especial preocupación por la igualdad y la no discriminación en el empleo, la que se ha manifestado en el preámbulo de su Constitución de 1919, en la Declaración de Filadelfia de 1944⁷ y en su inclusión en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento, de 1998. Con posterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos se adoptarán, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, dos instrumentos que ocupan un lugar relevante en materia de igualdad y discriminación: los convenios núm. 100⁸, sobre

Políticos, asimismo, abordará este derecho, disponiendo en su artículo 26 que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”. Agrega la citada disposición que “a este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁷ El preámbulo de la Constitución de la OIT, considera que “existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales” y considerando que “es urgente mejorar dichas condiciones” entre otros aspectos en lo relativo al “reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”. Posteriormente, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia adopta, el 10 de mayo de 1944, la “Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros”. En la Declaración de Filadelfia la OIT afirma que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Entre otros aspectos, en la Declaración se establece también la obligación para la OIT de fomentar entre las naciones la adopción en materia de condiciones de trabajo de “medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso”.

⁸ El convenio núm. 100 dispone en su artículo 2 que “todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. De acuerdo a lo preceptuado por el mismo instrumento internacional, este principio se deberá aplicar sea por medio de la legislación nacional; cualquier sistema para la

igualdad de remuneración, de 1951, y núm. 111⁹, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958¹⁰. Cabe destacar que en estos instrumentos, en particular en el Convenio núm. 111, existe un enfoque respecto de la autonomía del derecho a la no discriminación que se aleja de la orientación de los instrumentos de derechos humanos antes indicados. A ello nos referiremos más adelante.

Es evidente que entre igualdad y no discriminación existe una conexión estrecha. Como acertadamente nos dijo Ermida Uriarte, la prohibición de la discriminación se alinea al objetivo de la igualdad, de modo que “para alcanzar la igualdad hay que empezar por no discriminar”, así “la no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad, un pequeño paso en el camino de la igualdad”¹¹. Establecida esa relación resulta pertinente referirnos a la noción de igualdad.

fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o la acción conjunta de estos diversos medios. Tratándose de una manifestación laboral de derecho de igualdad y no discriminación, es evidente que este derecho demanda no solo la promoción y la garantía por parte del Estado, sino que se traduce en un imperativo para los empleadores, quienes en la fijación de remuneraciones deben dar un trato igualitario a hombres y mujeres y no discriminar en razón del sexo.

⁹ El convenio núm. 111, luego de explicitar en su preámbulo que “la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, establecerá, en su artículo 1, que el término discriminación comprende “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”, como asimismo, “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”. Obviamente señala que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Además el convenio núm. 111, aborda el tema de las medidas especiales de protección o asistencia, las que no se consideran como discriminatorias.

¹⁰ Otros instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre la materia son: Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951; Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; Convenio (núm. 156) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981; Recomendación (núm. 165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.

¹¹ ERMIDA URIARTE, Óscar, “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, en: *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 26 (2011), Iustel, p. 9.

La igualdad es entendida por el pensamiento liberal decimonónico como un supuesto o un punto de partida. Es decir, todos somos iguales y todos debemos ser tratados de igual manera. Esta comprensión, que informará tanto el derecho privado como el derecho público, puede ser catalogada de formal o meramente jurídica. Bajo el supuesto de la igualdad, al Estado se le concibe en un rol pasivo, de abstención o de no intromisión, de modo tal que al poder público le está vedado intervenir en el libre juego del mercado. Nos encontramos en el siglo XIX con una sociedad capitalista, un proceso de revolución industrial en curso, que ha generado nuevas formas de trabajo que podemos describir someramente del siguiente modo: mediante un contrato una persona libre pone a disposición de otro su capacidad de trabajo a cambio de una remuneración. A estas nuevas relaciones laborales se les aplica el derecho común, que considera a las partes en condiciones de igualdad. Esto último es una ficción, puesto que en la realidad el económicamente más fuerte goza de supremacía sobre aquellos que solo disponen de su capacidad de trabajo y dicha ficción se ve agravada por la amplia oferta de trabajadores, dándose lugar a entre otros abusos a remuneraciones miserables, jornadas de trabajo extremadamente largas, condiciones de trabajo insalubres e inseguras y trabajo infantil.

Los fenómenos del surgimiento del Derecho del Trabajo y del constitucionalismo social supondrán una nueva comprensión de la igualdad. En su génesis está la constatación de que lejos del supuesto liberal de igualdad, existe una desigualdad fáctica a la que hay que atender. Esto es evidente tratándose de las partes de la relación laboral. De este modo, lo que ha de buscarse es la igualdad en la realidad, es decir, ella se constituye en una meta, ya no basta con entenderla como un supuesto, sino que es necesario concebirla como un objetivo a alcanzar. Ello implica un cambio radical en el rol del Estado, en tanto se le asigna el deber positivo de promover y de asegurar la igualdad. Se exige del Estado su intervención a favor de los más débiles, se necesita un trato diferente para quienes se encuentran en condiciones disímiles. Así, el Derecho Laboral eleva jurídicamente a quien considera más débil, el trabajador, concediéndole ciertos derechos de carácter irrenunciable. Asimismo, la irrupción de los derechos sociales en las constituciones impone al Estado una acción transformadora al servicio de los postergados y un compromiso en la construcción de una sociedad más igualitaria.

Con Rey Martínez podemos afirmar que una concepción de la igualdad la propia de un Estado social y democrático de Derecho “desarrolla una función de libertad (de prohibición de arbitrio, que es la forma más extrema de injusticia) una función democrática (impidiendo la marginación de minorías aisladas y sin voz) y una función social (posibilitando no solo una igualdad de arranque en la salida, sino una *égalité de chances*)”¹².

La concepción de la discriminación y de su interdicción también experimentará una evolución, pues no consistirá ya solamente en una diferencia de trato arbitraria, sin justificación objetiva y razonable, en el ejercicio de los derechos fundamentales.

En primer lugar, junto a esta comprensión formal se ha avanzado hacia una noción material de la no discriminación, cuya prohibición, según ha entendido el Tribunal Constitucional de España “persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana” (STC 19/1989)¹³. En este sentido Valdés Dal-Ré enfatiza el sentido peyorativo de la discriminación, se trata de la existencia de criterios odiosos de diferenciación que perjudican, humillan y excluyen a los discriminados¹⁴. Para este autor la discriminación “asume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia... [d]e un lado, por el carácter «odioso» del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas (sexo, raza o edad) o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en

¹² REY MARTÍNEZ, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 109.

¹³ Gazmuri hace presente que “la idea de la exclusión social como una forma de discriminación amplía considerablemente el abanico de conductas que pueden considerarse discriminatorias”. Ella “resulta de un conjunto complejo de prácticas sociales, económicas y culturales, que solo pueden superarse a través del diseño e implementación de políticas específicas dirigidas a ese fin” (Gazmuri Riveros, Consuelo, *Los derechos fundamentales en la empresa; algunas perspectivas de género* [en línea], Aporte al Debate Nº 14, diciembre 2004 [citado el 25/05/2012], <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-71195.html>)

¹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno «*ius gentium*»” en: *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 5 (2008), p. 3.

los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada”¹⁵. En la misma línea, para Garriga Domínguez, “la prohibición de discriminación está íntimamente relacionada con la idea desaparición de la desigualdad de hecho y, por ello, estrechamente conectada con la igualdad material”¹⁶. Por su parte, para Quintanilla Navarro la no discriminación va a significar “la voluntad de eliminar los tratamientos o las situaciones discriminatorias que resultan especialmente «odiosas» para el texto constitucional”¹⁷.

Es posible constatar que en los diversos ordenamientos nacionales, como también en los instrumentos internacionales, se han reconocido ciertos criterios de diferenciación arbitrarios y que afectan a la dignidad humana que se quiere erradicar. La normativa ha identificado estos criterios que han puesto históricamente y ponen actualmente en desventaja a determinados colectivos, desconociendo su dignidad y excluyéndolos.

Se ha discutido si estos criterios definidos por los ordenamientos constituyen *numerus clausus*, o bien, pudieran ser ampliados. Nosotros entendemos que el catálogo está abierto a los cambios, en tanto es posible que se identifiquen nuevos motivos de discriminación¹⁸. En este sentido, cabe citar el Convenio núm. 111 de la OIT, el cual, luego de identificar las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos que indica, señala que “cualquier otra... que podrá ser especificada...”. En el caso del artículo 14 del Convenio Europeo los motivos por los que señala no se puede distinguir son amplios y abiertos, pues, luego de mencionar algunos especialmente, señala

¹⁵ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral* [en línea] [citado el 25 de mayo de 2012] p. 9, [http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia de Fernando Valdes.pdf](http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf)

¹⁶ GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” [en línea], en: *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 6, N° 10 (2001) [citado el 25/05/2012] <http://hdl.handle.net/10016/1408>, p. 86.

¹⁷ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 35.

¹⁸ A este respecto, cabe recordar la afirmación de Bobbio en orden a que los derechos no pueden ser sustraídos “al fluir de la historia”, pues “en cuanto derechos históricos son mutables, esto es, susceptibles de transformación y de ampliación” (BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de De Asís Roig, Rafael, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p. 70).

que no puede distinguirse por cualquier otra situación¹⁹. De igual modo, la Constitución Española, en su artículo 14, luego de indicar razones por las que no es admisible discriminar, agrega además de las especificadas “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Con todo, compartimos con Garriga Domínguez, que el que se recoja expresamente determinadas causas discriminatorias “responde a la voluntad del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad que en la vida social y jurídica se había colocado a determinados grupos sociales”²⁰. En este sentido, destacamos que la ampliación del catálogo de causas discriminatorias debiera restringirse a aquellas que se constituyan en criterios peyorativos de importancia. La inclusión excesiva de criterios, podría terminar desvirtuado el concepto de discriminación en su actual comprensión y, lo que resultaría más grave, la eficacia práctica de su prohibición. En síntesis, si bien toda diferencia de trato arbitraria sin justificación objetiva y razonable es discriminatoria, existen ciertos criterios de diferenciación que han sido identificados como particularmente injustos y detestables que requieren una especial atención y es en su erradicación que las sociedades han de poner sus mejores esfuerzos.

Una segunda línea de evolución dice relación con la autonomía que adquiere la prohibición de la discriminación respecto de los otros derechos. Se avanza desde una concepción de la discriminación siempre en referencia otro derecho que ha sido reconocido como fundamental, sea por las constituciones o por los instrumentos internacionales, a una noción de discriminación con entidad propia. Se entiende que la no discriminación no es un mero “canon de regularidad jurídica del ejercicio de otros derechos”²¹. Es decir, estaremos frente a una discriminación cuando exista una distinción, exclusión o preferencia, asociada a uno de los motivos infames identificados por

¹⁹ Se podría calificar la norma de dinámica, en cuanto se puede hacer cargo de nuevas situaciones no contempladas originalmente y en virtud de las cuales no sería legítimo distinguir. Sin embargo, cabría tener presente que pueda estar concebida en la lógica más formal de la discriminación en orden a no distinguir en el goce de los derechos, pero podría no dar cuenta necesariamente de las situaciones discriminatorias más odiosas y persistentes.

²⁰ GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “Igualdad, discriminación y...”, p. 84.

²¹ PÉREZ DEL RÍO, Teresa, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda y REY GUANTER, Salvador del, *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1993, p. 25, citado por Valdés Dal-Ré, Fernando, *Igualdad y no discriminación por razón de género*, p. 9.

los ordenamientos, con independencia de que se afecte o no a otro derecho fundamental.

Como ha señalado la Organización Internacional del Trabajo, “toda discriminación produce efectos desiguales que ponen a las víctimas en una situación de desventaja, lo cual dificulta su acceso a oportunidades de empleo y, a mayor abundamiento, a la igualdad de trato en el lugar de trabajo”²². La discriminación constituye un atentado a la dignidad humana, razón por la cual se ha reconocido un derecho fundamental a no ser discriminado.

Cuando se discrimina se afecta a individuos, pero estos forman parte de colectivos y es precisamente por dicha pertenencia que se les menoscaba. Existen, en los términos utilizados por la OIT, “colectivos vulnerables a la discriminación”²³. Quintanilla Navarro enfatiza que en las discriminaciones indirectas “cobra especial relevancia el elemento colectivo de la discriminación, pues no se trata de un perjuicio cometido contra un individuo concreto con determinadas características, sino que incide perjudicialmente en los individuos de esas características, es decir, se perjudica al grupo social al que pertenece ese individuo”²⁴.

En relación con el tema de víctimas de la discriminación por razón de sexo no podemos dejar de referirnos al problema de la discriminación múltiple. La OIT llama la atención sobre el hecho de que “las personas viven la discriminación en el mercado de trabajo de diversas maneras” y que “la intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan dependen del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que estas actúan entre sí”²⁵. Así,

²² Organización Internacional del Trabajo, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 96.a reunión, 2007. Informe I (B), disponible [en línea] en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf [citado el 25/05/2012], p. 10.

²³ *Ibid*, pp. xvi, 2 y 76.

²⁴ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, *Discriminación retributiva diferencias...*, p. 34.

²⁵ Organización Internacional del Trabajo, *La hora de la igualdad en el trabajo*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 91.a reunión, 2003. Informe I (B). Disponible [en línea] en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf [citado el 25/05/2012], p. 40.

podrían concurrir en una misma persona más de una condición de aquellas que dan lugar a la discriminación, lo que redundaría en una mayor exclusión. Es por ello que, como constata la OIT “las desventajas o penurias que las mujeres padecen debido a su género son indisolubles de aquellas que surgen de otros atributos o identidades personales vinculados a la religión, la raza o la ascendencia nacional”²⁶. La OIT hace presente que “cuando se llegó a la conclusión de que en lo que tradicionalmente se entendía por discriminación fundada en algún criterio en particular (por ejemplo, la discriminación racial), no se habían tomado en consideración las experiencias particulares de determinados subgrupos (por ejemplo las mujeres), se optó por un análisis transversal”. De este modo, “[a] partir de allí, este tipo de análisis ha evolucionado hasta hacer comprender que todos los motivos de discriminación pueden actuar entre sí y provocar casos de discriminación singulares”²⁷.

El impacto de la discriminación no se limita a las víctimas directas que la padecen. Como constata también la OIT, “la discriminación se traduce asimismo en menor motivación para trabajar y lograr un buen rendimiento, lo cual redundaría en menor productividad laboral y en tensiones en el lugar de trabajo, con las consiguientes repercusiones negativas que ello supone en el rendimiento general y el bienestar en el seno de la empresa” y, además “las formas graves y persistentes de discriminación en el trabajo contribuyen a agudizar la pobreza y la exclusión social”²⁸.

Como señala Valdés Dal-Ré “[e]n el plano individual, toda discriminación adquiere un «carácter humillante», inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana; y en el plano social, la discriminación coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar de bienes y derechos”, de modo que “[l]a lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la

²⁶ *Ibid.* Al respecto, en el mismo informe, por ejemplo, se deja constancia que “en el Brasil, un reciente desglose de datos sobre el mercado de trabajo por colores y sexos evidenció que en los últimos años las disparidades entre mujeres blancas y mujeres negras en términos de tasas de empleo y desempleo, así como de salarios, se habían agudizado” (p. 41).

²⁷ *Ibid.*, p. 41.

²⁸ Organización Internacional del Trabajo, *La igualdad en el trabajo...*, p. 10.

dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo”²⁹.

2. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

La Constitución Política, en su artículo 19 núm. 16, 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”. Esta interdicción de la discriminación en el ámbito laboral se enmarca en el principio de igualdad, que se encuentra en las bases de nuestro ordenamiento constitucional, consagrado en el artículo 1° de la Carta fundamental, mediante de afirmación de que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y el reconocimiento del “derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. El mismo artículo 19 en su núm. 2° consagra la igualdad ante la ley, la negación de los privilegios y la prohibición del establecimiento de diferencias arbitrarias, mientras que en el núm. 3° garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

A diferencia de otros textos constitucionales e instrumentos internacionales, la Constitución Política chilena, al prohibir la discriminación, no identifica determinados motivos como criterios inaceptables de diferenciación. Para Caamaño Rojo el constituyente “ha entendido ampliamente el derecho a la no discriminación, lo que se manifiesta en la circunstancia de no haber introducido una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, con bastante acierto, cualquier motivo o criterio que no se base en la capacidad o idoneidad personal, esto es, prohíbe cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable”³⁰. El autor citado, al valorar positivamente esta opción del constituyente, señala que este “ha dado un paso adelante frente al método seguido por el Convenio 111 de la OIT y por otros instrumentos internacionales, en los que la prohibición de discriminación va estrechamente asociada a la enunciación explícita de

²⁹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Igualdad y no discriminación...*, pp. 11-12.

³⁰ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIV (julio 2003), p. 30.

criterios de diferenciación prohibidos, tales como la religión, el sexo o la raza³¹. Somos de la opinión de que si bien, efectivamente, el texto constitucional posibilita que la ley o la jurisprudencia puedan, a través del tiempo, ir identificando motivos en virtud de los cuales no sería legítimo distinguir, está concebido en una lógica formal de la discriminación y no se hace cargo de la dimensión material, al no identificar aquellos criterios más odiosos y persistentes que la sociedad aspira a erradicar. Con todo, cabe consignar que en nuestro ordenamiento es posible identificar estos criterios, toda vez que se encuentran explicitados en el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile y que se encuentra vigente, junto a la definición de los actos de discriminación del artículo 2° del Código del Trabajo. Ambas normativas coinciden en señalar como motivos discriminatorios en el empleo y la ocupación la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional y el origen social. Nuestro Código del Trabajo agrega dentro de estos motivos inadmisibles la edad³², el estado civil, la sindicación³³ y la nacionalidad³⁴. Como señaláramos, el mismo Convenio núm. 111 considera que los ordenamientos nacionales puedan especificar cualquier otro motivo.

Respecto de la enumeración de motivos es posible identificar una visión restrictiva, que solo estime los mencionados en la normativa como criterios sospechosos y que, por tanto, únicamente ellos darían lugar a discriminaciones en el ámbito laboral. Creemos que ello no es concordante con la opción del constituyente de prohibir cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal.

³¹ *Ibid.*

³² Con todo, es necesario recordar que la propia Constitución establece que la ley puede exigir límites de edad para determinados casos. En esta línea, cabe tener presentes las normas relativas a la capacidad para contratar y al trabajo de los menores (artículos 13 y ss. del Código del Trabajo). Es preciso enfatizar que la posibilidad de utilizar este criterio de distinción está reservada a la ley.

³³ El Convenio núm. 98 de la OIT se refiere a los actos de discriminación tendientes a menoscabar la libertad sindical.

³⁴ Sin embargo, la Constitución dispone que la ley puede exigir la nacionalidad chilena para determinados casos. El artículo 19 del Código del Trabajo establece que el ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena, en la medida que esta empresa cuente con más de veinticinco trabajadores. Nuevamente, cabe tener presente que el texto constitucional solo permite que sea la ley la que utilice este criterio.

En nuestro concepto, lo que hace el legislador es identificar ciertos motivos que histórica y actualmente son considerados como especialmente odiosos, que han perjudicado gravemente a determinados colectivos. Luego, ello no significa que en el ámbito laboral exista espacio para que se distinga, excluya o prefiera arbitrariamente, sobre la base de criterios ajenos a la capacidad o idoneidad personal³⁵. Claramente la disposición constitucional citada es más extensiva que la del Código del Trabajo, y, desde nuestra perspectiva, debemos entender que los motivos en que se basan los actos de discriminación señalados en el artículo 2° de este cuerpo legal constituyen una enumeración no taxativa, pudiéndose reconocer otros motivos que podrían dar lugar a una discriminación reprobable.

Si bien el Código del Trabajo define los actos de discriminación como las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en determinados motivos que tengan por “objeto” anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, el Convenio núm. 111 de la OIT señala como discriminatorias tales conductas que tengan por “efecto” anular o alterar tal igualdad. En atención a ello cabe consignar que en nuestro ordenamiento serán discriminatorias las conductas (activas u omisivas) que tengan dicho propósito, incluso cuando no lo alcancen, y aquellas que, aunque no lo persigan, tengan dicho efecto. En este sentido, aunque no se explicita claramente en nuestra normativa somos de la opinión, junto a otros autores³⁶, de que en el concepto de discriminación se encuentra incluida la noción de discriminación indirecta³⁷. Ello no obsta a que sería

³⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Santiago, LegalPublishing Chile, 2009, p. 34, y CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La tutela del derecho...”, pp. 30-31. Este último autor privilegia la aplicación del criterio constitucional y considera inconveniente “la técnica legislativa de ir agregando a este inciso criterios o factores de diferenciación prohibidos, ya que ello obligaría a actualizar constantemente esta disposición del Código del Trabajo, considerando que los criterios de diferenciación que pueden dar lugar a un caso de discriminación son prácticamente ilimitados” (*Ibid*).

³⁶ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos...*, p. 35.

³⁷ Existirá discriminación indirecta “cuando unas disposiciones y prácticas de carácter aparentemente imparcial redundan en perjuicio de gran número de integrantes de un colectivo determinado, independientemente de que estos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La hora de la igualdad...*, p. 21). En la discriminación indirecta nos encontramos frente al impacto adverso (*adverse impact*) de disposiciones y prácticas de carácter aparentemente neutral. En Estados Unidos de Norteamérica, “al

deseable que nuestro legislador lo explicitara como se hace en otros ordenamientos.

Concordante con lo dispuesto por la Constitución Política y por el Convenio núm. 111, el Código del Trabajo señala que “no se consideran discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado”.

La discriminación en el ámbito laboral puede producirse en fases previas a la contratación, al momento de contratar, durante la relación y con motivo de su terminación. Han existido reformas orientadas especialmente a explicitar las hipótesis de discriminación en las ofertas de trabajo³⁸ y a prohibir el condicionamiento de la contratación a la situación económica financiera del eventual trabajador, en tanto tal consideración no se base en la capacidad idoneidad personal para el ejercicio de una actividad laboral.

La ley 20.348, publicada en el *Diario Oficial* de 19/6/2009, introdujo varias enmiendas en el Código del Trabajo, destinadas a resguardar el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre hombres y mujeres. Junto con reafirmar el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, se estableció un procedimiento de reclamación al interior de la empresa y se dispuso que las denuncias al respecto se sustancien en conformidad al procedimiento de tutela laboral.

Por otra parte, el Congreso Nacional ha prestado recientemente su aprobación al proyecto que establece medidas contra la discriminación, Boletín Nº 3815-07, el cual a la fecha de finalización de este artículo ha sido remitido al Tribunal Constitucional, a efectos de que

resolver el caso Griggs, en 1971, el Tribunal Supremo de ese país elabora la teoría del impacto o efecto adverso (*adverse impact*), afirmando que resultan prohibidas no solo las discriminaciones directas (abiertas o encubiertas) sino también las prácticas formalmente justas pero discriminatorias en su puesta en ejecución o realización, salvo que el empresario pruebe la existencia de una necesidad empresarial (*business necessity*)” (GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral” [en línea], en: *Cuadernos Jurídicos de la U. Adolfo Ibáñez*, Nº 18 (2003) [citado el 25/05/2012] <http://laboralchile.blogspot.com/2005/09/discriminacion-laboral.html>)

³⁸ La Dirección del Trabajo, mediante dictamen 698/16, de 11 de febrero de 2003, ha señalado que la infracción de la norma, cuya finalidad es la protección de un derecho constitucional violentado por la vía de ofertas por cualquier medio, debe sancionarse “en conformidad a la ley laboral, esto es, aplicando el Servicio y sus fiscalizadores las multas laborales que corresponda”. El mismo dictamen señala que debe ser sancionada con las multas administrativas contempladas en el Código del Trabajo.

este efectúe el respectivo control de constitucionalidad. Si bien la normativa no es específicamente laboral, sino que establece disposiciones generales en la materia, en nuestro concepto resulta también aplicable en este ámbito. Esto resulta particularmente interesante respecto de aquellos aspectos que no estarían adecuadamente protegidos mediante el procedimiento de tutela laboral.

El propósito de esta ley es crear una nueva acción de no discriminación arbitraria. Sin embargo, es pertinente señalar que, lejos de limitarse a ser una regulación meramente procesal, contiene normas sustantivas.

Llama la atención que en el inciso segundo del artículo 1°, refiriéndose al rol de los órganos de la Administración en las políticas sobre la materia se refiera a la discriminación arbitraria en “el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Del mismo modo, al definir para los efectos de esta ley, en el artículo 2°, la discriminación arbitraria entiende por tal “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, en particular cuando se funden determinados motivos que la norma señala. En este sentido, el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, no reconoce la autonomía del derecho a no discriminación respecto de los otros derechos fundamentales, sino que lo entiende como un criterio de regularidad jurídica en el ejercicio de estos últimos³⁹.

³⁹ Con fecha 5 de enero de 2012, un grupo de diputados dedujo ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 2° del proyecto de ley sobre la base de que, en concepto de los legisladores recurrentes, la aludida disposición “vulnera [...] el artículo 19 N° 2 de la Constitución en relación a su artículo 20, pues la Carta Fundamental solo requiere que se esté en presencia de una discriminación arbitraria que tenga esa característica, sin requerir que, con ella, se vulnere, además, otro derecho fundamental y así también basta para accionar de protección”. El requerimiento no fue admitido a tramitación, pues para el Tribunal Constitucional en él “no se satisfacen las exigencias contenidas en el inciso primero del artículo 63 de la Ley N° 17.997 para admitir a tramitación el requerimiento y que son esenciales para que se configure con certeza la competencia específica de esta

En la identificación de los motivos en virtud de los cuales no es legítimo discriminar, se establece un catálogo abierto, utilizando la expresión “tales como”, sin perjuicio de que se mencionan algunos motivos que en nuestro tiempo se han descrito como reprobables. El texto menciona “la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”. El texto dispone que estos motivos o categorías “no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”.

El catálogo de motivos discriminatorios es más amplio que el del Código del Trabajo, incorporando categorías no explicitadas en este último. Llama la atención la distinción entre sexo, orientación sexual e identidad de género. Al respecto, se ha considerado por la doctrina que las dos últimas categorías se encuentran incluidas en la primera, aunque no se les haya explicitado. Con todo, ha sido una tendencia en la legislación comparada el incluirlas separadamente en la normativa⁴⁰. En ese sentido, Ugarte Cataldo, a propósito de sostener que los criterios del artículo 2° del Código del Trabajo deben ser leídos en clave extensiva, afirma que, por ejemplo, el término sexo “puede legítimamente no solo ser referido al género, sino que también a las opciones sexuales del trabajador”⁴¹.

De acuerdo al texto del proyecto, se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en

Magistratura en el caso concreto sometido a su conocimiento” (Rol N° 2160-12-CPT).

⁴⁰ Por ejemplo, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, trata separadamente la discriminación por orientación sexual (disponible [en línea] en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:ES:NOT>), mientras que la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, se refiere a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (disponible [en línea] en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&andoc=2006&nu_doc=54).

⁴¹ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos...*, p. 35. Al respecto este autor cita sentencia rol 92.771-2007, del Juzgado del Trabajo de Rancagua.

alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4° (respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia), 6° (libertad de conciencia, creencia y culto), 11° (libertad de enseñanza), 12° (libertad de opinión e información), 15° (libertad de asociación), 16° (libertad de trabajo, justa retribución, no discriminación laboral, negociación colectiva y huelga) y 21° (derecho a desarrollar cualquiera actividad económica) del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima. ¿Puede en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental discriminarse sobre un criterio que previamente se ha definido como un criterio reprochable de distinción? Uno podría sostener que lo normal es que no sea así, y que solo excepcionalmente podríamos encontrar hipótesis en que fuese eventualmente admisible. Entonces, por qué dotar a tal ejercicio de una suerte de presunción de razonabilidad.

El texto aprobado inicialmente señalaba que tales distinciones, exclusiones o restricciones se considerarán “siempre” razonables, palabra que se consideró como innecesaria y peligrosa y que llevó a algunos a temer que se estuviera incorporando una suerte de presunción de Derecho⁴². En sentido contrario, hay a quienes sostuvieron que la utilización de la expresión “siempre” era adecuada, al enfatizar que la ley es infraconstitucional y que primarían los derechos o causas constitucionalmente legítimas⁴³. Al respecto cabe puntualizar que el derecho a no discriminación tiene una carácter constitucional y es en relación a él que se podría producir una colisión de derechos. No se trata de un problema de jerarquía normativa, pues no es esta ley la que está consagrando el derecho a la no discriminación, sino que estamos frente a un desarrollo legislativo en torno a un derecho fundamental consagrado en la Constitución.

Aunque finalmente se haya eliminado la expresión “siempre”, la norma merece ser observada, en tanto podría estar estableciendo *a priori* una suerte de jerarquía entre los derechos fundamentales, otorgando un privilegio de razonabilidad a favor de los otros derechos, en perjuicio del derecho a no ser discriminado. Hasta ahora existe un amplio consenso en la doctrina y jurisprudencia en orden a que

⁴² Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín N° 3.815-07, pp. 4, 10, 29-30.

⁴³ *Ibid.*, p. 13.

en Chile no hay una jerarquía de los derechos fundamentales, por lo que en el caso concreto de una colisión entre ellos ha de recurrirse a la ponderación. Es perfectamente posible la existencia de hipótesis de un ejercicio en principio legítimo de un derecho que se traduzca en una discriminación. Se trata precisamente de casos en que será necesario recurrir al test de proporcionalidad.

3. TUTELA JURISDICCIONAL DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

A continuación abordaremos el tema de la tutela jurisdiccional de la discriminación laboral. Para ello, revisaremos brevemente lo relativo a la acción de protección establecida en la Constitución Política, para posteriormente examinar algunos aspectos destacados de las normas relativas al procedimiento de tutela laboral regulado en el párrafo 6º, del Capítulo II, del Libro V, del Código del Trabajo y, luego, finalizar con el análisis de la nueva acción de no discriminación arbitraria, contenida en el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.

3.1. La acción de protección ante la discriminación laboral

El artículo 20 de la Constitución Política establece la acción de protección respecto de diversos derechos consagrados en el artículo 19 de la Carta fundamental. Al referirse al numeral 16º lo hace solo respecto a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y a la libre contratación (derechos que estarían contenidos en los incisos primero y segundo), y a lo establecido en el inciso cuarto⁴⁴. Lo anterior ha llevado a que se afirme que la no discriminación en materia laboral, expresada en el inciso tercero, no se encontraría tutelada por dicha acción. Sin embargo, hay quienes han sostenido, en sentido contrario, que la interdicción de la discriminación se encuentra estrechamente relacionada con la libertad de trabajo, orientándose precisamente a su protección, y que la no discriminación en el ámbito laboral, expresada en el numeral 16 del

⁴⁴ Este inciso cuarto dispone: "Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos".

artículo 19, es una concreción del principio de igualdad⁴⁵, reconocido en el numeral 2 y respecto del cual procede la acción de protección⁴⁶. De manera que, en virtud de dichas argumentaciones, podría recurrirse a esta acción constitucional.

Con todo, ha existido un cierto consenso en orden a que esta vía para la tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, a lo largo de los años, “se había mostrado absolutamente inútil para la tutela de dichos derechos en la relación laboral”⁴⁷.

Por una parte, frente al ejercicio de esta acción, en la medida que se considere admisible frente a la discriminación laboral, los tribunales solo podrán disponer las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Es decir, en el caso de obtenerse un pronunciamiento favorable, se podría lograr la inhibición de la conducta discriminatoria y, eventualmente, en determinadas condiciones bastante particulares, podría implicar que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse el acto discriminatorio. Sin embargo, este mecanismo de tutela carece de una dimensión reparatoria, de modo que para obtener una indemnización de perjuicios será necesario hacer valer esa pretensión ante otro tribunal. Tampoco es posible mediante esta acción de protección obtener la sanción del sujeto que discrimina.

⁴⁵ En esa línea se ha sostenido que “no cabe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio jurídico de igualdad (Art. 19, N° 2 C.P.E.), cuya incorporación en el citado numeral de la libertad de trabajo se explica más bien por la materia que por su contenido” (CASTRO CASTRO, José Francisco, “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares”, en: *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 146 (marzo de 2001), p. 10).

⁴⁶ Así, la propia Corte Suprema ha sostenido en los informes que ha emitido con ocasión de la tramitación del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín N° 3815-07, que “[a] juicio del máximo tribunal, en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República «se regula de algún modo la no discriminación y, frente a la amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de este derecho, se concede el recurso de protección». Además, señaló: «(...) este Tribunal es de opinión que el derecho a la no discriminación está suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo» (Ver oficios N° 58 de 3 de mayo de 2005 y N° 96 de 23 de junio de 2008).

⁴⁷ UGARTE CATALDO, José Luis, “La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX N° 2 (2007), p. 60.

Por otra parte, en materia de prueba, la acción de protección no considera normas especiales en relación *onus probandi*, lo que resulta una limitación importante tratándose de discriminación laboral. Este tipo de normas se han abierto camino en los procedimientos laborales, a partir de la constatación de la especial dificultad que tiene para el trabajador dependiente la prueba del acto discriminatorio. A esto nos referiremos más adelante, al tratar el procedimiento de tutela laboral.

3.2. El procedimiento de tutela laboral de los derechos fundamentales

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 485 del Código del Trabajo, el procedimiento de tutela laboral, contemplado en el Párrafo 6º, del Capítulo II, Libro V del mencionado cuerpo normativo, se aplicará para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, es decir, “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

El inciso primero del artículo 485 del Código del Trabajo se refiere a derechos fundamentales de los trabajadores para los que resulta aplicable este procedimiento, señalándose explícitamente que se encuentran consagrados en la Constitución Política de la República, indicando precisamente su ubicación en el artículo 19 de la misma⁴⁸. Sin embargo, el inciso segundo, al referirse a la discriminación se remite exclusivamente al artículo 2 del Código del Trabajo⁴⁹. Al respecto, Ugarte Cataldo denuncia los recortes o “zarpazos” que se produjeron en este ámbito fruto de la negociación política parlamentaria, limitándose el procedimiento de tutela “al derecho a la no discrimina-

⁴⁸ Entendiéndose por estos “los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto”.

⁴⁹ Señala que “[t]ambién se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

ción laboral del artículo 2° del Código del Trabajo, en principio más restringido y mezquino que el derecho a la no discriminación laboral del artículo 19 número 16 de la Constitución, cosa que podría afectar con el tiempo a colectivos típicamente discriminados como los portadores de VIH y los consumidores de drogas⁵⁰. Con todo, el propio Ugarte Cataldo considera la posibilidad de que se recurra al principio de interpretación conforme a la Constitución⁵¹. Creemos que esta es la opción correcta, toda vez que la Constitución es de aplicación directa, incluso en las relaciones entre particulares⁵², de modo que prohibiéndose por ella en el ámbito laboral toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal estaremos frente a una vulneración de este derecho fundamental, aunque el motivo no se encuentre dentro de los explicitados por el artículo 2°. Por lo demás, ya hemos señalado anteriormente nuestra opinión en orden a que el listado de motivos por los cuales está vedado distinguir, excluir o preferir no puede estimarse cerrado exclusivamente a los enunciados, si bien son ellos motivos especialmente reprochables.

Cabe consignar que expresamente en el inciso primero del artículo 485 el legislador circunscribe el procedimiento de tutela a las cuestiones suscitadas en la relación laboral, de modo que excluyó aquellas que se produzcan con anterioridad a la contratación. El inciso segundo, específicamente exceptúa de la aplicación de este procedimiento los actos de discriminación contemplados en el inciso sexto del citado artículo, es decir, aquellos referidos a las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio.

Mediante el procedimiento de tutela laboral no solo se persigue que el tribunal declare la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales que se denuncia. Este tiene un carácter inhibitorio, en tanto el tribunal debe ordenar el cese inmediato del comportamiento antijurídico. Además considera una dimensión reparatoria, ya que el tribunal debe indicar concretamente las medidas dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluyendo la determinación de indemnizaciones. La tutela es ade-

⁵⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos...*, p. 34.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² De acuerdo al inciso segundo del artículo 6° “[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

más restitutoria, en cuanto el tribunal debe velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración constatada. Finalmente, este procedimiento tiene una dimensión sancionatoria, en tanto puede dar lugar a la aplicación de multas.

Sin perjuicio de las disposiciones comunes a la vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, cabe destacar que, en materia de restitución y reparación, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones que establece el artículo 489⁵³. No obstante las observaciones que pueda merecer que solo se contemple la reincorporación para el despido discriminatorio calificado de grave y no para las restantes hipótesis de despidos vulneratorios de derechos fundamentales⁵⁴, debe destacarse que al menos se haya establecido para ese caso.

Otro aspecto a destacar es el probatorio, ya que en este procedimiento tutelar cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Esto no significa que el trabajador está exento totalmente de probar, pues debe aportar antecedentes de los que resulten indicios suficientes. Tampoco significa que se someta al empleador a la prueba diabólica de un hecho negativo, puesto que lo que a él corresponde es probar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. En este sentido diversos autores, en lugar de hablar de inversión de la carga de la prueba se refieren a la alteración, variación, desviación o desplazamiento de la carga probatoria⁵⁵. Sobre la base de las sentencias del Tribunal

⁵³ Correspondientes al pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. En caso de que el trabajador opte por la indemnización, esta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa.

⁵⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos...*, pp. 92 y ss.

⁵⁵ ALARCÓN CASTELLANOS, María del Mar, "La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo", en: *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, 2005, paraf. 31, p. 2637.

Constitucional español, se señala que el fundamento de esta regla en materia de la carga de la prueba “se encuentra en la primacía de los derechos fundamentales y en la dificultad de prueba de la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de los mismos”⁵⁶. Como sintetiza Martín Hernández, “la prueba indiciaria, dada su crucial finalidad, se articula en torno a un doble elemento” : “el primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia del TC, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido” y “solo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, podrá entrar en juego el segundo elemento, consistente en que sobre la parte demandada recaerá la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”⁵⁷.

3.3. El proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación

El proyecto que establece medidas contra la discriminación, Boletín N° 3815-07, crea una nueva acción de no discriminación arbitraria, la cual podrá interponerse ante discriminaciones en el ámbito laboral. Sin perjuicio de que el artículo 6° letra a) del proyecto dispone que no se admitirá a tramitación esta acción “cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo”, podría ejercerse esta acción en aquellos casos de discriminación laboral no amparados por el procedimiento de tutela e incluso en los casos en que se considera su aplicación, en la medida que no se haya recurrido a tal procedimiento, dado que no se exclu-

⁵⁶ REY GUANTER, Salvador del (dir.), *et al.: Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia* –2ª Edición–, Madrid, Editorial La Ley, 2007, p. 1167.

⁵⁷ MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral”, en: *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, 2005, paraf. 33, p. 2647. Esta autora en la citada presentación, junto con revisar un fallo, realiza síntesis de los pilares que han venido sustentando el Tribunal Constitucional español en la resolución de este tipo de conflictos.

yen los casos en que sea admisible la tutela laboral, sino que aquellos en que efectivamente se ha recurrido a ella.

Con todo, es preciso consignar que esto implica que diferentes tribunales podrían conocer de un mismo asunto, a través de procedimientos disímiles y con distintas facultades a la hora de resolver. Corresponderá, en aquellos casos en que sea procedente, al actor escoger el procedimiento del que se va a valer para requerir de los tribunales la tutela ante una eventual discriminación.

En esta acción de no discriminación arbitraria se considera una tutela inhibitoria, tanto durante el procedimiento, mediante la suspensión provisional del acto reclamado, como en la sentencia, a través de la facultad de dejar sin efecto el acto discriminatorio, de disponer que no sea reiterado o del ordenar que se realice el acto omitido. También este procedimiento tiene una dimensión sancionatoria, pues de estimarse que ha existido discriminación arbitraria se dará lugar a la aplicación de multas. No resulta del todo claro que exista una tutela restitutoria, es decir, que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración constatada, aunque uno los motivos para la suspensión provisional del acto reclamado sea precisamente que su ejecución haga imposible la restitución de la situación a su estado anterior. No se explicita que el tribunal pueda en la sentencia disponer tal restitución, con todo, se establece que el tribunal puede adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

En relación con la dimensión reparatoria del nuevo procedimiento, el proyecto contempló en el Mensaje que le dio origen y durante su tramitación parlamentaria, con algunas variantes, normas referidas a la eventual indemnización de perjuicios en el caso de que fuere acogida la acción. Se explicitaba que el o los afectados podrían demandar ante un juez de letras la indemnización de perjuicios para reparar el daño ocasionado por la discriminación arbitraria, la que se tramitaría mediante procedimiento sumario. Sin embargo, por encargo de la Comisión de Constitución del Senado, se conformó durante la tramitación un grupo de trabajo⁵⁸ que, recogiendo los debates suscitados,

⁵⁸ Este Grupo de Trabajo estuvo integrado por los abogados señora Beatriz Corbo y señores Juan Domingo Acosta y Patricio Zapata, propuestos por los miembros de la Comisión de Constitución; señor Juan Pablo González, del Instituto Nacional de Derechos Humanos; señores Claudio Oliva y Sebastián Soto, del Ministerio Secre-

propuso un nuevo texto para el proyecto, y en dicha proposición se consideró no incorporar normas especiales sobre indemnización de daños y perjuicios, dejando esta materia a la regulación de las normas generales, por estimar que ella requiere de un procedimiento diferente en que pueda discutirse la existencia de todos los elementos que la harían procedente.

En esta acción de no discriminación arbitraria no se considera una prueba indiciaria como la que sí existe en la tutela laboral y a la que nos hemos referido precedentemente. Uno de los avances importantes que ha experimentado la tutela jurisdiccional de la no discriminación en el Derecho comparado y en nuestro Derecho del Trabajo es el relativo a la alteración de la carga de la prueba, de modo que a la supuesta víctima solo se le exija aportar indicios suficientes de la existencia de la conducta discriminatoria y que corresponda al eventual autor de la discriminación probar la razonabilidad o proporcionalidad del acto o medida que se le imputa. El proyecto aprobado por el Congreso Nacional no considera este avance. Si a lo anterior añadimos la suerte de presunción de razonabilidad de los actos en ejercicio legítimo de un derecho, el estándar probatorio para quien afirme haber sido discriminado será altamente exigente⁵⁹.

En síntesis, si bien resulta admisible la acción de no discriminación arbitraria para asuntos en el ámbito del trabajo, en la medida que no se haya recurrido al procedimiento de tutela laboral, aquella acción presenta desventajas significativas en relación con este procedimiento, en especial en lo relativo a la carga probatoria y a la imposibilidad de obtener indemnizaciones reparatorias en el mismo juicio. Con todo, la nueva acción de no discriminación arbitraria se abre como una posibilidad frente a actos de discriminación en el ámbito del trabajo respecto de los cuales no procede actualmente la tutela laboral. Entre estos destacan aquellos que pudieran producirse en relación a ofertas de trabajo y en las fases previas a la contratación.

taría General de la Presidencia, y señora Carolina Infante, del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

⁵⁹ Informe elaborado por Mauricio Tapia R., profesor de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con la colaboración de José Antonio Sánchez R., ayudante del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y la contribución de Pablo Cornejo, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín N° 3.815-07, pp. 29-30.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN Castellanos, María del Mar, “La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo”, en: *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, 2005, paraf. 31, pp. 2633-2639.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de De Asís Roig, Rafael, Madrid, Editorial Sistema, 1991, 257 pp.
- CASTRO CASTRO, José Francisco, “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares”, en: *Boletín Dirección del Trabajo*, Nº 146 (marzo de 2001), pp. 7-19.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIV (julio 2003), pp. 25-41.
- ERMIDA URIARTE, Óscar, “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, en: *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 26 (2011), lustel, pp. 1-18.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral” [en línea], en: *Cuadernos Jurídicos de la U. Adolfo Ibáñez*, Nº 18 (2003), pp. 83-105 [citado el 25/05/2012], <http://laboralchile.blogspot.com/2005/09/discriminacin-laboral.html>.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” [en línea], en: *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Año nº 6, Nº 10 (2001), pp. 53-104 [citado el 25/05/2012], <http://hdl.handle.net/10016/1408>
- GAZMURI RIVEROS, Consuelo, *Los derechos fundamentales en la empresa; algunas perspectivas de género* [en línea], Aporte al Debate Nº 14 (diciembre 2004), 38 pp [citado el 25/05/2012], <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-71195.html>
- HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en: HABERMAS, Jürgen, *La constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 13-37.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral”, en: *Aranzadi Social*, 2005, paraf. 33, pp. 2643-2654.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La hora de la igualdad en el trabajo*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 91.a reunión, 2003. Informe I (B), disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf

- _____. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 96.a reunión, 2007. Informe I (B), disponible [en línea] en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda y REY GUANTER Salvador del, *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1993, citado por VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Igualdad y no discriminación por razón de género*.
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, 335 pp.
- REY GUANTER, Salvador del (Director), et al.: *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia* –2ª edición–, Madrid, Editorial La Ley, 2007, 1702 pp.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995, 138 pp.
- STARCK, Christian, trad. ROCA María J., “Derechos fundamentales y derecho privado”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22 N° 66 (Septiembre-Diciembre 2002), pp. 65-89.
- UGARTE CATALDO José Luis, “La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX N° 2 (2007), pp. 49-67.
- _____. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Santiago, LegalPublishing Chile, 2009, 102 pp.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, en: *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2 (2003), pp. 69-76.
- _____. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, en: *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2 (2003), pp. 89-176.
- _____. “La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno «*ius gentium*»”, en: *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 5 (2008), pp. 1-14.
- _____. *Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral* [en línea], 25 pp [citado el 25 de mayo de 2012], http://www.ugt.es/Mujer/Es-cuela_Mujeres/ponencia de Fernando Valdes.pdf