



## Discriminación laboral y su alcance en el Procedimiento de Tutela Laboral

A propósito de la sentencia de la Corte Suprema que resuelve recurso de unificación de jurisprudencia en causa Rol N° 23.808-14 de fecha 05 de Agosto de 2015

### Francisco Alberto Ruay Sáez.

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Estudiante del programa de Magíster de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Chile. Ayudante ad honorem de los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y del Departamento de Ciencias Penales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

### Introducción

La categoría normativa de derecho fundamental ha asumido un sitial privilegiado ya no tan solo en sede constitucional o en el derecho internacional de los derechos humanos, sino que ha extendido sus fronteras analíticas a un sinnúmero de otras ramas del Derecho, entre las cuales obviamente encontramos al Derecho del Trabajo. En efecto, podemos señalar incluso que el sitial central en que se ha posicionado a los derechos fundamentales como ejes rectores del discurso jurídico ha sido vehiculizado por una corriente doctrinaria que podemos legítimamente denominar como “neo constitucionalismo”. Entre los postulados centrales de dicha corriente doctrinaria podemos reconocer que ésta promueve: la aplicación directa del texto constitucional, los enunciados normativos constitucionales, o en último caso, la norma constitucional que se desprendería del texto, para la resolución de los conflictos intersubjetivos de naturaleza iusfundamental (coherente con la teoría que sostiene la existencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*), lo que es viable bajo una comprensión de los derechos fundamentales que los entienda como normas que son principios, diferentes de las normas que podemos denominar reglas, y además, por la aplicación de un método supuestamente racional de solución de conflictos entre principios (ya no entre normas que son reglas), que permite otorgar el desarrollo de una argumentación jurídica óptima (nos referimos al juicio de ponderación o proporcionalidad).

La argumentación jurídica desarrollada por los jueces, y la amplia recepción de la aplicación directa de la constitución en la resolución de conflictos intersubjetivos son manifestación explícita de que la cultura jurídica camina en una dirección en donde los derechos fundamentales no sólo han quedado reservados en su aplicación a aquellos conflictos jurídicos suscitados porque es el Estado quién pretende limitar, restringir o directamente vulnerar alguna libertad particular, como fueron planteados en su origen histórico liberal en occidente, sino que el día de hoy es cada vez más común oír asertivamente que la protección de dichos derechos y su eficacia tiene un efecto horizontal directo; entre particulares. Es en dicho ámbito de eficacia en donde el juez, a propósito del conocimiento de algún conflicto jurídico se encargará de determinar su alcance concreto, aplicando las herramientas de interpretación que le parezca más conforme con el Ordenamiento Jurídico, sea ésta un juicio de proporcionalidad, o una interpretación de los derechos fundamentales mediada por la ley y la voluntad del legislador.

La inclusión del procedimiento de Tutela de derechos fundamentales en materia laboral (iniciada con la dictación de la Ley N° 20.087 el año 2006), se presenta como una manifestación de la concepción expuesta de trasladar los derechos fundamentales, de tradicional oposición contra el Estado y las medidas que adoptase bajo un modelo clásico liberal, a una noción en que su eficacia y vigencia tiene alcance directo sobre la regulación de las relaciones intersubjetivas, y en particular en este caso, en la regulación de las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador.

La cultura jurídica interna relacionada directamente con el derecho laboral ha acogido el método ponderativo de Robert Alexy como método jurídicamente idóneo para la solución de colisión de derechos fundamentales en sede laboral. Incluso, previo a la configuración del actual procedimiento de Tutela Laboral, la Dirección del Trabajo ya habría utilizado dicho criterio.

Jose Luis Ugarte señala que “este conflicto de derechos fundamentales [entre el empleador y el trabajador] supone una modalidad de aplicación del derecho distinta al común o tradicional -la subsunción- que corresponde a la denominada *ponderación*”<sup>1</sup>. En un texto reciente vuelve a defender el método de ponderación, luego de asumir la inevitable posibilidad de colisión entre derechos fundamentales, y desechar el método de jerarquización cerrada y estática<sup>2</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Sergio Gamonal, diferenciando la relaciones Estado-ciudadano y empleador-trabajador (particular-particular), pasando a sostener que “no es posible asimilar la eficacia vertical con la horizontal”<sup>3</sup>, y hace suyos los argumentos de Alexy sobre la diferenciación en un conflicto entre dos titulares de derechos fundamentales (dos ciudadanos comunes), y un titular de derechos fundamentales y otro que no lo es (el Estado), “lo que nos lleva al tema de la ponderación”<sup>4</sup>. A su vez, Eduardo Caamaño adhiere a ésta postura cuando expresa que: “[...] en el ejercicio de un derecho fundamental puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, el que se ha de resolver mediante la utilización de mecanismos de ponderación en clave constitucional”<sup>5</sup>.

Incluso, conforme a lo anterior, el profesor Gamonal ha llegado a identificar parte del texto normativo contenido en el art. 485 CT con los elementos de la ponderación propuestos por Alexy. Desarrolla un cuadro que reflejaría la dirección directa entre el método expuesto por Alexy y las normas contenidas en el artículo 485 CT. Así, la expresión “justificación suficiente” tendría relación directa con la sub-regla de “necesidad”, que la medida no sea arbitraria tiene una correlación directa con la regla

de adecuación, el requisito que exige que “la medida no sea desproporcionada”, encuentra su correlato en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, en una faz que mira hacia la racionalidad del objeto en la medida adoptada, el que “no debe afectarse el contenido esencial del derecho”, tendría su correspondencia directa con la proporcionalidad en sentido estricto desde la faz de los efectos de la medida, y por último, el que “no debe tratarse de una represalia”, es expresión de la sub-regla de proporcionalidad en sentido estricto desde el punto de vista de los efectos de la medida. En ese sentido, la garantía de indemnidad servirá como criterio definitorio posterior a los anteriormente señalados y tendrá el carácter de absoluto, ya que no se comportaría al igual que las otras garantías, pues pareciere que no es posible graduar la intención de represalia que puede tener el empleador, como si hubiese un margen de represalia permitido o lícito, y un límite que definiera la vulneración o no<sup>6</sup>.

El legislador ha consagrado en la regulación del procedimiento de Tutela Laboral un listado de derechos fundamentales cuyas vulneraciones o afectaciones, en general, permiten activar el inicio de un proceso tramitado conforme a las reglas especiales que allí se definen. Dichas normas, por cierto, habrían de considerar la particularidad de los derechos que constituirán el análisis judicial central en la litis.

Dentro del listado de derechos fundamentales a que hemos referido, en específico en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo se consagra lo siguiente: “También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

Desde la simple lectura de dicho precepto surge la duda interpretativa sobre el ámbito de protección que ha querido otorgar el legislador respecto de los “actos discriminatorios”: ¿se trata de una referencia implícita a la garantía consagrada en el artículo 19 N° 16, y por esto una consagración de carácter constitucional amplio, o más bien estamos ante una remisión directa al contenido tipificado en el artículo 2° del Código del Trabajo, y con ello la técnica legislativa adoptada por el legislador difiere de las restantes garantías cubiertas en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales?.

<sup>1</sup>UGARTE CATALDO, José Luis. “El Nuevo Derecho del Trabajo” 2007 p. 145.

<sup>2</sup>UGARTE CATALDO, José Luis. “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”. Estudios constitucionales, v. 9, n. 1, Santiago, Chile, 2011 pp. 22-26. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002011000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100002&lng=pt&nrm=iso)>.

<sup>3</sup>GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos”, FCU, Montevideo, Uruguay, 2004 p. 23.

<sup>4</sup>Ibidem.

<sup>5</sup>CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”. Ius et Praxis, v. 13, n. 2, Talca, Chile, 2007 p. 182 Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200008&lng=es&nrm=iso)>

<sup>6</sup>GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Procedimiento de Tutela de derechos Laborales”. Lexis Nexis, Chile, 2007, p. 37.



Si bien en doctrina se ha señalado que el derecho a la no discriminación “no es un derecho a un igual trato en cualquier circunstancia, sino el derecho a no ser objeto de diferencias injustificadas por motivos o criterios sospechosos”<sup>7</sup>, dicha delimitación no parece suficiente en cuanto delimitación del contenido del derecho fundamental, operatividad, cautela judicial y determinación de sujeto pasivo. Sin perjuicio de lo cual podemos señalar respecto del derecho a no discriminación laboral (en específico) que es necesario que se presenten los siguientes elementos: “primero, un trato laboral diferenciado entre iguales y segundo, que dicho trato se funde en un criterio sospechoso o prohibido”<sup>8</sup>. Sin embargo, de la elaboración doctrinaria expuesta no fluye de manera precisa ningún criterio jurídico para determinar la odiosidad de una determinada discriminación que requiera la intervención judicial para declarar su proscripción por resultar ser una conducta vulneradora de derechos fundamentales. Por lo mismo se ha planteado por la mayoría de la doctrina que en nuestro sistema jurídico prima un “modelo de sospecha abierto”, como bien señala el profesor Gamonal<sup>9</sup>. Dicha comprensión emanaría de una interpretación constitucional directa, que plantearía una antinomia aparente con la norma de rango legal contenida en el artículo 2° del Código del Trabajo.

En ese sentido podría pensarse que la remisión contenida en el artículo 485 al artículo 2° del Código del Trabajo pudiese servir de guía. Sin embargo, nuevamente en esta situación nos encontramos ante tres posibilidades hermenéuticas diversas, que muy bien ha sintetizado el profesor Ugarte. A saber: o el catálogo de situaciones sospechosas contenidas en el artículo 2° del Código del Trabajo es relevante; o bien tiene una relevancia de baja intensidad, o en último término, no tiene relevancia alguna. El profesor Ugarte comparte esta última posición<sup>10</sup>, pues a su parecer la regla de derecho contenida en la norma de rango legal simplemente sería un alivio argumentativo dispuesto a favor del juez una vez que se enfrenta a situaciones de discriminación.

Por su parte, la Corte Suprema ha otorgado en una posible respuesta a la cuestión planteada resolviendo un Recurso de Unificación de Jurisprudencia con fecha 05 de Agosto de 2015, Rol N° 23.808-14, que es precisamente a lo que avocaremos nuestro análisis siguiente.

### 1. Breve exposición de los hechos

Un Sindicato de trabajadores de una empresa de alimentos denuncia la ejecución de actos discriminatorios por parte de su empleador común en razón de haber diferenciado, supuestamente, de manera arbitraria entre dos grupos de trabajadores a fin de otorgar beneficios remuneratorios consistentes en conceptos denominados “bono de responsabilidad”, “asignación de zona”, “condiciones de transporte” y “otorgamiento de alimentos”.

La empresa distingue entre trabajadores en virtud del lugar físico en que éstos se desempeñarían (hotel, casino, etc.), las tareas realizadas, las antigüedades en el ingreso, los turnos y descansos, diferenciando entre trabajadores “Food” y “Facility”.

Además, y lo que es más relevante en la materia decisoria final de la Corte Suprema, se alega por la empleadora en su defensa que el acto discriminatorio, y su supuesta naturaleza no se encuentra cubierta por la protección que da el procedimiento de Tutela Laboral. En efecto, señala que la supuesta “discriminación económica”, en el caso de existir, no es uno de los conceptos tipificados en el artículo 2° del Código del Trabajo al que la ley hace expresa remisión. Luego, incluso en el caso de que se hubiese verificado un acto discriminatorio como pretenden los denunciante (al menos en ese sentido), la tutela de la garantía no puede ser objeto de conocimiento del tribunal pues el legislador no le ha otorgado competencia al respecto; la garantía en el procedimiento laboral no ha remitido ampliamente a la constitución, ni menos ha señalado que comprenderá

criminatoria, es que se vulnere la igualdad de trato laboral por una razón que provoca rechazo desde un punto de vista de la moral crítica.

La única función del catálogo sería una ventaja argumentativa: se da por supuesto -sin necesidad de justificación adicional- el carácter prohibido de los criterios contenidos en ese catálogo, pero ello no aumenta ni intensifica la gravedad de las distinciones fundadas en ellos”. Ugarte Cataldo, José Luis. *El derecho a la no discriminación*... p.66.

<sup>7</sup>UGARTE CATALDO, José Luis. *El derecho a la no discriminación en el trabajo*. Santiago de Chile : Legal Publishing, 2013 p. 1.

<sup>8</sup>UGARTE CATALDO, José Luis. *El derecho a la no discriminación*... P. 15.

<sup>9</sup>GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Fundamentos de derecho laboral*. Editorial LexisNexis, Chile. 2014, pp. 63-64.

<sup>10</sup>Señala al respecto que: “En ese sentido, da igual estar fuera que estar dentro del catálogo, ya que lo relevante para que la acción se considere deónticamente prohibida por dis-

más de lo que expresamente señala el texto legal. Una interpretación diversa dejaría desprovista de sentido a la norma legal en cuestión.

## **2. Sentencia definitiva del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique**

Luego de realizar una exposición completa de las pruebas que fueron incorporadas en la audiencia de juicio, el tribunal sostiene que la ley permite realizar una interpretación amplia respecto de la garantía supuestamente afectada. En ese sentido, el ámbito de protección o de activación del aparato judicial en la protección de derechos fundamentales no se limitaría a lo contenido en la ley laboral, sino que ha de estimarse que amplía su alcance a lo preceptuado en la Constitución y los tratados internacionales que se encuentren vigentes y ratificados por Chile.

Haciéndose cargo de lo que hemos expuesto previamente, el tribunal señala en lo pertinente que:

*“la doctrina ha establecido dos posibles parámetros de aplicación normativa, uno restringido y otro más amplio, en torno a la aplicación tutelar del derecho a la no discriminación laboral. En efecto, el derecho a la no discriminación -como derecho fundamental- desde una perspectiva restringida, circunscribe dicho derecho a un listado de criterios en los que se podría plasmar dicha vulneración, esto es, por 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 u ocupación.” De este modo, la igualdad en la remuneración no se encontraría dentro de la categorización específica señalada por el mencionado artículo 2, a menos que tras una posible desigualdad en el pago de remuneraciones, nos encontráramos con alguno de los criterios señalados en forma restringida en el referido artículo, cuyo no es el caso de marras.*

*Ahora bien, si por el contrario, realizamos una interpretación de la aplicación tutelar del derecho a la no discriminación laboral, más amplia, deberíamos remitirnos directamente al artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República, norma que en su inciso tercero no plantea enumeración de criterio alguno, sino que establece que sería discriminatoria “cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal” del trabajador. En este sentido, no debemos perder de vista que más allá de la discusión respecto de la aplicación legal-*

*restringida o constitucional-amplia, del concepto de discriminación laboral, debemos considerar el concepto de “igualdad ante la ley” que obliga al juzgador a salvaguardar, en el ámbito de aplicación de la norma, que no se hagan diferencias o se tengan preferencias arbitrarias entre trabajadores, de tal manera que para calificar una posible desigualdad en el caso en comento, debemos primero establecer un criterio de razonabilidad o no arbitrariedad, que explique por qué existe un tratamiento diverso entre los trabajadores Food y Facility, los que según refiere la demandante, se encontrarían en igualdad de condiciones laborales, es por ello que el parámetro para dilucidar el presente conflicto, debe realizarse, desde la perspectiva de esta juzgadora, al tenor de lo prevenido por el constituyente, por tratarse éste de un mandato insoslayable. En consecuencia, en el presente análisis, se estará a lo prevenido por el artículo 19 N°16 inciso 3° de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 2 y 485, ambos del Código del Trabajo”<sup>11</sup>.*

El tribunal luego de haber estimado que la interpretación que ha de darse a la protección o garantía de no discriminación laboral consagrada en el procedimiento de Tutela Laboral debe ser interpretada conforme a lo prescrito por la Constitución, resuelve que existe discriminación respecto de la “asignación de zona” y del “bono de responsabilidad”, por no existir criterios suficientes que permitan determinar objetivamente sus formas de otorgamiento.

## **3. Recurso de Nulidad. Corte de Apelaciones de Iquique**

En contra de la sentencia condenatoria el demandado interpone recurso de nulidad por las causales contempladas en el artículo 477 del Código del Trabajo, parte segunda, que deduce de manera principal (haberse dictado dicha sentencia con infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, trasgrediendo los artículos 2 y 485 del Código del Trabajo); en segundo lugar, y conjuntamente con la anterior, la contemplada en el artículo 477 por infracción sustancial de garantías constitucionales (artículo 7° de la Constitución; vulneración de trato igualitario ante la ley art. 19 N° 2), y en subsidio de las anteriores interpone causal prevista en el artículo 478 letra e) (ser necesaria la alteración de

<sup>11</sup>Juez de Letras del Trabajo de Iquique, Rit T-2-2014, sentencia de 17 de Junio de 2014, Considerando 13°.



la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior).

La Corte de Apelaciones de Iquique resuelve al efecto, respecto de la aplicación en el procedimiento de tutela laboral de lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 de la Constitución que:

*OCTAVO: Dicha aplicación normativa, no encuentra un fundamento jurídico plausible, por cuanto al extender el procedimiento tutelar a figuras no establecidas directamente por el legislador, lo que en definitiva se estaría realizando es una función legislativa, atendida la naturaleza especial del procedimiento de tutela, que fue establecido de manera excepcional a fin de proteger garantías específicas, consagradas en su normativa aplicable, no existiendo disposición alguna que permita al Juez extender su objeto a dar el carácter general a un procedimiento, el que, como dijéramos, fue establecido para vulneraciones de garantías específicamente establecidas por el legislador, no siendo posible ampliarlas a figuras no contempladas por áquel. NOVENO: En consecuencia, estima este Tribunal que efectivamente se ha vulnerado la normativa aplicable al procedimiento de tutela laboral, extendiendo la Juez del fondo su competencia a figuras que el legislador no ha contemplado, produciéndose con ello una infracción de ley que efectivamente ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, resultando que la sentencia dictada en primera instancia es nula<sup>12</sup>.*

La Corte de Apelaciones, contrariando lo resuelto por el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, dispone que en realidad lo que se ha denominado “un criterio amplio de interpretación” excede de las facultades que han sido conferidas al juez, pues por expresa disposición legislativa la remisión que realiza el artículo 485 del Código del Trabajo sería explícita y suficiente.

#### **4. Recurso de Unificación de Jurisprudencia. Corte Suprema**

Luego de haberse acogido la denuncia de tutela laboral por derechos fundamentales por el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, y posteriormente haberse acogido el recurso de nulidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Iquique, se deduce recurso de unificación de

jurisprudencia solicitando se lo acoja y se la uniforme en el sentido que el procedimiento de tutela laboral previsto en el artículo 485 del Código del Trabajo, en relación al artículo 2° del mismo cuerpo legal, en lo referente a la garantía de no discriminación, debe ser de tal amplitud que considere los preceptos constitucionales que refleja dicha norma, permitiendo la tutela de otros aspectos que puedan darse en la relación laboral y que pudieren resultar discriminatorios, más allá de los expresamente indicados en el artículo 2° del Código del ramo, y en la sentencia de reemplazo se rechace el recurso de nulidad intentado contra la sentencia de grado.

La Corte Suprema acoge el Recurso de Unificación de Jurisprudencia utilizando fundamentalmente los siguientes argumentos:

##### **4.1. Protección parcial del derecho a la no discriminación**

Señala la Corte Suprema que una interpretación como la efectuada por la Corte de Apelaciones de Iquique, importaría sostener que el procedimiento de tutela protege sólo parcialmente el derecho a la no discriminación, dejando a un lado todos los hechos que no pudiesen configurar alguna de las hipótesis contenidas en el artículo 2° del Código del Trabajo.

A pesar de lo anterior no otorga un criterio delimitativo que permitiese establecer la trascendental diferencia entre toda “discriminación”, y aquellas que han de ser proscritas por el derecho, o sea, las especialmente odiosas (sólo al Estado le está vedado constitucionalmente incurrir en discriminaciones arbitrarias, a los particulares, las particularmente odiosas señaladas en la ley).

##### **4.2. El legislador ha prohibido otras formas de discriminación**

La Corte Suprema indica a su vez que si bien el artículo 2° del Código del Trabajo no contempla todas las formas de discriminación proscritas en el ámbito laboral, el legislador sí ha previsto su cautela por otras vías de mayor rango legal, como la Constitución Política de la República y el Convenio OIT N°111 de 1958.

<sup>12</sup>Corte de Apelaciones de Iquique, Rol I. Corte N°35-2014Recurso de nulidad, Reforma Laboral, Considerandos 8° y 9°, de 13 de Agosto de 2014.

**4.3. De ámpararse una interpretación restrictiva se autorizan distinciones cuestionables**

En caso de sostener una interpretación restrictiva de la norma en cuestión, esto es el artículo 485 del Código del Trabajo, señala la Corte Suprema, que se estaría autorizando que se consagre una autorización a realizar distinciones “cuya justificación y razonabilidad son del todo cuestionable”<sup>13</sup>, más aún si pueden existir razones igual o más ilegítimas que las consagradas en la propia ley.

**4.4. Interpretación conforme al elemento lógico.**

Señala la Corte Suprema que se “debe tener presente la regla de hermenéutica establecida en el artículo 22 del Código Civil, que señala: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.”. Su aplicación conduce a la necesidad de interpretar la norma tutelar antes citada de un modo que resulte armónico, no sólo con el tenor literal del artículo 2° del Código del Trabajo, sino que también con la norma fundamental y con aquellos tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, de los que surgen obligaciones que no pueden ser limitadas por una norma de rango inferior, menos aún en atención al principio protector que inspira la legislación laboral, y que no sólo debe guiar la actuación del legislador, sino también la del intérprete”.

De lo expuesto, se infiere que la norma legal ha de ser interpretada conforme a la norma Constitucional en cuestión, y cualquiera otra contenida en el texto normativo de un tratado internacional o convenio.

**4.5. La protección consagrada en el artículo 485 del Código del Trabajo es de carácter amplio.**

La Corte Suprema resuelve que la remisión realizada por el artículo 485 del Código del Trabajo al artículo 2° no es de carácter restringido, sino que en realidad, el texto normativo en cuestión tiene un tono simplemente referencial y amplía sus alcances más allá de lo que el legislador ha tipificado expresamente.

Resuelve finalmente que “la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina que la protección a la garantía de no discriminación o principio de igualdad, otorgada por el procedimiento de tutela laboral -de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo-, no queda limitada únicamente a aquellos actos discriminatorios basados en los motivos o criterios que expresamente prevé el artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo, sino que se extiende a todas aquellas discriminaciones o diferencias arbitrarias, prohibidas por el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y por el Convenio OIT N° 111 de 1958; razón por la que corresponde acoger el recurso que se analiza y unificar la jurisprudencia en el sentido indicado, y anular la sentencia impugnada para, acto continuo y en forma separada, dictar la correspondiente de reemplazo”<sup>14</sup>.

**5. Conclusiones**

La Corte Suprema ha dirimido un asunto controversial de suma trascendencia en el fallo que ha sido el objeto de nuestra exposición. Ha decidido indirectamente la cuestión sobre la relación entre supremacía constitucional y derechos fundamentales objeto de protección a través del procedimiento de tutela<sup>15</sup>, y a su vez, ha preterido la formulación textual tipificada por el legislador, recurriendo directamente la fórmula textual abierta e indeterminada que se consagra en la Constitución de la República. De esta manera, implícitamente, el poder judicial ha decidido por omitir la voluntad manifestada en la ley, ya no sólo porque no se hubiese limitado al texto literal del precepto legal en cuestión, sino que ante todo, porque derechamente ha optado por omitir cualquier referencia textual a la norma consagrada en el Código del Trabajo, comprendiendo, aún contra el propio texto legal, que en realidad la referencia efectuada en el Código del Trabajo es una remisión a un derecho fundamental contenido en la Constitución Política. En otros términos, la opción hermeneútica del judicial es obviar la secuencia textual contenida en la ley, y recurrir directamente al texto constitucional.

Pero el pronunciamiento de la Corte Suprema no limita su alcance a la fijación de dicho criterio, que vincula

<sup>13</sup>Considerando 8°.

<sup>14</sup>Considerando 10°.

<sup>15</sup>Al respecto consultar: SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro. Supremacía constitucional y tutela laboral. *Rev. derecho (Valdivia)*, jul. 2011, vol. 24, N° 1, pp.31-48.



necesariamente la determinación del contenido de las normas iusfundamentales consagradas en la ley con las posibles determinaciones supra legales, a pesar de que no se trate de materias propiamente laborales. Implícitamente<sup>16</sup>, se pronuncia sobre una serie de materias esenciales al momento de abordar el estudio del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, sea sobre el alcance de sus potestades, así como de los criterios de argumentación jurídica que han de adoptar en el fundamento racional de las sentencias. En otras palabras, el rol del legislador pasa a ser absolutamente secundario, pues la norma de dicha jerarquía ya no sirve ni como límite a las posibilidades de desarrollo argumentativo jurídico, y ni siquiera como una referencia obligada. Bajo dicha lógica, la posibilidad de iusfundamentalizar cualquier conflicto jurídico intersubjetivo permitiría a su vez que el juez por sí decida la preterición del texto legal, sistemáticamente, transformándose en un legislador con atribuciones amplísimas en la determinación de libertades particulares de los individuos, reduciendo simultáneamente los mecanismos de control racional de sus decisiones, que terminarían siendo fundamentalmente discusiones sobre lo justo o equitativo de las respectivas decisiones concretas, pues al dotar de un supuesto contenido al derecho fundamental (a priori indeterminado) lo que se hace es traslapar las concepciones axiológicas de carácter personal y concepciones políticas respecto de la comprensión de los valores que se cree que se pueden desprender del enunciado textual contenido en la constitución o, explícitamente, sobre los anhelos particulares que el juzgador pretenda realizar instrumentalizando el discurso de los derechos fundamentales, para vehicular sus intenciones políticas personales. El propio juez ha abierto para sí atribuciones potestativas exorbitantes e indeterminadas, al comprender que en el texto normativo legal se han conferido potestades hermenéuticas implícitas, de manera tal que posibilita una ampliación de los márgenes incontrolables de su decisión, y consagra la posibilidad de ejercer arbitrariamente el poder.

El ánimo protector del juez, propio de un espíritu activista judicial, lleva al límite la interpretación de las normas en aparente disputa, o situación de antinomia, a fin de que a través de ese ejercicio hermenéutico sea capaz

no sólo de obtener elementos argumentativos que le permitan desarrollar un razonamiento jurídico que dé por cerrado un conflicto jurídico particular, sino que aún antes que eso, se aprovecha de la elasticidad interpretativa para en definitiva otorgarse facultades, y delimitar, por sí mismo, cuál es su ámbito de competencia y actuación. La norma del artículo 485 del Código del Trabajo es una norma de atribución potestativa, y no sólo decisoria, y tal como se alegó en el recurso de nulidad interpuesto por el denunciado, y como afirmó la Corte de Apelaciones de Iquique, los Tribunales de Justicia en tanto órganos del Estado se encuentran plenamente sujetos a lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución, siendo la ley la que se encarga de definir sus potestades en virtud del principio de juridicidad<sup>17</sup>.

Luego, lo que se hace evidente cruzando esta vía argumentativa es que constitutivamente el Estado-Juez, el propio tribunal, ha terminado siendo quien en el ejercicio de la función jurisdiccional terminará por delimitar en dónde se inician y dónde acaban los límites de su competencia. ¿De qué manera realiza éste ejercicio? Muy fácil; a través de un razonamiento jurídico que permita otorgar mayor laxitud a la interpretación de la ley, o peor aún, simplemente obviando el enunciado textual positivizado, y cualquier límite que pudiese establecerse en la forma lingüística utilizada por el legislador. Si es la ley la que define sus ámbitos de competencia, pues en un Estado democrático de Derecho es el poder legislativo quién define aquello, el revés ciego que tiene dicha concesión o atribución potestativa es que el propio ejecutor de la ley es quién debe interpretarla, o, aparentar hacerlo. Es el poder judicial en último caso quién definirá los alcances de sus propias formas de ejercicio de la función jurisdiccional, y del poder del Estado, en última instancia.

Las corrientes activistas procesales, y el neo constitucionalismo son herramientas doctrinarias afines a las intensiones de expansión de la judicialización de conflictos y de la auto atribución potestativa de los tribunales, a la vez que es el juez quién cada vez más toma un papel relevante en el proceso. Por lo mismo, la abstracción que representan los derechos fundamentales, y su esencial indeterminación, no sólo son elementos que cobran relevancia al momento de decidir un litigio,

<sup>16</sup>Uno de los defectos que otorga un razonamiento jurídico centrado en normas iusfundamentales.

<sup>17</sup>RUAY SÁEZ, Francisco Alberto (2013) "Sobre la sujeción de los tribunales de justicia al principio de juridicidad, y su relación con el garantismo procesal" en *Revista IUS NOVUM*, N°6 (2013) Santiago, Chile, pp. 165-201.

como puede pensarse tradicionalmente, sino que, tal como en el caso que hemos comentado, permiten definir los ámbitos de competencia del ejercicio de la función jurisdiccional para el propio juez.

Como lo hemos expuesto, el ejercicio hermenéutico que despliega el supremo tribunal deja desprovista de sentido la necesidad de enunciación o tipificación de nuevas causales o indicios de discriminación, volviendo vacua cualquier discusión referida a los términos en que el legislador podría definir, democráticamente, cuáles son las situaciones de odiosidad que se encuentran proscritas en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, por ejemplo, la reciente reforma introducida por la ley N°20.940 que Moderniza el Sistema de relaciones laborales pierde cualquier relevancia. En efecto, el nuevo cuerpo legal promulgado el día 29 de agosto de 2016 señala en lo pertinente:

Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código del Trabajo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2002, del Ministerio del Trabajo:

- 1) Intercálase, en el inciso cuarto del artículo 2°, a continuación de la expresión "ascendencia nacional", la frase ", situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad".

En otros términos, se agregan al artículo segundo del Código del Trabajo un nuevo número de hipótesis indiciarias de discriminación cuales son:

- a) situación socioeconómica,
- b) idioma,
- c) creencias,
- d) participación en organizaciones gremiales,
- e) orientación sexual,
- f) identidad de género,
- g) filiación,
- h) apariencia personal,
- i) enfermedad o discapacidad

¿Cuál sería la utilidad, desde un punto de vista normativo, de incluir esta serie de hipótesis de afectación la garantía a la no discriminación, si ya la Corte Suprema comprendía que la referencia del procedimiento de tutela se encontraba efectuada de manera amplia a la Constitución de la República? Este reciente ejemplo devela lo relevante que se vuelve no un retorno a las teorías exegéticas de la ley, sino que al menos, de manera

prudente, a otorgar una determinada relevancia al rol del legislador en un Estado democrático de Derecho. De lo contrario, la discusión sobre la decisión política soberana que es planteada en el parlamento pierde todo sentido y relevancia, y lo que es peor, el diseño institucional se resquebraja, cediendo sistemáticamente en favor del Estado Juez, y en último término, del juez particular de cada causa.

Finalmente, la común no diferenciación entre "igualdad ante la ley", la proscripción de la discriminación arbitraria, y la prohibición de discriminaciones especialmente odiosas, y de los obligados a realizar y proteger dichos derechos fundamentales (sujetos pasivos del derecho, comprendido como derecho subjetivo), son un ejemplo tradicional de la conflictividad que acompaña el ejercicio mismo de la jurisdicción en casos en que las garantías que se encuentran en disputa son de carácter ius fundamental, con la consiguiente indeterminación propia de éstas. Hemos de estar atentos a si efectivamente lo que buscamos como sociedad es otorgar amplio abanico de facultades al Estado Juez, confiando en su criterio en la determinación de libertades y derechos, o más bien, intentaremos ser más cauto, y una vez más reconoceremos que he ahí un lugar de ejercicio de poder sobre los individuos, que amerita el mayor control racional posible.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010) "APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CRÍTICA AL NEOCONSTITUCIONALISMO". *REV. DERECHO (VALDIVIA)*, v. 23, n. 1, JUL., VALDIVIA, CHILE, 2010, PP. 79-102
- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. (2008). *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. LEGAL PUBLISHING, SANTIAGO,
- ALEXY, ROBERT (2009) "DERECHOS FUNDAMENTALES, PONDERACIÓN Y RACIONALIDAD" EN: *REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*, ENERO - JUNIO DE 2009. P. 8 DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.IIDPC.ORG/REVISTAS/11/PDF/19\\_29.PDF](http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf)> [CONSULTADO 10 DE OCTUBRE DE 2016]
- ALEXY, ROBERT (2004) "DERECHOS, RAZONAMIENTO JURÍDICO Y DISCURSO RACIONAL" EN *ISONOMIA: REVISTA DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO*, N°1, OCTUBRE.
- GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. (2014). *FUNDAMENTOS DE DERECHO LABORAL*. EDITORIAL LEXISNEXIS, CHILE.
- PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2014) "EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN CHILE". *REVISTA CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*®, VOL. 5, N° 9, 2014, PP. 33-45.



RUAY SÁEZ, FRANCISCO ALBERTO (2013) "SOBRE LA SUJECCIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD, Y SU RELACIÓN CON EL GARANTISMO PROCESAL" EN REVISTA *IUS NOVUM*, N°6 (2013) SANTIAGO, CHILE, PP. 165-201.

SILVAIRARRÁZVAL, LUIS ALEJANDRO. (2011). SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y TUTELA LABORAL. *REVISTA DE DERECHO (VALDIVIA)*, 24 (1), 31-48.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. (2008). "LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES" *REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL*. NÚM. 7, JULIO-DICIEMBRE DE 2008 P. 265.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO. SANTIAGO DE CHILE: LEGAL PUBLISHING, 2013.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. "EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO", 2007.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. "PRIVACIDAD, TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES". ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, V. 9, N. 1, SANTIAGO, CHILE, 2011 PP. 22-26. DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.SCIELO.CL/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI\\_ARTTEXT&PID=S0718-52002011000100002&LNG=PT&NRM=ISO](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100002&lng=pt&nrm=iso)>

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. "CIUDADANÍA EN LA EMPRESA O LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS", FCU, MONTEVIDEO, URUGUAY, 2004.

CAAMAÑO ROJO, EDUARDO. "LA LEY DE SUBCONTRATACIÓN Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES DE SERVICIOS TRANSITORIOS". *IUS ET PRAXIS*, V. 13, N. 2, TALCA, CHILE, 2007 P. 182 DISPONIBLE EN: <[HTTP://WWW.SCIELO.CL/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI\\_ARTTEXT&PID=S0718-00122007000200008&LNG=ES&NRM=ISO](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200008&lng=es&nrm=iso)>

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. "PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS LABORALES". *LEXIS NEXIS*, CHILE, 2007.

*Las personas que piensan  
que no son capaces de hacer algo,  
no lo harán nunca,  
aunque tengan las aptitudes.*

*Indira Gandhi.  
Primera Ministra. India*