

LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL: UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA

ALVARO ARAYA IBÁÑEZ*

RESUMEN: El presente artículo describe la regulación legal respecto de la discriminación por edad en Chile, analiza su reciente tratamiento en los tribunales del trabajo y presenta conclusiones respecto de determinados e incipientes lineamientos jurisprudenciales.

Palabras clave: discriminación, discriminación arbitraria, actos de discriminación, edad, jurisprudencia, poder de dirección, Código del Trabajo.

INTRODUCCIÓN

La discriminación está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico por una multiplicidad de normas, de variadas fuentes y jerarquías. La primera y más importante fuente normativa es la Constitución Política, la que a su vez la prohíbe también para el ámbito laboral. Asimismo, diversa normativa internacional ratificada por Chile se aplica en la materia. Por último, a nivel legal interno, el Código del Trabajo dispone que “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”, y los define, indicando una serie de causales vedadas de diferenciación, tales como raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social.

A continuación se analizarán tres sentencias de tribunales del trabajo, de tutela de derechos fundamentales, basadas en actos de discriminación por edad, intentándose delinear algún tipo de tendencia jurisprudencial. En forma previa, sin embargo, se describirá la regulación aplicable y se analizarán los elementos constitutivos del ilícito laboral (“efectuar actos de discriminación”, en la terminología del Código del Trabajo).

I. CUESTIONES PREVIAS

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Finanzas, Universidad de Chile. Socio de Novoa & Araya Abogados.

1. La normativa que prohíbe la discriminación en el ámbito laboral en general

La discriminación, o si se prefiere, la discriminación arbitraria,¹ está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico por una multiplicidad de normas, de variadas fuentes y jerarquías.

En efecto, la primera y más importante fuente normativa es la Constitución Política, la que en su artículo 1 dispone enfáticamente que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”,² y agrega en su artículo 19 N° 2 que “La constitución asegura a todas las personas: ... La igualdad ante la ley”. En el ámbito laboral, la Constitución concreta estos principios señalando, en su artículo 19 N°16 inciso 3°, que “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”³

A nivel de normativa internacional ratificada por Chile, podemos citar:

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, cuyos artículos 2.1. y 23.2 disponen respectivamente 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 “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”⁴
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, cuyo artículo 26 dispone que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”⁵
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cuyo artículo 2.2. dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar

¹ Es un mero asunto terminológico: la Constitución Política se refiere a “discriminación arbitraria” para enfatizar el hecho de que las discriminaciones o diferenciaciones no son antijurídicas *per se*, sino sólo aquéllas que sean *arbitrarias* (es decir, usa la palabra “discriminar” en su primera acepción, según la Real Academia Española: seleccionar excluyendo); el Código del Trabajo por su parte habla de actos de discriminación, a secas, lo que es sinónimo de “discriminación arbitraria” bajo la terminología de la Constitución (es decir, el Código del Trabajo usa la palabra “discriminar” en su segunda acepción, según la Real Academia Española: dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.).

² El subrayado es añadido.

³ El subrayado es añadido.

⁴ Los subrayados son añadidos.

⁵ El subrayado es añadido.

el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.⁶

- *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, cuyo artículo 24 dispone que: “... Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”⁷
- *Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y ocupación*, cuyo artículo 1 define discriminación como: “a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; aclarando que “Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”.

Por último, a nivel legal interno, el artículo 2° del Código del Trabajo (incisos 3°, 4° y 5°) dispone que “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”; y los define, señalando que “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; asimismo, aclara sin embargo que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.”

No puede dejar de señalarse que al momento de confección de este artículo, el Congreso Nacional había despachado la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria, cuya promulgación se encuentra pendiente del control previo obligatorio de constitucionalidad que debe efectuar el Tribunal Constitucional. Hecha la salvedad, por lo tanto, de que esta ley no ha sido aún promulgada, conviene también señalar que su ámbito de aplicación no excluirá a las discriminaciones en el campo laboral, y que define, en su artículo 2, discriminación arbitraria como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o 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.” Del mismo modo, aclara que “Se considerarán razonables las

⁶ El subrayado es añadido.

⁷ El subrayado es añadido.

distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en 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°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.⁸

2. La discriminación por edad, en particular

Como podrá apreciarse, la discriminación o la discriminación arbitraria, en el campo laboral, basada en la edad de las personas se encuentra expresamente prohibida sólo por el Código del Trabajo (artículo 2°).⁹ Sin embargo, dado el contenido normativo de todas las fuentes reseñadas, es evidente que las demás normas transcritas también la prohíben, en forma tácita, ya que todas ellas efectúan un listado meramente referencial de casos de discriminación, proscribiendo en esencia cualquier distinción que carezca de motivo plausible y no se base en las calificaciones objetivas del empleo de que se trate.

En atención a lo anterior, se puede colegir que toda distinción efectuada respecto de un empleo que se base en la edad, será sospechosa de ser un “acto discriminatorio” en el lenguaje del Código del Trabajo, o un acto de “discriminación arbitraria”, en el lenguaje de la Constitución.

3. La forma en que se manifiesta la discriminación y el ilícito laboral

Determinada doctrina¹⁰ y numerosos dictámenes de la Dirección del Trabajo¹¹ distinguen entre la discriminación directa e indirecta.

Siguiendo a la Dirección del Trabajo, la discriminación *directa* puede adoptar, a su vez, dos formas: *abierta* y *oculta*. La *discriminación directa abierta* se verificará cuando algún criterio de diferenciación prohibido sea el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador. A su vez, la *discriminación directa oculta* se materializará cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida sólo pueden ser cubiertos por ciertos trabajadores. Por último, la *discriminación indirecta*, se entiende como la decisión unilateral que, aparentemente neutra, ocasiona una desventaja particular a una persona respecto de las otras y no responde a finalidad legítima alguna.¹²

⁸ Los subrayados son añadidos.

⁹ También lo hace la Ley Antidiscriminación, pendiente de promulgación.

¹⁰ CAAMAÑO ROJO, EDUARDO, “El derecho a la no discriminación en el empleo”, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

¹¹ Por ejemplo, el ORD. N°: 3704/134: “Fija sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2°, del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral”, 11.08.2004.

¹² ORD. N°: 4483/060: “Derechos Fundamentales. Igualdad de remuneraciones. Alcance.”, 10.11.2009.

De acuerdo a la autoridad laboral citada,¹³ los elementos configuradores del ilícito laboral son los siguientes:

- i. Una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias);
- ii. Que dicha diferenciación se base en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social; o cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal; y
- iii. Que se produzca como resultado una desigualdad de trato (anulación o alteración de la igualdad de oportunidades).

Cabe preguntarse si esta figura infraccional requiere un elemento subjetivo, la intencionalidad del sujeto activo. La autoridad laboral mantiene que es una figura objetiva, es decir, basta una desigualdad de trato que se verifique a través de algunas de las situaciones vedadas por la norma, sin que deba comprobarse el “dolo” o la intención de discriminar. Ello es discutible, a la luz del tenor literal del artículo 2 del Código del Trabajo, ya que se alude a distinciones, exclusiones o preferencias “que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.¹⁴ De esa forma, en nuestra opinión, la ley exige que el empleador adopte una decisión con la finalidad de alterar la igualdad de trato. Tal como veremos más adelante, la jurisprudencia que revisamos no se pronuncia explícitamente sobre este tema.¹⁵

II. ALGUNOS CASOS CONCRETOS

1. Jurisprudencia Judicial

No existen muchos casos fallados sobre discriminación por edad.¹⁶

¹³ ORD. N°: 3704/134, ya individualizado.

¹⁴ El subrayado es añadido.

¹⁵ El ORD. N°: 3704/134 se hace cargo de esta argumentación, y la desecha, diciendo: “La referencia al “objeto” de la desigualdad de trato, esto es, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, ha de entenderse necesariamente como un reforzamiento de la idea de desigualdad de trato -efecto de la diferenciación basada en las condiciones vedadas-. Buscar en dicho término alguna idea de intencionalidad o de una eventual apertura hacia un juicio de razonabilidad –ausencia de arbitrariedad- como mecanismo de ruptura o de excepción de la no discriminación equivaldría a equiparar en términos absolutos las nociones de igualdad y no discriminación, cuestión que a lo largo de este análisis ha sido ya desechada. De no comprenderlo así, podríamos permitir desigualdades de trato, por ejemplo en base a raza, amparadas en la ausencia de una finalidad discriminatoria, lo que a todas luces resulta ser una opción que repugna la dignidad del ser humano. El sólo hecho de utilizar la raza como mecanismo diferenciador atenta contra la igualdad de oportunidades o de trato.”

¹⁶ De hecho, en las bases de datos de jurisprudencia Legal Publishing y Lexis Nexis aparecen escasísimos casos. Existe, eso sí, numerosa jurisprudencia administrativa, dentro de las cuales se revisaron y vale la pena citar las siguientes:

- i. ORD N° 2287/049: “Estatuto Docente. Corporaciones Municipales. Concursos. Bases. Legalidad”, del 21.06.2007, que declara ilegal el requisito de “no encontrarse en proceso de jubilación o jubilado” para un concurso público convocado por la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta para proveer catorce cargos de directores de establecimientos educacionales.

Destacaremos tres casos, que a nuestro juicio presentan ciertas características interesantes.

Causa RIT N°: T 57 2009, Tutela de Derechos Fundamentales, Primer Juzgado del Trabajo de Santiago (Febrero 2, 2010).

En esta causa se tuvo como hecho probado que determinados trabajadores que desempeñaban las funciones de guardias de seguridad, percibieron en un período dado de tiempo remuneraciones superiores a la recibida por el actor, de 72 años de edad (por concepto de bonos, movilización y colación), quien cumplía las mismas funciones.

El demandante señaló que dicho trato diferencial se debía exclusivamente a su edad. El demandado, a su vez, no negó las diferencias señaladas pero se defendió esgrimiendo que a pesar de esas diferencias, se concedieron al actor una serie de otros beneficios que compensaban con creces esas diferencias y que, por el contrario, representaban en los hechos una suerte de “discriminación positiva” a favor del actor. Esos tratos preferenciales consistían en que: (i) el empleador se habría abstenido de ejercer represalias en su contra por una controversia judicial que se generó con el hijo del actor, (ii) que el demandado había suscrito una póliza de seguro a favor del actor y (iii) que, a pesar de que el actor había reprobado un curso para guardias, no le había terminado su contrato.

El juez consideró que dichas justificaciones eran inválidas, irrelevantes o impertinentes (no son admisibles represalias por actos de terceros, el seguro contratado cubría sólo al actor en el ámbito de trabajo y por lo tanto también era en beneficio del empleador, y el hecho de que se haya reprobado un curso de guardias es completamente irrelevante para la causa). Señaló también que esas medidas en caso alguno pueden estimarse que son compensables, y cuantificables en dinero, como para justificar las diferencias de remuneración que la demandada ha practicado de manera sostenida al menos desde enero de 2009 a la fecha de término de la relación laboral.

Por lo anterior, el juez dio por establecido que el motivo de discriminación fue la edad, y que la consecuencia para el actor ha sido percibir un monto inferior de remuneración que otros trabajadores que prestan las mismas funciones sin que la demandada haya justificado razonablemente las referidas diferencias.

Este fallo es interesante por al menos dos cuestiones.

En los hechos, pareciera ser que el juez consideró innecesario que se comprobara el “ánimo” discriminatorio. No nos parece que simplemente estemos en presencia de una cuestión de prueba indiciaria, en el sentido de que se dé por comprobada la intencionalidad al no proporcionarse

-
- ii. ORD N° 698 – 16: “Oferta de trabajo. Principio no discriminación. Infracción. Sanción”, del 11.02.2003, que declara ilegal incluir en la publicación de avisos en medios de prensa señalando la edad como requisito para acceder a un determinado puesto de trabajo.
 - iii. ORD N° 4483/060: “Derechos Fundamentales. Igualdad de remuneraciones. Alcance”, del 10.11.2009, que declara plausible la distinción hecha en el monto de una remuneración específica de carácter esporádico, en base a la antigüedad en la empresa de los trabajadores beneficiados.

justificaciones suficientes por parte del demandado. Nos parece más bien que el juez no consideró necesario investigar la intención del empleador, sino que le bastó dar por comprobado los tres elementos del ilícito a que nos referimos anteriormente.¹⁷ De hecho, no se da cuenta de ningún elemento probatorio relativo a que la razón de la discriminación haya sido la edad y no otra motivación cualquiera.

En segundo lugar, el juez descartó de plano que pueda ser útil para desvirtuar una acusación de discriminación, la existencia de supuestos beneficios conexos que teóricamente puedan mitigar o anular (compensar) las diferencias de trato. Aparentemente, la doctrina del juez consistiría en que, habiendo una diferenciación de remuneraciones, no es dable entender que dicha diferenciación pueda compensarse con otros elementos, distintos del concepto amplio de remuneraciones. Sin perjuicio de que tendemos a estar de acuerdo con el juez en este caso concreto, no nos parecería adecuada una regla general o principio como el señalado. En efecto, dado que las condiciones de trabajo exceden con largueza el mero dato de la remuneración asociada a un puesto de trabajo, nos parece que el juez siempre debe ponderar el conjunto de los beneficios que recibe un trabajador, para los efectos de determinar si, vistos en ese conjunto, son o no discriminatorios. Por ejemplo, distintos estatutos de jornada de trabajo, o de vacaciones, pueden sin duda justificar distintas remuneraciones.

Causa RIT N°: T 2 2010, Tutela de Derechos Fundamentales, Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena (Abril 5, 2010).

En esta causa la actora ejerció acción de tutela, fundándola en que el despido de que fue objeto (por “necesidades de la empresa”), se habría producido a consecuencias de su edad, cumplidos ya los 50 años, por no cumplir con el perfil del ejecutivo de ventas de la empresa, conforme a un documento denominado "Modelo Preferente, Canales indirectos". La trabajadora estaba pronta a cumplir los 51 años, el referido documento señalaba que los ejecutivos debían tener como máximo 50 años y se produce el despido.

El demandado negó lo anterior, señalando que el despido fue en efecto justificado por el artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, basada en el no cumplimiento de metas impuestas a la actora.

El tribunal desechó los argumentos del demandado, y sus pruebas, y declaró que no se justificó debidamente la causal de necesidades de la empresa. Adicionalmente, consideró que el documento "Modelo Preferente, Canales indirectos", que efectivamente imponía un perfil del ejecutivo de ventas de la empresa no consistente con la edad de la actora, constituía un indicio suficiente para considerar “que la actora fue despedida en razón de la edad, vulnerándose con ello el derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2° del Código del Trabajo.”

Esta causa es relevante fundamentalmente porque no existió otra prueba de la discriminación que la existencia de un documento que establecía un perfil del ejecutivo tipo de la empresa, documento que fijaba como máximo de edad, los 50 años. No hubo testigos útiles respecto de la

¹⁷ Ver Supra Sección I.3.

discriminación, ni, por supuesto, confesión del demandado. La existencia de dicho documento, sumada a la incapacidad del demandado de comprobar la causal de necesidades de la empresa, fueron indicios suficientes para dar por comprobada la discriminación por edad. Nótese que, desde luego, la falta de pruebas respecto de las necesidades de la empresa ya implicaba que el despido era injustificado. El dilema para el juez fue, imaginamos, determinar qué otros antecedentes eran suficientes para entender que hubo discriminación por edad. En este caso, al juez le bastó que la actora haya sido desvinculada sin causa justificada, que esté a punto de cumplir 51 años y que haya circulado dentro de la empresa un documento que indicaba que la edad máxima de los ejecutivos debía ser los 50 años de edad.

Causa RIT N°: T 7- 2009, Tutela de Derechos Fundamentales, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción (Octubre 2, 2009).

En esta causa se tuvo por probado que el empleador enfrentó una situación de hecho que justificó el despido por “necesidades de la empresa” de un grupo de trabajadores. La empresa había disminuido sus ventas, por la pérdida de clientes a los que prestaba servicios, lo que constituyó una circunstancia objetiva que afectó su actividad. En virtud de ello, se despidió a empleados del área comercial, administrativa y de terreno (relacionados con los clientes perdidos), y al actor, cuyas funciones se distribuyeron entre dos trabajadores que permanecieron en la empresa.

El juez estimó que la edad del demandante y la circunstancia de ser el funcionario de mayor edad dentro de su área, no se podía estimar por sí sola como una conducta de discriminación frente al despido, máxime si existió una restructuración de personal. “No cabe estimar que con el despido se haya incurrido en un acto discriminatorio de aquellos a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo... En el contexto objetivo que se produjo el despido, no puede considerarse únicamente la edad del demandante como acto discriminatorio y debe reconocérsele al empleador la facultad de tomar las decisiones que las necesidades de la empresa exija.”¹⁸

A nuestro juicio, la importancia de esta sentencia estriba en que, si bien el sistema de prueba indiciaria y la aplicación de la sana crítica pueden conducir a que el juez arribe a una convicción con elementos probatorios más bien precarios y a veces fragmentarios, ello no quiere decir que la sola existencia de un despido de una persona de avanzada edad vaya a ser sinónimo de discriminación, pues de esa manera se estaría cercenando de una forma injustificada el derecho del empleador, también amparado constitucionalmente, de dirigir su empresa.

III. CONCLUSIONES

1. La inexistencia de suficiente jurisprudencia judicial respecto de la discriminación por edad, impide por el momento sacar conclusiones definitivas respecto del criterio aplicable para sancionar este ilícito laboral.
2. Sin embargo, de las sentencias revisadas puede vislumbrarse cierta tendencia, cuya mantención, refinamiento o descarte, no podemos anticipar.

¹⁸ Considerando Octavo.

3. La primera tendencia observada es que, aparentemente, de una forma implícita, el juez entiende que la infracción laboral consistente en la discriminación no exige la comprobación de un elemento subjetivo del actor, es decir, que no debe probarse un dolo o una intención discriminadora, sino que basta la diferenciación, basada en un elemento de diferenciación prohibido (por ejemplo la edad) y el efecto (la anulación de la igualdad de trato), para que el acto sea reprimido.
4. Respecto de la discriminación por edad, específicamente, se advierte que debe proporcionársele al juez, aunque sea a nivel de indicios, algún elemento probatorio adicional a la mera diferenciación y la mera edad, que le permita atribuir a esa diferenciación un efecto discriminatorio por edad. La última sentencia de las comentadas, destaca este hecho con claridad: si cualquier diferencia que se efectúe respecto de un trabajador de avanzada edad va a ser sinónimo de discriminación, se estaría afectando de una forma injustificada el derecho del empleador, también amparado constitucionalmente, de dirigir su empresa.