

**Fallo : 33.594-2018.-  
veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve  
Tercera Sala**

**MATERIAS:**

- ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA DEDUCIDA POR DISCAPACITADA VISUAL CONTRA SENADO DE LA REPÚBLICA, RECHAZADA.-
- SENTENCIADORES DEL GRADO INCURREN EN ERROR DE DERECHO AL ATRIBUIR A DEMANDADO CONDUCTA DISCRIMINATORIA.-
- TELETRABAJO ORDENADO A ACTORA CONSTITUYÓ CRITERIO DIFERENCIADOR DE CARÁCTER OBJETIVO, FUNDADO Y TEMPORAL, CUYO FIN ERA EVITAR AUMENTAR O GATILLAR EN CENTRAL TELEFÓNICA CONFLICTOS ENTRE FUNCIONARIAS.-
- DECISIÓN IMPUGNADA POR DEMANDANTE Y QUE ATRIBUYE CALIDAD DE ARBITRARIA SE ADOPTÓ LUEGO DE DECLARADO MAL CLIMA LABORAL EN CENTRAL TELEFÓNICA DEL SENADO.-
- TELETRABAJO IMPUESTO A DEMANDANTE ERA SÓLO MEDIDA TEMPORAL, MIENTRAS SE TRAMITABA INVESTIGACIÓN SUMARIA REQUERIDA POR ÉSTA.-
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA ESTABLECIDO CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN CUYA VIRTUD TRATO DISTINTO SE JUSTIFICA EN LA MEDIDA EN QUE SITUACIONES FÁCTICAS SE DIFERENCIEN POR CUESTIONES OBJETIVAS Y RELEVANTES.-
- DISCRIMINACIÓN NO DEBE IMPORTAR FAVOR O PRIVILEGIO PERSONAL O DE GRUPOS INDEBIDO; ESA DIFERENCIA DEBE SER LÍCITA, RAZONABLE Y NECESARIA Y DEBE PASAR EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD.-
- JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL ESTABLECE QUE PARA QUE TRATO DIFERENCIADO NO CONSTITUYA DISCRIMINACIÓN, NO SÓLO REQUIERE DE JUSTIFICACIÓN OBJETIVA Y RAZONABLE, SINO TAMBIÉN, DEBE PERSEGUIR FIN LEGÍTIMO.-
- INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD IMPORTA EXISTENCIA DE SERIE DE MEDIDAS QUE LA ASEGUREN.-
- TRABAJO ES VÍA FUNDAMENTAL PARA LOGRAR INDEPENDENCIA E INCLUSIÓN SOCIAL DE PERSONAS DISCAPACITADAS.-
- CONCEPTO LEGAL DE DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.-
- CARTABÓN DE RACIONALIDAD, ES MÉTODO QUE CONSIDERA NATURALEZA DE DERECHOS O INTERESES INVOLUCRADOS, GRAVEDAD DE VULNERACIÓN, IMPORTANCIA DE FINALIDAD PERSEGUIDA Y CONTEXTO (VOTO EN CONTRA).-
- TRIBUNAL DE CASACIÓN NO PUEDE MODIFICAR HECHOS ESTABLECIDOS SOBERANAMENTE POR SENTENCIADORES DEL GRADO, SALVO QUE SE DENUNCIE Y COMPRUEBE INFRACCIÓN A NORMAS REGULADORAS DE PRUEBA (VOTO EN CONTRA).-
- IMPROCEDENTE ACOGER ARBITRIO DE NULIDAD DE FONDO QUE TIENE PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS, LO QUE IMPLICA DOTAR AL RECURSO DE CARÁCTER DUBITATIVO, CUESTIÓN QUE CONSPIRA CONTRA SU NATURALEZA DE DERECHO ESTRICTO (VOTO EN CONTRA).-
- **IGUALDAD** SE CONSTITUYE COMO LÍMITE DE ACTUACIÓN DE PODERES PÚBLICOS Y, TAMBIÉN, COMO MECANISMO DE REACCIÓN FRENTE A POSIBLE ARBITRARIEDAD DE ADMINISTRACIÓN (VOTO EN CONTRA).-
- DECISIÓN DE PRESTAR SERVICIOS EN MODALIDAD DE TELETRABAJO IMPORTA SANCIÓN ANTICIPADA O AL MENOS PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE ACTORA EN HECHOS QUE DENUNCIA (VOTO EN CONTRA).-

**RECURSOS:**

- RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO CIVIL DEL DEMANDANTE (RECHAZADO).-
- RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO CIVIL DEL DEMANDADO (ACOGIDO).-

**TEXTOS LEGALES:**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 19 N° 2.-

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ARTÍCULOS 3 Y 5.-

LEY N° 20.422, ESTABLECE NORMAS SOBRE **IGUALDAD** DE OPORTUNIDADES E INCLUSIÓN SOCIAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ARTÍCULOS 1, 8 INCISO 2° Y FINAL Y 43-

LEY N° 20.609, ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, ARTÍCULO 1 INCISO 2° Y ARTÍCULO 2.-

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ARTÍCULOS 1 Y 27 (VOTO EN CONTRA).-

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (VOTO EN CONTRA).-

**JURISPRUDENCIA:**

"Que, de la normativa transcrita, fluye que si bien la ley contempla la existencia de una serie de medidas para lograr que las personas que padecen de alguna discapacidad se incluyan correctamente en diversas áreas de la sociedad, en especial, en el trabajo, desde que aquel constituye una de las vías fundamentales para lograr su independencia e inclusión social, también, es posible que en el cumplimiento de dicha labor, pueda establecerse modalidades diferentes, justamente para cumplir dicho fin." (Corte Suprema, considerando 11°).

"Que el Tribunal Constitucional, en varios fallos, explica que el trato distinto se justifica en la medida en que las situaciones fácticas se diferencien por cuestiones objetivas y relevantes, no deben importar un favor o privilegio personal o de grupos indebido; esa diferencia debe ser lícita, razonable y necesaria y debe pasar el examen de proporcionalidad (Tribunal Constitucional Roles N°s 755, 790, 1138 y 1140). En palabras del Tribunal Constitucional español, "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de **igualdad**, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 128/1987)." (Corte Suprema, considerando 12°).

"Que, como ha dicho la jurisprudencia internacional, para que el trato diferenciado no constituya discriminación, no sólo requiere de una justificación objetiva y razonable, sino también, debe perseguir un fin legítimo. (Nash, Claudio y David, Valeska, "**Igualdad** y no Discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Nash Claudio y Mujica Ignacio (eds.) "Derechos humanos y juicio justo", Lima, Colam, pág. 169, citado en "Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la Luz de los primeros casos", Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, páginas 127-237, Casas y Lagos).

En el caso de autos, del discurso de la demandada y de los antecedentes que acompaña para fundarlo, fluye con claridad que la decisión que se impugna por la demandante y la cual le atribuye la calidad de arbitraria, se adoptó dentro de un declarado mal clima laboral que se vivencia en la Central Telefónica del Senado, lo cual llevó a que el Departamento de Personal de la Cámara Alta, ordenará una intervención a dicha unidad, órgano que concluyó que no existían actos que pudiesen ser considerados como de acoso entre las partes involucradas y que se trataba, más bien, de un conflicto de arrastre, también dejó constancia que la actora mantuvo una actitud desafiante y poco colaboradora durante todo el proceso." (Corte Suprema, considerando 14°).

"Que, asimismo, quedo asentado en la reunión de 7 de junio de 2016, que el teletrabajo impuesto a la demandante era sólo una medida temporal, mientras se tramitaba la investigación sumaria requerida por ésta, quien manifestó que no quería ejercer sus labores de operadora telefónica en las dependencias de la Central Telefónica del Senado, atendido el mal clima laboral que señaló existía en el lugar, solicitando su traslado e incluso cambiar sus funciones si fuese necesario, solicitud a la que la parte demandada señaló no poder acceder debido a las funciones para las cuales había sido contratada la actora y el cumplimiento de los procedimientos sobre nombramientos de la carrera funcionaria. Momento en el cual la Sra. Ravanales señaló que se tomaría su feriado legal y luego presentó

sucesivas licencias médicas, que significaron que en los hechos nunca ejecutó dicha modalidad de trabajo." (Corte Suprema, considerando 15°).

"Que, por consiguiente, el teletrabajo ordenado a la actora constituyó un criterio diferenciador de carácter objetivo, fundado y temporal, cuyo fin era evitar aumentar o gatillar en la Central Telefónica conflictos entre las funcionarias, con el regreso de la..., como una manera de conjugar disminuir o eliminar ese mal clima laboral y la petición de la actora de no volver a trabajar en ese lugar.

No siendo, el teletrabajo por lo demás, una modalidad desconocida por ella ni tampoco distinta a la que igualmente debía ejercer en su rutina normal, no pudiendo comprobarse la efectividad de sus alegaciones, en cuanto a la incompatibilidad de los programas computacionales o las fallas técnicas del sistema a las que alude, puesto que, en los hechos nunca volvió a ejecutar su trabajo debido a que antes tomó su feriado legal y luego presentó consecutivas licencias médicas.

Todo lo cual, demuestra que la decisión adoptada por la parte demandada, no se encuadra dentro de una acción de discriminación arbitraria, enfocada, como sostiene la demandante en una forma de "segregación o reclusión de su persona al no considerar su condición de ciega", por el contrario, de la lectura de los hechos y la forma en que se llevó a cabo los procedimientos descritos por las partes y, en especial, por los dichos de la actora, se advierte que su discapacidad nunca fue un elemento a considerar para estos efectos; por el contrario, a su respecto se efectuaron sólo cambios positivos para facilitar el desarrollo de su trabajo y que, en relación al mal clima organizacional, tanto a ésta como el resto de los funcionarios, se les entregó la atención debida, lo cual se refleja en la intervención que efectuó el Departamento de Personal de la Cámara Alta a dicha unidad, que da cuenta de la búsqueda de soluciones colaborativas, en las que expresamente se dejó establecido que la actora no contribuyó y en cambio mantuvo una actitud desafiante.

Y en segundo lugar, la medida en estudio, se ajusta a los criterios de razonabilidad que exige la "acción de no discriminación arbitraria", puesto que, la autoridad explica el contexto, las razones y los fines que se tuvieron en consideración para decidir que la demandante, de manera temporal, ejerciera la modalidad de teletrabajo, conjugando la petición de la actora de no querer volver a trabajar en la central telefónica y la intención de mantener la continuidad de sus funciones en el Senado." (Corte Suprema, considerando 16°).

"Que, en otras palabras, el recurso se erige sobre supuestos fácticos que no fueron acreditados en el proceso y respecto de los cuales, el recurrente no entrega herramientas ni elementos que permitan modificarlos, razón por la cual es dable concluir de la lectura del arbitrio, que lo verdaderamente reprochado es la ponderación de la prueba que hizo la sentencia. Lo anterior, cobra más importancia, en la especie, porque los elementos que componen el tipo normativo "acción discriminatoria injustificada", deberán determinarse a partir de supuestos fácticos, es decir, habrá de estarse a las circunstancias que rodean el asunto, para concluir si la diferencia que se aplicó a un caso específico resulta, objetiva y racional, o que no resulta caprichosa o injustificada (Cea, José, Derecho Constitucional Chileno (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012), II, p. 138; Silva, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), XI pp. 121-127; Fernández, Miguel Ángel, Principio Constitucional de la **Igualdad** ante la Ley (Santiago, LexisNexis, 2004), pp. 73-82) o lo que los autores denominan el "cartabón de la racionalidad", método que considera la naturaleza de los derechos o intereses involucrados, la gravedad de la vulneración, la importancia de la finalidad perseguida y el contexto (Gerards, Janneke, Intensity, cit. (n. 9), pp. 169-181; Díaz de Valdés, José Manuel, La Prohibición de una Discriminación Arbitraria Entre Privados, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 42 (2014), 1, pp. 181-183). Así, por tanto, no es posible establecer un modelo o esquema universalmente aplicable en todo juicio de **igualdad**, será el juez en cada caso concreto y a la luz de los argumentos esgrimidos por las partes, quién deberá resolver si el trato dispensado infringe o no la isonomía, tal como ocurrió en la especie.

Por tanto, el objetivo que persigue el recurso es que se efectúe una nueva valoración de la prueba, lo cual resulta ajeno a un arbitrio de esta especie destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley, puesto que, como ha dicho reiteradamente esta Corte, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, lo que significa llevar a cabo un estudio respecto de

la aplicación correcta de la ley -y el derecho-, pero en relación con los hechos tal y como soberanamente los han dado por probados los magistrados a cargo de la instancia y que no pueden ser modificados por esta Corte, a menos que se haya invocado la efectiva infracción, para este caso, de las reglas que informan la sana crítica, las que no han sido denunciadas." (Corte Suprema, voto en contra de los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco, considerando 3°).

"Que, en consecuencia, queda en evidencia así el carácter alternativo de los argumentos, lo que implica dotar al recurso de que se trata de un carácter dubitativo, cuestión que conspira contra su naturaleza de derecho estricto, como quiera que su finalidad no es otra que la de fijar el recto alcance, sentido y aplicación de las leyes en términos que no puede admitirse que se viertan en él reflexiones incompatibles como tampoco argumentaciones declaradamente subsidiarias o alternativas que lo dejan así desprovisto de la certeza necesaria." (Corte Suprema, voto en contra de los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco, considerando 5°).

"Que, sin perjuicio que lo anterior es suficiente para desestimar el recurso en análisis, a juicio de quienes sostienen este voto particular, los jueces de la instancia han realizado una correcta interpretación y aplicación de la normativa que rige la materia.

En términos generales, la acción de no discriminación arbitraria emana del principio de **igualdad** jurídica que se traduce en la prohibición de establecer diferencias entre iguales y que se consagra en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, de forma que se infringe dicho precepto, en la medida que se excluye a determinados grupo de personas, en razón de su calidad personal, pero no en caso que se describa una hipótesis genérica dentro de la cual se incorpora a ciertos individuos, así como tampoco se prohíbe un trato distinto ante situaciones razonablemente desiguales." (Corte Suprema, voto en contra de los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco, considerando 6°).

"Que, en consecuencia, lo regulado por esta vía consiste en que las diferencias que se establezcan en favor o en contra de determinadas personas por el legislador o se adopten por la autoridad, respondan a un procedimiento objetivo, fundado y racional, es decir, no respondan a meros caprichos o arbitrariedades de aquellos, sino que se sustenten sobre la base criterios de justicia y bien común, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. En la actualidad, la **igualdad** se constituye como un límite de la actuación de los poderes públicos y, también, como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad de la Administración." (Corte Suprema, voto en contra de los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco, considerando 7°).

"Que, siguiendo el mismo razonamiento, se advierte que dicha decisión también importa una sanción anticipada o al menos una presunción de responsabilidad de la actora en los hechos que denuncia, puesto que, en el contexto que se desarrolló la problemática de mal clima laboral, se estableció que no existía acoso o alguna conducta similar entre las partes involucradas en el conflicto, sin embargo, igualmente, sólo la actora fue separada de su lugar de trabajo, no siendo óbice lo anterior, el que ella no quisiera volver a la central telefónica, puesto que aquello no significaba de manera alguna su intención de quedarse en su casa ejerciendo dicha labor, nunca fue esa una opción para quien, por el contrario, solicitó cambio de puesto de trabajo, justificándolo en que otras personas optaron por esa opción." (Corte Suprema, voto en contra de los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco, considerando 13°).

"Que, en definitiva, la medida adoptada por la parte demandada transgrede el cumplimiento de los referidos fines que el artículo tercero de esta ley establece, quebrantando los principios de vida independiente, accesibilidad y diseño universal, intersectorialidad, participación y diálogo social, razones todas por las que se estima que los jueces de base interpretaron correctamente los fines y la normativa sustantiva precedentemente citada, siendo improcedente el recurso de casación en el fondo deducido por el Procurador Fiscal en representación del Senado.

Se une a lo anterior, el hecho que el equipo computacional entregado a la demandante presentaba diferentes dificultades para ser operado desde su hogar, por razones técnicas del programa respectivo, como por el antecedente que ella no recibió la capacitación correspondiente, circunstancias que en los hechos le privaron de trabajar, disponiéndose, por ello, el mantenimiento forzado en su domicilio sin desempeñar un cometido específico. Estos acontecimientos, sin duda constituyen discriminación a su

respecto." (Corte Suprema, voto en contra de los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco, considerando 15°).

"Que, como se dijo, el artículo en comento no prohíbe toda distinción, sino sólo aquella que "carezca de justificación razonable", a contrario sensu, si la diferencia que se establece, se funda en criterios objetivos, conforme a los Tratados Internacionales y la ley del ramo y, esto es lo más importante, va dirigida a obtener una mejora en la calidad de vida de las personas discapacitadas, dicha divergencia de trato, se transforma en un ajuste razonable para conseguir los fines de inclusión que busca el ordenamiento jurídico que reglamenta la materia." (Sentencia de Reemplazo, considerando 4°).

MINISTROS:

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A. y Sr. Julio Pallavicini M.

TEXTOS COMPLETOS:

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES:

Valparaíso, quince de noviembre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Que en estos autos sobre acción de discriminación arbitraria caratulados "Ravanales con Senado de la República de Chile y otros" comparece a fojas 1968 el abogado procurador fiscal de Valparaíso, don Luis Eduardo Díaz Aracena, quien deduce recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia dictada por el Quinto Juzgado civil de Valparaíso el día 6 de agosto de 2018, escrita a fojas 1843 y siguientes, que acogió la denuncia por discriminación arbitraria presentada por Natalia Ivette Ravanales Toro, dejó sin efecto la decisión adoptada por el Senado el día 7 de junio de 2016 y condenó a esta corporación pública al pago de una multa de 10 unidades tributarias mensuales y las costas de la causa, en que el recurrente solicita que se revoque el fallo, rechace la denuncia y condene en costas a la denunciante.

A fojas 1996 la abogada doña Rocío Godoy Cabello, en representación de la Directora de administración del Senado, señora Ximena Amigo López, y del Jefe de personal, señor Carlos Becerra Fariás, adhiere al recurso de apelación del Senado.

A fojas 1512 la misma abogada había apelado en subsidio de la resolución que recibió la causa a prueba el 25 de mayo de 2018, pidiendo que se agregasen dos hechos nuevos, recurso concedido mediante decreto de 5 de junio de 2018, escrito a fojas 1560.

A fojas 2080 se trajo los autos en relación.

A fojas 2132 se tuvo por acompañados unos documentos presentados por la parte denunciante.

La audiencia pública de 24 de octubre de 2018, en que se oyó los alegatos de los abogados Rodrigo López Alvarado y Rocío Godoy Cabello, por los recurrentes, y Neftalí Medina Reyes, por la parte recurrida.

La medida para mejor resolver solicitada el 2 de noviembre de 2018, consistente en la solicitud de traer a la vista urgentemente un sumario administrativo del Senado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la apelación se funda en que la denunciante no sufrió discriminación arbitraria al recibir la sugerencia, que le fue formulada verbalmente en una reunión el día 7 de junio de 2016, de

continuar realizando sus labores de operadora telefónica desde su domicilio, esto es, en la modalidad de trabajo a distancia. En aquella oportunidad, en que estuvieron presentes algunas jefaturas administrativas de la institución, la Directora de administración le indicó que, atendidas las circunstancias, era recomendable que trabajase en dicha modalidad laboral, sin que ello, empero, represente a juicio del recurrente un acto o una resolución formales del Senado.

Por otra parte, la recomendación era razonable, considerando el muy mal ambiente de trabajo que se había creado entre las funcionarias de la central telefónica, con denuncias recíprocas, investigaciones sumarias y otros inconvenientes que, al cabo, aconsejaban adoptar una medida provisional que, al decir del apelante, "obedeció al sentido común y a una buena gestión acorde con el ordenamiento jurídico".

Sin perjuicio de ello, la medida tampoco ha vulnerado derechos fundamentales de la denunciante y, muy por el contrario, en todo momento, desde la asunción de la mujer en el cargo, el Senado desplegó un conjunto de medidas de discriminación positiva en su favor, siempre con el objeto de permitirle trabajar pese a su discapacidad visual.

SEGUNDO: Que, a su turno, la parte adherente a la apelación insiste en la caducidad de la denuncia de la señora Ravanales, la que reconoce haber sido discriminada desde mucho antes del 7 de junio de 2016, por lo cual debió de interponer la acción regulada en los artículos 3° y siguientes de la Ley número 20.609, de 25 de julio de 2012, también con anterioridad, en lugar de presentarla tras holgada expiración del plazo de noventa días establecido en su artículo 5°.

En cuanto al fondo, se suma a los argumentos del apelante principal, haciendo hincapié en que la funcionaria en palabra pasó casi todo el tiempo de su contrata haciendo uso de licencias médicas, en su mayoría por enfermedades comunes que no tienen que ver con la discriminación de que se queja.

TERCERO: Que el sentido regulativo de la Ley 20.609 evoca en parte el de la acción de protección de derechos constitucionales, ya que todo su articulado apunta a restablecer judicialmente el imperio del Derecho cada vez que una persona sufra un tratamiento discriminatorio carente de justificación razonable, que la prive, perturbe o amenace en el ejercicio de sus derechos fundamentales. De ahí que si se constata la existencia de una discriminación de tal jaez y con dichas consecuencias, el tribunal tiene el deber de dejar sin efecto el acto impugnado, ordenar que no se reitere, tomar las demás medidas que considere necesarias para proteger al afectado y multar al responsable.

CUARTO: Que el artículo 2° de la ley enuncia ejemplarmente, como casos de discriminación arbitraria, actos fundados en motivos como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación económico-social, 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.

Sin embargo, hay que distinguir la objetividad antijurídica de tales supuestos de hecho respecto de la agravante de delinquir por motivos discriminatorios, que la misma Ley 20.609 agregó al catálogo del artículo 12 del Código penal. En efecto, para esta última es crucial que el agente haya delinquido espoleado por un motivo así, entendiendo por motivos las causas psíquicas que producen el querer o la aceptación del resultado típico. La motivación no es, en lo esencial, distinta de la causalidad, sino solamente un tipo de ella, a saber, la causalidad que pasa a través del medio del conocimiento, sólo que se la enjuicia en sede de culpabilidad, en la parte motivadora del juicio personal de reproche.

En cambio, el acto discriminatorio que sirve como hipótesis general en el artículo 1° de la Ley 20.609 merece el juicio objetivo de desvalor del Derecho porque, por un lado, contradice las exigencias prácticas del principio jurídico de humanidad, una de las cuales es que los seres humanos nos respetemos y toleremos en nuestras identidades particulares, en las múltiples disimilitudes que nos constituyen radicalmente en miembros de nuestra especie. El hombre, para apercibirse de su humanidad, está obligado a convivir con quienes le son esencialmente dispares y, al mismo tiempo, iguales, tan desemejantes y parecidos entre sí como una gota de agua con otra, y a respetar la **igualdad** que ata por dentro lo diverso en un racimo de armonía impuesta asimismo por el citado principio. En

otras palabras, la humanidad, en cuanto principio práctico, postula una **igualdad**, no para ser idénticos, sino para ser diversos y, en definitiva, humanos.

QUINTO: Que, por ende, lo que está en juego en la discriminación arbitraria son diferencias, no la **igualdad** de las personas, por más que la posibilidad de las diferencias halle su fundamento en una **igualdad** básica, nativa de la dignidad humana. De esto se sigue que las disparidades menospreciadas de facto por la actuación discriminatoria conciernen, no a la identidad personal, sino a identidades particulares de los individuos. La innoble práctica de la discriminación implica generalizar a la víctima, el realce de alguna identidad particular suya logrado merced a la ineptitud individualizadora del victimario. Sin embargo, en sí misma carece de vida antijurídica autónoma. Esta selección excluyente llamada discriminación es contraria a Derecho sólo si va unida a acciones que ofenden libertades u otros bienes de las personas, negándoles o impidiéndoles su disfrute, como bien expresa el artículo 2° de la Ley 20.609, efecto que en las personas que conllevan alguna discapacidad existirá especialmente si el acto comporta un obstáculo para su inclusión social, según disponen los artículos 1°, 4° y 6° de la Ley número 20.422, de 10 de febrero de 2010.

SEXTO: Que de los factores de discriminación enunciados por el artículo 2° de la Ley 20.609 interesa aquí una pareja en que predomina el sello biológico: enfermedad y discapacidad. La enfermedad es un proceso patológico, crónico o agudo, difuso o localizado, que produce una mengua de la salud física o psíquica; a su vez, el entorpecimiento o la imposibilidad de valerse por sí mismo, ejecutar funciones naturales o desarrollar actividades cotidianas, propios del estado de discapacidad, obedecen a alguna causa orgánica, sea congénita o adquirida. Mancomunadas biológicamente en su naturaleza, enfermedad y discapacidad difieren en alcance y carácter. Mientras toda discapacidad puede atraer al portador el negro destello de la discriminación, sólo las personas marginadas socialmente debido a una enfermedad son sus víctimas propiciatorias. En otras palabras, si el concepto biológico de enfermedad requiere ser ajustado a la luz de la connotación cultural derivada del sentido teleológico de la prohibición de discriminar, tal no es el caso de la discapacidad, que es en sí misma potencialmente fecunda de formas especialmente odiosas de discriminación. Allende esto, los factores discriminatorios más graves no son aquellos que dependen de algún modo de la elección de la víctima, como la ideología política, sino los que le vienen impuestos por su nacimiento o destino constitucional. El discriminado sentirá más soportable que se tilde de inferior a la persona concreta que a la categoría; estimará más llevadera la desconfianza que inspira el carácter que la que despierta el nacimiento, un hecho de la naturaleza que, para bien o para mal, no tiene arreglo.

SÉPTIMO: Que tras una amplísima relación de los antecedentes, la sentencia enfoca correctamente el concepto de discriminación arbitraria, en el considerando décimo cuarto, valora con propiedad la prueba y, en los acápites décimo séptimo y décimo octavo, tiene por establecido que a la denunciante, pese a sobrellevar una discapacidad visual, el 7 de junio de 2016 el Senado de la República, a sabiendas de tal déficit, le impuso el deber de continuar su trabajo de telefonista desde su casa, mientras se tramitaba un sumario administrativo que ella habría promovido la víspera. Tamaña medida, que no se determinó respecto de sus colegas de trabajo, implica una diferencia de trato unilateral y desprovista de fundamento objetivo, que el considerando décimo noveno no trepida en calificar de reñida con las reglas sobre inclusión social de las personas discapacitadas y el vigésimo muestra en sus consecuencias lesivas para la salud psíquica de la actora, hecho que consta y del que hay abundosa prueba en autos.

OCTAVO: Que frente a esta incontestable realidad no son motivos de contraste las alegaciones del apelante.

Aun si el Senado de la República, corporación llamada en primerísimo lugar a honrar las disposiciones de la Ley 20.422, se hubiera limitado simplemente a recomendar el trabajo a distancia a un funcionario minusválido, igualmente estaría incurso en una práctica discriminatoria, lesiva de su derecho subjetivo a ser incluido socialmente, a que la minusvalía no sea un impedimento para mantener una vida de relación semejante a las personas que disfrutaban del pleno goce de sus sentidos, lo que incluye la pretensión de desempeñarse en el lugar oficial de trabajo y no tener que resignarse a una labor en régimen de ostracismo social.

En otro aspecto, de ser efectivas la plétora de acciones de discriminación positiva que el Senado

afirma haber cumplido en beneficio de la actora desde su contratación y hasta el cónclave en que se la instó a permanecer por un tiempo en casa, con sobrada razón la sentencia desestima su peso en el considerando décimo noveno, ya que no guardan relación con el acto discriminatorio ni lo justifican. Por lo demás, basta con un solo hecho de discriminación arbitraria para que pueda prosperar la acción con que el reclamante la objeta, sin que quepa al reclamado aducir exitosamente en su defensa haberle dispensado un tratamiento inveteradamente favorable. Entre lo primero y lo segundo existe el abismo que separa las rústicas relaciones laborales del siglo XIX de las inspiradas por el Derecho público del siglo XXI.

NOVENO: Que todos estos razonamientos conducen al rechazo de la apelación presentada por el Senado de Chile, pero también de la adhesión al recurso y la impugnación del auto de prueba formulados por la defensa de Ximena Amigo y Carlos Becerra. Quedó dicho que la adhesión reproduce en lo medular los argumentos del apelante, a los que añade nada más que la excepción de caducidad de la acción, certeramente descartada por la sentencia en su considerando décimo quinto. En cuanto a la apelación del auto de prueba, se la desestimaré porque pretende agregar unos puntos impertinentes para el objeto del juicio, con el que no se relacionan el tiempo que la actora trabajó efectivamente para el Senado ni la positiva acogida que sus superiores aseguran haberle brindado.

DÉCIMO: Que, por último, los documentos agregados por la actora tras el decreto de autos en relación, que no fueron objetados por las recurridas, lo mismo que la medida para mejor resolver que ella solicitó concluida la vista de la causa, en nada afectan lo razonado con anterioridad, por lo que tampoco las presentaciones respectivas requieren un pronunciamiento especial, a este punto inoficioso.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de procedimiento civil, y 13 de la Ley 20.609, se declara:

I. Que se rechaza el recurso de apelación escrito a fojas 1512 y, en consecuencia, SE CONFIRMA el auto de prueba dictado por el Quinto Juzgado civil de Valparaíso en la audiencia de 25 de mayo de 2018, escrito a fojas 1502.

II. Que se rechazan el recurso de apelación deducido por abogado procurador fiscal de Valparaíso don Luis Eduardo Díaz Aracena, y la adhesión presentada por la abogada señora Rocío Godoy Cabello, y, en consecuencia, SE CONFIRMA en todas sus decisiones la sentencia definitiva dictada por el mismo tribunal el día 6 de agosto de 2018, escrita a fojas 1843 y siguientes, que acogió la denuncia por discriminación arbitraria presentada por Natalia Ivette Ravanales.

Regístrese y, en su momento, devuélvanse.

N° Civil 1.574-2018.-

Redacción del abogado integrante José Luis Guzmán Dalbora, quien no firma, por no haber integrado sala el día de hoy.

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por Ministro Alejandro German García S. y Ministra Suplente María Del Pilar Labarca R., y Abogado Integrante José Luis Guzmán D.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve

Vistos.

En estos autos rol N° 33.594-2018, sobre juicio especial regido por la Ley N° 20.609, seguidos ante el Cuarto Juzgado Civil de Valparaíso, doña Natalia Ravanales Toro, dedujo acción de no discriminación arbitraria en contra del Senado de la República representado por el Consejo de Defensa del Estado, en contra de doña Ximena Amigo López, Jefa de Administración de la Cámara Alta y en contra de don Carlos Becerra Farías, Jefe de Personal Administrativo de aquella.



Señala que, a pesar de su condición de discapacitada visual, postuló a un concurso público, abierto por el Senado, para ocupar un cargo de operadora de su central telefónica, en el cual, si bien no fue seleccionada, igualmente fue llamada por don Carlos Becerra para ocupar dicho cargo, en calidad de contrata, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley N° 20.442 y, es así que, con fecha 13 de abril de 2015, ingresó a prestar servicios para la Corporación.

Explica, que desde el inicio de sus funciones, fue recibida de manera hostil por el resto de las funcionarias que se desempeñan en la Central Telefónica del Senado e incluso la persona que fue asignada como su tutora, complicó y perjudicó constantemente el desarrollo de su labor, todo lo cual significó que denunciara los malos tratos y que se iniciarán dos investigaciones sumarias por esos hechos; además de la intervención de la Central por el Departamento de Personal del Senado, con el fin de determinar el clima organizacional laboral.

Precisa que en este complejo escenario, con fecha 7 de junio de 2016, fue citada a una reunión con los denunciados y el señor Fernando Soffia Contreras, Secretario Abogado de Comisiones del Senado, Presidente de la Asociación de Técnicos y Profesionales de la Cámara Alta, en la cual le comunicaron que a partir de esa fecha debía ejercer su trabajo desde su casa, lo cual señala constituye un acto de discriminación arbitraria en su contra y que vulnera el ejercicio de las garantías fundamentales contenidas en los numerales 2, 3, 16 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, además, de los tratados internacionales que enumera.

Refiere que, dicha medida, importa una exclusión de su persona, carente de toda justificación razonable, que la segrega y la exceptúa indebidamente de su lugar de trabajo, recluyéndola en su domicilio, la que sólo fue aplicada a ella, además de no considerar los problemas técnicos que implicaba ejercer su labor desde casa, atendida la incompatibilidad de los programas computacionales, como el hecho que, tampoco, se consideró su solicitud de cambio de unidad, la que en un primer momento fue aceptada.

Solicita que se declare que la parte demandada incurrió en una discriminación arbitraria en su contra, se le prohíba efectuar nuevos actos de dicha índole y se la condene al pago del máximo de la multa establecida por la Ley N° 20.609, con expresa condena en costas, sin perjuicio de las demás medidas reparativas que se estime pertinentes.

Al informar, don Carlos Becerra Farías, abogado, Jefe de Personal del Senado, solicitó el rechazo de la acción deducida, con costas y en lo pertinente, reconoce que el día 07 de junio de 2016 se celebró con la demandante una reunión en la oficina de la Directora de Administración a la que ésta concurrió acompañada del Presidente de la Asociación de Profesionales y Técnicos del Senado, don Fernando Soffia y también estuvieron presente doña Ximena Amigo, Directora Administrativa y el Jefe de Servicios Administrativos, don Luis Carrillo Olmedo. Indica que a la denunciante se le comunicó que no se haría efectiva su nueva destinación al Centro de Extensión del Senado, razón por la cual debía permanecer en la Central Telefónica, acto seguido fue notificada del Manual de Procedimiento de Administración para dicha Central y por último la Directora de Administración le informó que atendido a que se había iniciado una nueva investigación sumaria, para conocer sobre las denuncias formuladas por la propia actora días antes, en contra de sus compañeras y teniendo presente que ella debía reincorporarse a sus funciones, lo recomendable era que ejerciera sus labores bajo la modalidad de teletrabajo, en tanto se resolviera el referido sumario.

Precisa que la Sra. Ravanales insistió en solicitar su traslado a otra unidad, independientemente de las funciones que cumpliera, fundando su petición en que no podía y no quería trabajar con las demás operadoras, petición a la cual la Directora de Administración, le indicó que, por política institucional, acuerdo con la Asociación de Funcionarios y el respeto a la carrera funcionaria, no era posible acceder a ese cambio, pues ella había sido contratada para ejercer el cargo a contrata de telefonista.

Ante este escenario, la denunciante expresó que se tomaría su feriado legal y luego no volvió a trabajar, porque presentó sucesivas licencias médicas.

La Sra. Amigo evacuó su informe en los mismos términos que don Carlos Becerra Farías,

insistiendo en que el Senado y sus funcionarios no han incurrido en actos de discriminación arbitraria en contra de la demandante y que los conflictos se suscitaron dentro del marco de un mal clima laboral organizacional. Precisa que la demandante acumula 396 días con licencia médica, sumando un total de 424 ausencias, siendo las primeras por enfermedad común y la última por afección de origen laboral, por lo que se derivó a la Asociación Chilena de Seguridad, para su evaluación, lugar a la que la actora fue citada, pero no concurrió.

Por su parte, al informar don Mario Labbé Araneda, Secretario General del Senado, expresó que ni él ni el Servicio, han cometido actuaciones de discriminación arbitraria en contra de la actora; por el contrario, señala que ha recibido atención y preocupación en los diversos asuntos que ha planteado, haciendo pleno uso de sus derechos, desde que rindió la prueba de selección, para desempeñar su trabajo se acondicionó el equipo de trabajo que debía utilizar, ejerció su derecho a sala cuna, reclamó del proceso calificadorio y ha efectuado diversas denuncias, todas las que han sido atendidas e investigadas, siendo en más de una ocasión sujeto de discriminación positiva. Por último, precisa que no participó en la reunión del 7 de junio de 2016.

Establecidos los términos de la controversia, se dictó sentencia de primer grado que rechazó la excepción de caducidad de la acción en comento y acogió la denuncia, sólo en cuanto declaró que el Senado de la República de Chile incurrió en un acto de discriminación arbitraria en perjuicio de la demandante que consistió en imponerle que ejerciera sus funciones de operadora telefónica exclusivamente desde su domicilio particular, mientras se afinaba un sumario administrativo incoado a su requerimiento, razón por la que dejó sin efecto dicha decisión; ordenó a la denunciada que, en el evento que la actora se reincorporara a sus funciones, debía hacerlo en las mismas condiciones que las demás operadoras de la Central Telefónica y condenó al Senado al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a diez Unidades Tributarias Mensuales, con costas,

Apelado que fuera el referido fallo, por los demandados, la Corte de Apelaciones de Valparaíso lo confirmó.

En contra de esta última decisión los denunciados dedujeron recursos de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en el fondo deducido por los denunciados doña Ximena Amigo López y don Carlos Becerra Farías:

Primero: Que el recurso de nulidad, en primer lugar, denuncia la infracción al artículo 5 de la Ley N° 20.609, porque sostiene que la demandante, arbitrariamente, fijó el día 7 de junio del 2016, como la fecha en que se produjo el acto en virtud del cual supuestamente se cometería en su contra, un acto de discriminación arbitraria. Sin embargo, señala que de la lectura de su demanda se advierte que los hechos en que se sustenta, en realidad, datan de mucho antes, al menos desde el 20 de julio de 2015, cuando la actora compareció ante un medio de comunicación en que manifestó haber sido víctima de discriminación en el Senado; de manera que habiéndose deducido la demanda en agosto del año 2016, concluye que transcurrió con creces el plazo de 90 días que consagra la norma que invoca para ejercer la acción en comento y, por tanto, debió ser declarada caduca.

En segundo lugar, el arbitrio señala que se transgredieron las reglas de la sana crítica, contenidas en el artículo 10 de la citada Ley N° 20.609, en concreto los principios de la no contradicción y la razón suficiente, desde que lo pedido por la actora fue ser trasladada a otra Unidad del Senado, para no regresar a trabajar a la Central Telefónica, por lo que, a su juicio y, en lo que interesa, resulta absolutamente contradictorio aseverar, como lo hizo la sentencia, que fue "expulsada de su lugar de trabajo aun temporalmente" o "se le impida ejercer la opción de elegir trabajar en su casa o de modo presencial", porque, como se dijo, eso no era lo pedido por la actora. En este mismo sentido, indica que resulta contradictorio lo decidido, atendido que la denunciante no acreditó la existencia de un acto de discriminación arbitrario, tratándose según el informe de "Diagnóstico de Clima Organizacional", de agosto de 2015, sólo de un conflicto laboral de arrastre que se suscitó entre las operadoras de la

Central Telefónica del Senado.

Pide se acoja la excepción de caducidad de la acción interpuestas y en subsidio, se rechace la demanda por no haberse configurado discriminación alguna.

Segundo: Que cabe recordar que el recurso de casación en el fondo está concebido como un arbitrio de nulidad que se concede a la parte agraviada por una resolución judicial que cumpla con las características establecidas en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil. En esta materia, se debe consignar que toda la regulación del recurso descansa sobre la idea del agravio, pues su propósito es obtener la anulación de una sentencia que se ha dictado con infracción de ley que debe ser corregido cuando ha influido en lo dispositivo del fallo, según lo establece este último precepto legal.

Tercero: Que, en la especie, los recurrentes carecen de tal agravio, desde que la acción en comento tiene por objeto esencial, establecer la existencia de un acto de discriminación arbitraria, sancionarlo y dejarlo sin efecto, con el fin de restablecer la garantía fundamental conculcada.

En este caso, la actora solicitó que el "Tribunal declare que la parte demandada ha cometido discriminación arbitraria en su contra, prohibiéndole nuevos actos de discriminación arbitraria y condenándola al pago del máximo de la multa establecida por la Ley N° 20.609, con expresa condena en costas, sin perjuicio de las demás medidas reparativas que se estime pertinentes". La sentencia que se revisa, haciéndose cargo de lo anterior, resolvió acoger la denuncia, sólo en cuanto, declaró que el Senado de la República, incurrió en un acto de discriminación arbitraria, ordenando la incorporación de la denunciante a sus labores en la forma que había sido contratada y condenándolo, además, al pago de una multa.

Cuarto: Que, como se advierte, el fallo declaró que es el Senado, quien incurrió en el hecho que declaró como constitutivo de un acto de discriminación arbitraria y al que sancionó con la aplicación de una multa, excluyendo a los recurrentes; de manera que, en estas condiciones, no se atisba el perjuicio o agravio que esta decisión les habría ocasionó y que es obligatoria de concurrir como se explicitó en el razonamiento segundo.

Quinto: Que acorde con lo expuesto el recurso de casación en el fondo interpuesto por los denunciados doña Ximena Amigo López y don Carlos Becerra Farías, debe ser desestimado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo deducido abogado Procurador Fiscal en representación del Senado de la República.

Sexto: Que el recurso, en primer lugar, denuncia la infracción al artículo 2 de la Ley N° 20.609, puesto que, de los hechos establecidos en la causa no se advierte la concurrencia de la arbitrariedad que dicha norma exige, para configurar la conducta que es sanciona por la misma.

Explica que, del análisis de la norma en comento, se desprende que la ley fijó un tipo específico y exclusivo: "discriminación arbitraria", de manera que el juez se encuentra obligado a ceñirse a dicho concepto, conforme lo dispone el artículo 20 Código Civil, para determinar si los hechos se ajustan al mismo. En este sentido, indica que la discriminación arbitraria supone un acto de distinción, exclusión o restricción respecto de la víctima, es decir, se debe haber establecido una diferencia en relación de alguien ("distinción"), o se le debe haber separado de algo a lo que tenía derecho a participar ("exclusión") o impedido hacer algo que normalmente hace ("restricción"), siempre que cualquiera de esas conductas carezca de "justificación razonable", esto es, "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" reiterando la ley, en este punto, las hipótesis que son propias de la acción de protección, contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Asimismo, agrega que, la Ley Antidiscriminación establece las denominadas "categorías sospechosas", que intentan llamar la atención sobre ciertos rasgos o condiciones normalmente (aunque no siempre) adscritas a las personas sobre las cuales no podría, sin una justificación razonable, hacerse una distinción, exclusión o restricción, siendo la palabra "sospechosas" la clave, porque puede ocurrir

un caso en que sólo eso, una sospecha, pero no, necesariamente, una discriminación arbitraria.

Séptimo: Que, en definitiva, el recurrente sostiene que conforme a los hechos que el tribunal dio por probados, no se configura un acto de discriminación arbitraria y que, en todo caso, con independencia de que en la reunión de fecha 7 de junio de 2016, sólo existió una recomendación y no una imposición en el sentido que la denunciante debía cumplir sus funciones bajo la modalidad de teletrabajo, dicha medida no era indefinida y tampoco era desconocida o ajena a las funciones para las que fue contratada, porque la Sra. Ravanales la había desempeñado antes, con ocasión de los turnos laborales y, por tanto, el sólo ejercicio del mismo no configura una discriminación arbitraria en su contra, sin perjuicio que nunca lo ejecutó atendido que posterior a ese encuentro, presentó sucesivas licencias médicas.

En definitiva, reitera que el teletrabajo fue una medida provisional, que obedeció al sentido común y a una buena gestión, acorde con el ordenamiento jurídico, razón por la que estima se encuentra revestida de una "justificación razonable", al contener un fundamento, explicación o antecedente en que expresa su causa o motivo, pues en el test de racionalidad que el juez debe efectuar, se limita a controlar que la decisión tenga un sustento racional, aunque la "víctima" (sic) no esté de acuerdo o considere que existe una alternativa mejor.

Conforme a lo expuesto, se sustenta el segundo acápite del arbitrio, que alude a la vulneración del artículo 20 del Código Civil, porque el recurrente estima que, de la lectura de artículo 2 de la Ley N° 20.609, se advierte que los hechos establecidos por los jueces de fondo, no se encuadran en la referida norma.

Pide que se acoja su recurso, se invalide la sentencia recurrida y dicte acto seguido, sin nueva vista, pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo mediante la cual, haciendo una recta aplicación de la ley referida, declare que se revoca la sentencia de primera instancia y se rechaza la denuncia, con costas.

Octavo: Que, atendido que no se denuncia infracción a las reglas de la sana crítica, se tendrán como hechos de la causa y, por tanto, inamovible para este Tribunal, los fijados por los jueces de fondo y que son los siguientes:

1.- La denunciante es portadora de una discapacidad de origen sensorial visual, de grado moderado, en porcentaje de 32.1%, con movilidad reducida.

2.- Ingresó a prestar servicios de operadora telefónica, en calidad de contrata en el Senado de la República, con fecha 13 de abril del año 2015, por acuerdo de la H. Comisión del Régimen Interior, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 20.442.

3.- En el mes de agosto de 2015, conforme al Informe de Diagnóstico de Clima Organizacional, desarrollado en el marco de denuncias cruzadas entre las operadoras de la Central Telefónica del Senado, se concluyó que no existían situaciones de acoso laboral y discriminación en el interior de esa unidad, constatando la ocurrencia de un conflicto laboral de arrastre y recomendó, entre otras medidas, la aplicación de un procedimiento de intervención.

4.- En el mes de septiembre del año 2015, el Secretario General del Senado, ordenó instruir una investigación sumaria, motivada por denuncias de mal desempeño formuladas por la Supervisora de doña Natalia Ravanales quien, a su vez, denunció abusos, hostigamiento, discriminación y malos tratos, la que fue sobreseída, por resolución de 16 de noviembre de 2015, al no haberse acreditado la existencia de faltas administrativas susceptibles de ser sancionadas con una medida disciplinaria.

5.- Encontrándose en tramitación la investigación sumaria aludida, la supervisora y jefatura directa de la denunciante, la precalificaron con nota 1, en todos los aspectos que contiene la evaluación de desempeño, para el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2014 al 31 de agosto de 2015, decisión que la Comisión Calificadora, en sesión de 27 de octubre de 2015, elevó en 4 de los 6 rubros, quedando igualmente en lista de eliminación y que finalmente, el Tribunal de Apelaciones de la Comisión Calificadora, con fecha 12 de noviembre de 2015, acogiendo el recurso de apelación

interpuesto por la denunciante, dejó sin efecto y ordenó que la Corporación debía abstenerse de calificar a la funcionaria, considerando que gran parte de los hechos tenidos en cuenta para efectuarla, eran objeto de la investigación sumaria, además que se desempeñó en el servicio sólo a partir del mes de abril de ese año.

6.- La denunciante, en presentación de 22 de abril de 2016, dirigida a la Comisión de Régimen Interior del Senado, cuestionó el proceso de calificaciones, imputando a las supervisoras titular y subrogante, injurias en la elaboración del informe que habría servido de base a la Comisión Calificadora para evaluar su desempeño, requiriendo que dichas funcionarias sean sometidas a un sumario administrativo; igualmente impugnó la investigación sumaria, ordenada en septiembre del año 2015 y el proceso de intervención efectuado en la central telefónica del Senado, en razón de los conflictos de clima laboral.

Por último, solicitó ser reubicada en otras dependencias del Senado, en la que se le asignara labores compatibles con su condición visual.

7.- Por resolución de 6 de junio de 2016 se ordenó instruir sumario administrativo, en consideración a los hechos de que da cuenta la comunicación de 22 de abril de 2016.

8.- La denunciante ha hecho uso de licencia médica a contar del 24 de julio de 2015, y hasta la fecha de la sentencia de primera instancia - 6 agosto de 2018-, interrumpidas por cortos periodos, con diagnósticos, tales como, trastorno de ansiedad, de pánico, neurótico, depresión, estrés grave y trastorno de adaptación.

9.- La denunciante debía reincorporarse a trabajar el día 7 de junio de 2016, fecha en la que fue citada a una reunión con su jefatura.

Noveno: Que, para resolver sobre la concurrencia de la acción entablada, se debe tener presente que el artículo 2° de la Ley N° 20.609 entrega el siguiente concepto de discriminación arbitraria: "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".

Refiere el inciso segundo del artículo primero de la ley en comento, que corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, 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.

El cuerpo legal antes referido tiene por objeto fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho ante la existencia de una discriminación arbitraria, materializando una vía de cautela específica en relación a la garantía constitucional reconocida en el artículo 19 N° 2, disposición que consagra la **igualdad** ante la ley. Es así como, sobre la base del respeto a la garantía en comento, todas las personas deben recibir un trato igualitario.

Interesa destacar que, como es evidente, la vida en sociedad implica la existencia de diferenciación, en tanto supone elecciones que se determinan en la cotidianidad; sin embargo, lo que la ley proscribiera, es la discriminación arbitraria, esto es, aquella distinción carente de racionalidad, que no tiene otra justificación que no sea el mero capricho de quien la ejecuta.

Es en este contexto que el artículo 2° antes transcrito entrega criterios orientadores, que permiten asentar una discriminación arbitraria, entre los que se encuentra la discapacidad. En efecto, cualquier distinción, exclusión o restricción de derechos que se realice entre las personas sobre la base de la

discapacidad, que no tenga sustento en la razón, constituye el acto que la ley sanciona.

Décimo: Que, asentado lo anterior, abordando directamente la normativa que se relaciona con la materia, resulta propicio señalar que el artículo 1° de la Ley N° 20.422 dispone que su objeto es asegurar el derecho a la **igualdad** de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad.

Para materializar sus objetivos de inclusión, en el título IV, se consagran una serie de medidas para garantizar la **igualdad** de oportunidades, contemplándose en el Párrafo 1°, artículo 8 que el Estado establecerá medidas contra la discriminación, las que consistirán en exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso.

El inciso segundo de dicha norma dispone: "Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en **igualdad** de condiciones que el resto de los ciudadanos".

Y su inciso final, define como "Conducta de acoso, es toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

El artículo 43 de dicha ley, ordena que: "El Estado, a través de los organismos competentes, promoverá y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la inclusión y no discriminación laboral de las personas con discapacidad, especialmente deberá:

- a) Fomentar y difundir prácticas laborales de inclusión y no discriminación.
- b) Promover la creación y diseño de procedimientos, tecnologías, productos y servicios laborales accesibles y difundir su aplicación.
- c) Crear y ejecutar, por sí o por intermedio de personas naturales o jurídicas con o sin fines de lucro".

Undécimo: Que, de la normativa transcrita, fluye que si bien la ley contempla la existencia de una serie de medidas para lograr que las personas que padecen de alguna discapacidad se incluyan correctamente en diversas áreas de la sociedad, en especial, en el trabajo, desde que aquel constituye una de las vías fundamentales para lograr su independencia e inclusión social, también, es posible que en el cumplimiento de dicha labor, pueda establecerse modalidades diferentes, justamente para cumplir dicho fin.

Duodécimo: Que el Tribunal Constitucional, en varios fallos, explica que el trato distinto se justifica en la medida en que las situaciones fácticas se diferencien por cuestiones objetivas y relevantes, no deben importar un favor o privilegio personal o de grupos indebido; esa diferencia debe ser lícita, razonable y necesaria y debe pasar el examen de proporcionalidad (Tribunal Constitucional Roles N°s 755, 790, 1138 y 1140). En palabras del Tribunal Constitucional español, "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de **igualdad**, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 128/1987).

Décimo tercero: Que, al respecto, el autor Rubén Saavedra Fernández al concretar el principio de razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad, señala que: "En virtud del test de racionalidad el tribunal deberá verificar: a) si la realidad de los hechos ha sido respetada por la Administración. La Administración no puede crear los hechos; b) Si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido en el procedimiento de formación de la decisión un factor que no lo sea (...) c) si se ha tenido en cuenta por la Administración el mayor valor que puede otorgar el ordenamiento a uno de estos factores, y d) si, en caso de tener

todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, la Administración ha razonado o no la adopción de una solución o si el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o, en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos" (...) "...la decisión adoptada por la Administración, aún debe ser confrontada con un segundo test, en este caso de razonabilidad. Mediante éste, el juez analizará si la decisión administrativa, a) adolece de incoherencia por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin y b) si la decisión resulta claramente desproporcionada", ("Discrecionalidad Administrativa. Doctrina y Jurisprudencia", Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, año 2011, páginas 124 y siguientes).

Décimo cuarto: Que, como ha dicho la jurisprudencia internacional, para que el trato diferenciado no constituya discriminación, no sólo requiere de una justificación objetiva y razonable, sino también, debe perseguir un fin legítimo. (Nash, Claudio y David, Valeska, "**Igualdad** y no Discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Nash Claudio y Mujica Ignacio (eds.) "Derechos humanos y juicio justo", Lima, Colam, pág. 169, citado en "Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la Luz de los primeros casos", Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, páginas 127-237, Casas y Lagos).

En el caso de autos, del discurso de la demandada y de los antecedentes que acompaña para fundarlo, fluye con claridad que la decisión que se impugna por la demandante y la cual le atribuye la calidad de arbitraria, se adoptó dentro de un declarado mal clima laboral que se vivencia en la Central Telefónica del Senado, lo cual llevó a que el Departamento de Personal de la Cámara Alta, ordenará una intervención a dicha unidad, órgano que concluyó que no existían actos que pudiesen ser considerados como de acoso entre las partes involucradas y que se trataba, más bien, de un conflicto de arrastre, también dejó constancia que la actora mantuvo una actitud desafiante y poco colaboradora durante todo el proceso.

Décimo quinto: Que, asimismo, quedo asentado en la reunión de 7 de junio de 2016, que el teletrabajo impuesto a la demandante era sólo una medida temporal, mientras se tramitaba la investigación sumaria requerida por ésta, quien manifestó que no quería ejercer sus labores de operadora telefónica en las dependencias de la Central Telefónica del Senado, atendido el mal clima laboral que señaló existía en el lugar, solicitando su traslado e incluso cambiar sus funciones si fuese necesario, solicitud a la que la parte demandada señaló no poder acceder debido a las funciones para las cuales había sido contratada la actora y el cumplimiento de los procedimientos sobre nombramientos de la carrera funcionaria. Momento en el cual la Sra. Ravanales señaló que se tomaría su feriado legal y luego presentó sucesivas licencias médicas, que significaron que en los hechos nunca ejecutó dicha modalidad de trabajo.

Décimo sexto: Que, por consiguiente, el teletrabajo ordenado a la actora constituyó un criterio diferenciador de carácter objetivo, fundado y temporal, cuyo fin era evitar aumentar o gatillar en la Central Telefónica conflictos entre las funcionarias, con el regreso de la Sra. Ravanales, como una manera de conjugar disminuir o eliminar ese mal clima laboral y la petición de la actora de no volver a trabajar en ese lugar.

No siendo, el teletrabajo por lo demás, una modalidad desconocida por ella ni tampoco distinta a la que igualmente debía ejercer en su rutina normal, no pudiendo comprobarse la efectividad de sus alegaciones, en cuanto a la incompatibilidad de los programas computacionales o las fallas técnicas del sistema a las que alude, puesto que, en los hechos nunca volvió a ejecutar su trabajo debido a que antes tomó su feriado legal y luego presentó consecutivas licencias médicas.

Todo lo cual, demuestra que la decisión adoptada por la parte demandada, no se encuadra dentro de una acción de discriminación arbitraria, enfocada, como sostiene la demandante en una forma de "segregación o reclusión de su persona al no considerar su condición de ciega", por el contrario, de la lectura de los hechos y la forma en que se llevó a cabo los procedimientos descritos por las partes y, en especial, por los dichos de la actora, se advierte que su discapacidad nunca fue un elemento a considerar para estos efectos; por el contrario, a su respecto se efectuaron sólo cambios positivos para facilitar el desarrollo de su trabajo y que, en relación al mal clima organizacional, tanto a ésta como el resto de los funcionarios, se les entregó la atención debida, lo cual se refleja en la intervención que efectuó el Departamento de Personal de la Cámara Alta a dicha unidad, que da cuenta de la búsqueda

de soluciones colaborativas, en las que expresamente se dejó establecido que la actora no contribuyó y en cambio mantuvo una actitud desafiante.

Y en segundo lugar, la medida en estudio, se ajusta a los criterios de razonabilidad que exige la "acción de no discriminación arbitraria", puesto que, la autoridad explica el contexto, las razones y los fines que se tuvieron en consideración para decidir que la demandante, de manera temporal, ejerciera la modalidad de teletrabajo, conjugando la petición de la actora de no querer volver a trabajar en la central telefónica y la intención de mantener la continuidad de sus funciones en el Senado.

Décimo séptimo: Que, lo hasta ahora expuesto, permite establecer que efectivamente los sentenciadores incurren en el error de derecho acusado en el arbitrio de nulidad sustancial en estudio, al infringir el artículo 2 de la Ley N° 20.609 en relación con el concepto de arbitrariedad, toda vez que no se puede atribuir al recurrente haber incurrido en una conducta que implica una discriminación arbitraria al decidir que la demandante ejerciera su labor de telefonista en su casa, puesto que, dicha medida se adoptó de manera temporal, por motivos justificados, era una modalidad de trabajo conocida y utilizada por la actora y no le causa mayor perjuicio, por el contrario, permitía mantener el resguardo y protección, para no exponer a ninguno de los involucrados en el sumario administrativos, a trabajar dentro de un clima laboral hostil, que era evidente se generaría en el evento que la actora ingresara nuevamente a la Unidad, todo lo cual, como se dijo, por lo demás, nada tiene que ver con su condición de discapacitada sino que, con la obligación de todo empleador de mantener buenas condiciones de trabajo para cada uno de esos empleados, razón por la que no se puede sostener que el teletrabajo impuesto a la actora, mientras se resolvía la investigación, constituya un acto de discriminación arbitraria, en los términos del artículo 2° de la Ley N° 20.609, yerro que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo toda vez que ha determinado el acogimiento de la denuncia y sanción del denunciado que a la luz de lo expuesto, era improcedente.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo que disponen los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

a) Se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en representación de doña Ximena Amigo López y don Carlos Becerra Farías, en el primer otrosí de fojas 2162 en contra de la sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciocho, escrita a fojas 2149 y siguientes, en lo pertinente.

b) Se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el Procurador Fiscal en representación del Senado, en la presentación de fojas 2174, en contra de la referida sentencia, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada con el voto en contra de los ministros señor Muñoz y señora Vivanco, quienes fueron de parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido por el Procurador Fiscal en representación del Senado, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1° Que, en primer lugar, resulta pertinente precisar que el arbitrio centra su discurso sobre la base que no se configuró un acto de discriminación arbitrario en contra de la demandante, porque no concurren los elementos contenidos en el artículo 2 de la Ley N° 19.609, en especial, el de arbitrariedad, atendido que la modalidad de teletrabajo propuesta a la actora, por una parte, sólo se trataba de una recomendación o sugerencia hecha a la denunciante; luego agrega, que dicha medida se encuentra justificada atendido que era temporal y conocida por la "víctima" (sic) y, por último, agrega que, en todo caso, nunca se hizo efectiva debido a que la actora se ha mantenido hasta la fecha del arbitrio con licencia médica.

2° Que la sola exposición de los argumentos, en la forma antes descrita, da cuenta que el recurso se construye y desconoce los hechos establecidos en el proceso, sin que la parte recurrente, alegara la infracción a las reglas de la sana crítica, únicas que habilitan al tribunal para modificar los supuestos fácticos, sobre la base de los cuales, se erigieron las conclusiones de la sentencia y que sustentan la decisión de acoger la demanda, es más, es el propio recurrente quien reconoce que aquellos son inamovibles.

En efecto, el arbitrio apoya su discurso en dos ideales fundamentales, por un lado, en que la



modalidad de teletrabajo que se aplicó a la actora para que cumpliera sus labores, corresponde sólo a una "recomendación" o "sugerencia" y que esta decisión se encuentra justificada, circunstancias que no fueron asentados en el proceso, por el contrario, los jueces de fondo estimaron que dicha propuesta laboral fue un mandato emanado de la jefatura directa de la demandante, en la reunión celebrada el 7 de junio de 2016 y, sobre la base, de esa premisa establecen, además, que no se encuentra justificada esa decisión, quedando descartada, por tanto, la tesis de la fundamental que sustenta su arbitrio y que lo hace, en consecuencia, inviable.

3° Que, en otras palabras, el recurso se erige sobre supuestos fácticos que no fueron acreditados en el proceso y respecto de los cuales, el recurrente no entrega herramientas ni elementos que permitan modificarlos, razón por la cual es dable concluir de la lectura del arbitrio, que lo verdaderamente reprochado es la ponderación de la prueba que hizo la sentencia. Lo anterior, cobra más importancia, en la especie, porque los elementos que componen el tipo normativo "acción discriminatoria injustificada", deberán determinarse a partir de supuestos fácticos, es decir, habrá de estarse a las circunstancias que rodean el asunto, para concluir si la diferencia que se aplicó a un caso específico resulta, objetiva y racional, o que no resulta caprichosa o injustificada (Cea, José, Derecho Constitucional Chileno (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012), II, p. 138; Silva, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), XI pp. 121-127; Fernández, Miguel Ángel, Principio Constitucional de la **Igualdad** ante la Ley (Santiago, LexisNexis, 2004), pp. 73-82) o lo que los autores denominan el "cartabón de la racionalidad", método que considera la naturaleza de los derechos o intereses involucrados, la gravedad de la vulneración, la importancia de la finalidad perseguida y el contexto (Gerards, Janneke, Intensity, cit. (n. 9), pp. 169-181; Díaz de Valdés, José Manuel, La Prohibición de una Discriminación Arbitraria Entre Privados, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 42 (2014), 1, pp. 181-183). Así, por tanto, no es posible establecer un modelo o esquema universalmente aplicable en todo juicio de **igualdad**, será el juez en cada caso concreto y a la luz de los argumentos esgrimidos por las partes, quién deberá resolver si el trato dispensado infringe o no la isonomía, tal como ocurrió en la especie.

Por tanto, el objetivo que persigue el recurso es que se efectúe una nueva valoración de la prueba, lo cual resulta ajeno a un arbitrio de esta especie destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley, puesto que, como ha dicho reiteradamente esta Corte, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, lo que significa llevar a cabo un estudio respecto de la aplicación correcta de la ley -y el derecho-, pero en relación con los hechos tal y como soberanamente los han dado por probados los magistrados a cargo de la instancia y que no pueden ser modificados por esta Corte, a menos que se haya invocado la efectiva infracción, para este caso, de las reglas que informan la sana crítica, las que no han sido denunciadas.

4° Que, por otra parte, el recurrente sostiene que el teletrabajo propuesto a la demandante, constituye una medida que cumple el estándar de razonabilidad que exige el artículo 2 de la Ley N° 19.609, transforma al arbitrio, además, en contradictorio y provisto de argumentaciones subsidiarias, desde que, si sólo se trataba de una recomendación o sugerencia para la actora, como expone la parte recurrente, no requería de una "justificación" en los términos expuestos en la ley, sino que, la decisión del teletrabajo para evitar conflictos laborales, debía ser suficiente para la denunciante, quien, entonces, debió tener la alternativa de elegir, puesto que, además, así se encuentra establecida dicha modalidad de trabajo en el Manual que al efecto, el denunciado implementó para el desarrollo del trabajo en la Central Telefónica del Senado, como se lee de su página 7.

Sin embargo, aquello no aconteció y produjo que la Sra. Ravanales dedujera la presente acción, porque, justamente consideró que esa decisión, atendida la dinámica en ocurrieron los hechos, no podía sino, ser entendida como una manera de sustraerla indebidamente y en su perjuicio de sociabilización, debido a su condición de parcialmente ciega, de su lugar de trabajo, en circunstancias, que ninguna de las otras operadoras recibió ese trato.

Tan efectivo es lo anterior, que este argumento, entonces, se constituye en un discurso subsidiario, porque, así expuesto el recurso, es posible concluir, que por un lado, el recurrente articula su defensa sobre la base de que no existe un acto de discriminación arbitraria, por no reunirse los requisitos legales al efecto, pero luego, reconoce que existió, pero que se encuentra justificado, porque se trata,

más bien, como una vía de solución de conflictos internos de la Central Telefónica o que en "todo caso, no se produce daño, porque en los hechos la actora nunca ejerció dicha labor", es decir, el recurrente mezcla argumentos, lo cual hace improcedente e inviable su recurso.

5° Que, en consecuencia, queda en evidencia así el carácter alternativo de los argumentos, lo que implica dotar al recurso de que se trata de un carácter dubitativo, cuestión que conspira contra su naturaleza de derecho estricto, como quiera que su finalidad no es otra que la de fijar el recto alcance, sentido y aplicación de las leyes en términos que no puede admitirse que se viertan en él reflexiones incompatibles como tampoco argumentaciones declaradamente subsidiarias o alternativas que lo dejan así desprovisto de la certeza necesaria.

6° Que, sin perjuicio que lo anterior es suficiente para desestimar el recurso en análisis, a juicio de quienes sostienen este voto particular, los jueces de la instancia han realizado una correcta interpretación y aplicación de la normativa que rige la materia.

En términos generales, la acción de no discriminación arbitraria emana del principio de **igualdad** jurídica que se traduce en la prohibición de establecer diferencias entre iguales y que se consagra en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, de forma que se infringe dicho precepto, en la medida que se excluye a determinados grupo de personas, en razón de su calidad personal, pero no en caso que se describa una hipótesis genérica dentro de la cual se incorpora a ciertos individuos, así como tampoco se prohíbe un trato distinto ante situaciones razonablemente desiguales.

7° Que, en consecuencia, lo regulado por esta vía consiste en que las diferencias que se establezcan en favor o en contra de determinadas personas por el legislador o se adopten por la autoridad, respondan a un procedimiento objetivo, fundado y racional, es decir, no respondan a meros caprichos o arbitrariedades de aquellos, sino que se sustenten sobre la base criterios de justicia y bien común, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. En la actualidad, la **igualdad** se constituye como un límite de la actuación de los poderes públicos y, también, como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad de la Administración.

8° Que, en este marco normativo, emana entonces la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la que instauró un nuevo modo de proteger a las personas que padecían una discapacidad, estableciendo en su artículo 1 que el propósito consiste en: "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de **igualdad** de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente", lo cual se traduce en un cambio en la forma de entender la discapacidad, se pasa de un "asistencialismo" al "reconocimiento de derechos", se reconoce la diferencia de las personas con discapacidad; la autonomía con apoyo para las personas con discapacidad y lo más importante convirtió a la discapacidad en una parte o forma de vida humana.

9° Que dicha Convención, en su artículo 27, denominado "Trabajo y empleo", prescribe que: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en **igualdad** de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en **igualdad** de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a **igualdad** de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos."(...) y "g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público".

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, concibe la discapacidad como un déficit

individual de las personas en esta condición, de manera que su objetivo principal es terminar con la discriminación, buscando que los Estados parte, adopten medidas legislativas y administrativas para eliminar progresivamente toda forma de discriminación que atente contra la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad.

10° Que, en razón de lo anterior, la interpretación del referido cuerpo legal debe respetar el cumplimiento de los fines que han sido reconocidos en su propio texto, pues aquellos responden a normativas de mayor jerarquía.

Como quedó establecido en los autos, el hecho que sustentó la demanda consistió en que "con fecha 7 de junio de 2016, se impuso a la denunciante el deber de prestar el servicio de operadora telefónica, desde su domicilio particular, mientras se tramita el sumario administrativo que fue incoado a su requerimiento el día anterior." En esa misma oportunidad se notificó y entregó a la demandante el Manual sobre "Procedimiento para el Funcionamiento de la Central Telefónica", en el cual consta que los turnos se ejecutarán los días jueves, viernes y sábado, siendo opcional realizarlos en la oficina o en la casa, pero siempre debe quedar una operadora presencial.

11° Que, por consiguiente, queda en evidencia que la forma de actuar de la parte demandada, al disponer que la Sra. Ravanales sea la única de las operadoras a la que se le impone ejercer su actividad bajo la modalidad de teletrabajo, deviene en un acto de discriminación arbitraria, puesto que, como se dijo la actual legislación sobre la materia va dirigida a un concepto integral de inclusión de las personas que presenten alguna discapacidad, lo cual se traduce en que no es el Estado quien paternalistamente determina su vidas o que es lo más conveniente, como pretende hacer la parte demandada, sino que por el contrario, el Estado debe proporcionarles las herramientas necesarias para lograr su inclusión en todos los ámbitos de la sociedad.

12° Que lo cierto es que la Sra. Ravanales fue la única operadora a la que se le impuso la medida de teletrabajo, desconociendo con ello la parte demandada, también, el contrato convenido porque esa modalidad de trabajo se estableció como una alternativa optativa, "que se ejercía los días jueves, viernes y sábados, siendo opcional realizarlos en la oficina o en casa, debiendo siempre quedar una operadora presencial", "por tanto, la Cámara Alta, dejó de otorgar el trabajo convenido, puesto que dicha modalidad, no podía ser realizada de manera permanente y menos bajo pretexto que fuere sólo por el periodo que durara el sumario administrativo, desde que eso no fue lo pactado por las partes.

13° Que, siguiendo el mismo razonamiento, se advierte que dicha decisión también importa una sanción anticipada o al menos una presunción de responsabilidad de la actora en los hechos que denuncia, puesto que, en el contexto que se desarrolló la problemática de mal clima laboral, se estableció que no existía acoso o alguna conducta similar entre las partes involucradas en el conflicto, sin embargo, igualmente, sólo la actora fue separada de su lugar de trabajo, no siendo óbice lo anterior, el que ella no quisiera volver a la central telefónica, puesto que aquello no significaba de manera alguna su intención de quedarse en su casa ejerciendo dicha labor, nunca fue esa una opción para quien, por el contrario, solicitó cambio de puesto de trabajo, justificándolo en que otras personas optaron por esa opción.

14° Que, tal como señalaron los jueces de fondo, las justificaciones expresadas por la parte demandada carecen de sustento, porque si su intención era disminuir el contacto entre las operadoras debieron aplicar dicha medida, de manera general y objetiva a todas las telefonistas, lo cual no aconteció y que era, precisamente, la tramitación del sumario administrativo, la cual determinaba lógicamente que la actitud de la demandada fuera proporcional y equitativa para todos los partícipes, para evitar diferencias irregulares u discriminatorias, de manera que toda orden que modificara las condiciones en que se prestan los servicios de las operadoras, debió adoptarse dentro de ese marco, lo cual conforme al mérito de los antecedentes no aconteció.

15° Que, en definitiva, la medida adoptada por la parte demandada transgrede el cumplimiento de los referidos fines que el artículo tercero de esta ley establece, quebrantando los principios de vida independiente, accesibilidad y diseño universal, intersectorialidad, participación y diálogo social, razones todas por las que se estima que los jueces de base interpretaron correctamente los fines y la normativa sustantiva precedentemente citada, siendo improcedente el recurso de casación en el fondo

deducido por el Procurador Fiscal en representación del Senado.

Se une a lo anterior, el hecho que el equipo computacional entregado a la demandante presentaba diferentes dificultades para ser operado desde su hogar, por razones técnicas del programa respectivo, como por el antecedente que ella no recibió la capacitación correspondiente, circunstancias que en los hechos le privaron de trabajar, disponiéndose, por ello, el mantenimiento forzado en su domicilio sin desempeñar un cometido específico. Estos acontecimientos, sin duda constituyen discriminación a su respecto.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Pierry y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 33.594-2018.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A. y Sr. Julio Pallavicini M.

#### SENTENCIA DE REEMPLAZO:

Santiago, veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada, previa eliminación de los motivos décimo octavo a vigésimo segundo, que se eliminan.

Asimismo, se reproducen los razonamientos décimos a décimo octavo del fallo de casación que antecede y, se tiene, en su lugar, y además presente:

1° Que, en forma previa, se debe tener presente que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 20.609, corresponde entender por discriminación arbitraria 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 funde en los motivos que señala a título ejemplar.

2° Que las normas del cuerpo legal en comento constituyen sólo una particularización de un derecho fundamental, esto es, la **igualdad** ante la ley, el que se encuentra expresamente reconocido en los diversos tratados internacionales suscritos por Chile y en nuestra Carta Fundamental. Asimismo, su dictación viene en constituir el cumplimiento de compromisos internacionales, toda vez que Chile ratificó y promulgó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, publicándose su texto el 17 de septiembre de 2008, cuerpo legal que, en su artículo 3° consagra, entre otros, los principios de **igualdad** de oportunidades y accesibilidad, comprometiéndose los Estados partes a asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades individuales de las personas con discapacidad.

3° Que, en lo que interesa, dicha Convención, en su artículo 5 consagró la: "**Igualdad** y no discriminación", precisando en su numeral que: "3. A fin de promover la **igualdad** y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables" y, se agrega que: "4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la **igualdad** de hecho de las personas con discapacidad".

4° Que, como se dijo, el artículo en comento no prohíbe toda distinción, sino sólo aquella que "carezca de justificación razonable", a contrario sensu, si la diferencia que se establece, se funda en criterios objetivos, conforme a los Tratados Internacionales y la ley del ramo y, esto es lo más importante, va dirigida a obtener una mejora en la calidad de vida de las personas discapacitadas, dicha divergencia de trato, se transforma en un ajuste razonable para conseguir los fines de inclusión que busca el ordenamiento jurídico que reglamenta la materia.

5° Que, asentado lo anterior, es que se debe analizar la orden que se impuso a la Sra. Ravanales, para que, de manera temporal, mientras se desarrollaba el sumario administrativo, cumpliera su labor de telefonista a través de la modalidad de teletrabajo.

Para dicho objetivo, es necesario manifestar que las partes no discutieron que la medida impuesta a la demandante en la reunión de 7 de junio de 2016, tenía el carácter de temporal, se adoptó en el contexto de una crisis por mal clima laboral organizacional que acaecía en la central telefónica del Senado, la que fue declarada por el Departamento del Personal de la Cámara Alta, lo cual llevó a que ésta fuera intervenida y, que la actora antes de reincorporarse a sus labores, después de más de trescientos días de encontrarse fuera de su trabajo, por uso de su feriado legal y múltiples licencias médicas, denunció, nuevamente a sus compañeras de trabajo y que significó la apertura de un nuevo sumario administrativo.

6° Que, por tanto, conforme a los referidos antecedentes, resultaba razonable que la autoridad con el fin de proteger y evitar nuevos enfrentamientos entre las partes involucradas en el conflicto, adoptara como medida preventiva y temporal, el que la demandante, que ya se encontraba hacía varios meses fuera de las dependencias de la central telefónica, que expresamente solicitó no volver a trabajar en ese lugar, ejerciera sus funciones en la modalidad de teletrabajo, por un periodo acotado, puesto que aquello no significaba un cambio en sus condiciones actuales y menos una segregación de aislamiento sino que, por el contrario, una vía para resguardar el desempeño armonioso y tranquilo del trabajo para cada uno de los funcionarios, incluida la demandante, mientras se determinaba la efectividad de las denuncias, tampoco se estableció como un hecho de la causa que existiera un acoso laboral en su contra o una categoría sospechosa que permitiese analizar los actos descritos desde una perspectiva de discriminación arbitraria, desde que, es un supuesto fáctico inamovible, que la central telefónica padecía como unidad, un problema de clima laboral.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 20.609 y en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de seis de agosto de dos mil dieciocho, escrita a fojas 1843 y siguientes, y en su lugar, se rechaza la denuncia por discriminación arbitraria presentada por doña Natalia Ivette Ravanales Toro, sin costas.

Los ministros señor Muñoz y señora Vivanco, fueron de opinión de confirmar el fallo en alzada, conforme a lo razonado en el voto de disidencia expresado en el fallo de casación.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Pierry y el voto de sus autores.

Rol N° 33.594-2018.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A. y Sr. Julio Pallavicini M.