



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO EN RAZÓN DE SEXO, IDENTIDAD DE GÉNERO Y  
ORIENTACIÓN SEXUAL EN CHILE. EXPERIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO**

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.**

AUTORA

Catalina Francisca Cisternas Galarce

PROFESORA GUÍA

María Eugenia Montt Retamales

Santiago, Chile

2019



*A Ignacio, por tomar siempre de mi mano.*

*A mis padres, Francisca y Alfredo, por el amor y apoyo incondicional y constante.*

*A mi hermano Pablo por ser mi compañero de risas y peleas.*

*A mama y tata por su vida de sacrificio y amor hacia la familia, que da frutos en cada uno de sus nietos.*

*A Lupe, Clarita, Miel, Inti y Mila por alegrar nuestros días y por enseñarnos a ser humanos.*

## Contenido

RESUMEN (ABSTRACT) .....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DEL TRABAJO. ....	6
1.    CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	6
1.1.    CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	6
1.2.    BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO LABORAL	7
7	
2.    TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O <i>DIE</i>	
<i>DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE</i> .....	8
a)    Teoría de la eficacia mediata o indirecta: .....	11
b)    Teoría de la eficacia inmediata o directa: .....	12
3.    CIUDADANÍA DE LA EMPRESA. ....	12
4.    RECONOCIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS	
FUNDAMENTALES EN CHILE EN MATERIA DE DERECHO DEL TRABAJO.....	14
4.1.    RECONOCIMIENTO A NIVEL CONSTITUCIONAL:.....	14
4.2.    RECONOCIMIENTO DEL CÓDIGO DEL TRABAJO: .....	16
4.3.    RECONOCIMIENTO A NIVEL DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS .....	18
5.    FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA LABORAL. ....	19
6.    LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA LABORAL.....	21
7.    DERECHOS FUNDAMENTALES TUTELADOS EN CHILE EN MATERIA DE DERECHO DEL TRABAJO.	
25	
CAPÍTULO II: PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.....	28
1.    IDEAS PRELIMINARES .....	28
1.1.    Principio de igualdad. ....	28
1.2.    El principio de no discriminación y su relación con el principio de igualdad.....	30
2.    DISCRIMINACIÓN.....	31
2.1.    CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN. ....	31
2.2.    CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN: .....	33
3.    DISCRIMINACIÓN LABORAL:.....	36
3.1.    CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL: .....	36
3.2.    RECONOCIMIENTO DE LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL.....	38
3.3.    DISCRIMINACIÓN LABORAL DIRECTA, DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA Y ACCIONES	
POSITIVAS Y DISCRIMINACIÓN INVERSA: .....	46

3.4. FORMA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL.  
49

CAPÍTULO III: DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN RAZÓN DE SEXO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO.....	56
1. DISCRIMINACIÓN LABORAL EN RAZÓN DE SEXO. ....	56
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	59
1.2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE SEXO EN EL EMPLEO: .....	61
1.3. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL SEXO EN MATERIA LABORAL.....	66
1.4. CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR.....	75
2. DISCRIMINACIÓN LABORAL EN RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO..	79
2.1. CONCEPTOS BÁSICOS: .....	80
2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO ..	81
2.3. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO.....	84
2.4. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. ....	89
CAPÍTULO IV: EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO DE PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE SEXO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN MATERIA LABORAL: URUGUAY, ARGENTINA Y COLOMBIA.....	94
1. URUGUAY.....	94
2. ARGENTINA .....	97
3. COLOMBIA.....	100
CONCLUSIONES .....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	109

## RESUMEN (ABSTRACT)

El presente trabajo analiza la aplicación de los derechos fundamentales en materia laboral, fenómeno conocido como ciudadanía de la empresa, considerando específicamente el derecho a no discriminación; para luego enfocarse en la discriminación en el empleo en razón del sexo, orientación sexual e identidad de género, problemática que en la actualidad ha estado en la palestra pública, tanto por los movimientos feministas como por los que defienden los derechos de la comunidad LGBT, los cuales son cada vez más masivos. Este estudio analiza las principales expresiones de discriminación que sufren tanto de la mujer como de las personas en homosexuales y transgénero, en general.

Por último, el presente trabajo se hace cargo de la situación que vive nuestra región en materia de discriminación en el empleo en razón del sexo, orientación sexual e identidad de género, al analizar la experiencia del derecho comparado. Para ello, se encarga de estudiar la realidad jurídica de Uruguay, Argentina y Colombia.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto abordar temas jurídicos de contingencia social desde un punto de vista nacional e internacional, respondiendo a la necesidad de elaborar un escenario en el cual las chilenas y chilenos puedan acceder a la información jurídica contingente.

En el Chile actual, en la coyuntura histórica en la cual nos encontramos, se han puesto en la palestra de la opinión pública hechos e instituciones legales que han cambiado el paradigma del Chile conservador y que han tenido repercusión, de alguna u otra forma, en el Derecho del Trabajo. Para nadie es desconocido ciertos hitos o problemáticas que socialmente han adquirido importancia en nuestro país, como la aprobación del Acuerdo de Unión Civil; la aprobación de la Ley 21.120, sobre identidad de género; lo ocurrido con Daniel Zamudio, joven golpeado hasta la muerte por ser homosexual; los diversos casos de femicidios y de acoso callejero hacia la mujer; la discriminación que ésta vive día a día; y las diferencias patentes que sufre ésta en comparación al hombre, desde una perspectiva laboral, de responsabilidades familiares y cuidado de los hijos, entre otros.

Para lograr el objetivo de nuestro trabajo, abordaremos la problemática de la discriminación en términos generales, analizando previamente el porqué de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, específicamente, en las relaciones laborales, y decantaremos en la discriminación en el empleo en razón de sexo, identidad de género y orientación sexual, primero en Chile, para luego analizar someramente qué pasa en Uruguay, Argentina y Colombia. Con esto podremos obtener un panorama de la discriminación en la región latinoamericana.

Este problema, que se puede observar desde diversas perspectivas, ya sean sociológicas, psicológicas, políticas, antropológicas, históricas, entre otras, será desarrollado desde una perspectiva jurídica, no obstante, esto se ha logrado una sistematización del problema bastante holística.

La problemática sobre discriminación abordada en esta tesis, se estructura en los siguientes ejes temáticos a saber:

- a) Origen y reconocimiento de derechos fundamentales;
- b) Desarrollo de la ciudadanía de la empresa como solución doctrinal al conflicto;
- c) Discriminación, principio de igualdad ante la ley y derecho a no ser discriminado.
- d) Problemática jurídico-laboral ante el reconocimiento de los derechos fundamentales mediante acciones eficaces.
- e) Problemática frente a la discriminación en razón de sexo, identidad de género y orientación sexual.
- f) Enfoque latinoamericano de la cuestión. Los ejemplos de Uruguay, Argentina y Colombia en la problemática abordada.



## CAPÍTULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

#### 1.1. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Con el objeto de analizar los derechos fundamentales en materia laboral, previamente debemos tener una idea conceptual de estos. No ha sido un tema pacífico a nivel de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, según el Profesor Caamaño (2007), en Chile es aplicable lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español, definiéndolo así: “los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el ‘fundamento del orden jurídico y de la paz social’” (p. 27-28).

Asimismo, para Peces-Barba, corresponden a la “Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción” (Caamaño, 2007, p. 27-28).

Para Claudio Nash (2016) “El concepto actual [de los derechos fundamentales] se vincula con la idea de ciertas pretensiones morales que se consagran en el texto constitucional como derechos subjetivos y quedan, por tanto, fuera del ámbito de disposición de las mayorías; además comprende el derecho del individuo para exigir del Estado su respeto y garantía a través de mecanismos institucionales y, en caso de incumplimiento, contempla ciertas formas de exigibilidad a través de procedimientos jurisdiccionales” (p.85).

De esta última definición, es perfectamente posible que surja la interrogante de si el individuo únicamente puede exigirle al Estado el respeto a los derechos fundamentales, o bien, también podría exigírselo a un particular. La respuesta a esta pregunta es relevante en

el estudio de los derechos fundamentales, específicamente, en materia del trabajo, toda vez que, por lo general, la relación laboral es entre privados. De esta forma, nos parece adecuado el estudio de la evolución histórica que estos han tenido a lo largo del tiempo, con el fin de comprender cómo han pasado de tener una eficacia únicamente en la relación entre el Estado y el individuo a la eficacia entre individuos, prescindiendo del Estado.

## 1.2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO LABORAL

En un inicio, como lo señala el Profesor Sánchez (2004), con la aparición del Estado Liberal, el propósito de los derechos fundamentales es que se convirtieran en el límite que tiene el Estado para desplegar su poder respecto del individuo (p.233-236). Es así como en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, surgen diversas manifestaciones de resguardo a derechos políticos y civiles, con el objeto de que el individuo pueda desarrollarse en plena libertad dentro del contrato o pacto social, tales como: Petition of Rights (1628), Ley de Habeas Corpus (1679), Bill of Rights (1689), Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776); Declaración de Independencia de los Estados Unidos; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Posteriormente, en el siglo XIX, además de ser recogidos estos derechos en las Constituciones, se busca que éstos amplíen su espectro de aplicación, desde los derechos civiles y políticos a los derechos sociales, económicos y culturales, debido a la problemática social que significó la Revolución Industrial, época en la que cambia el modelo económico. Sin embargo, no es sino hasta el siglo XX cuando estos son efectivamente reconocidos, primeramente, por las Constituciones Mexicana de 1917 y de Weimar de 1919, y luego por la italiana de 1947, la alemana de 1949 y la francesa de 1958.

Asimismo, debe hacerse presente que, en el siglo XIX, en la época de la Revolución Industrial, nace el derecho laboral como respuesta a este nuevo escenario histórico en el que aparece una nueva forma de producción, de vida y de trabajo. Esta última que se convirtió en subordinado, bajo dependencia y control del empleador a cambio de una remuneración. Cabe agregar que la consolidación de esta rama del derecho es a partir del siglo XX, sin

perjuicio que el mundo laboral está en constante evolución, lo que genera múltiples cambios de los cuales el derecho del trabajo debe hacerse cargo (Gamonal, 2014, p. 1-19).

En un inicio, a esta nueva relación jurídica, se le aplicó el derecho común de los contratos, cuyo principio base es el de igualdad jurídica de las partes, cuestión que claramente no ocurre en una relación de trabajo, menos dentro de lo que los historiadores denominaron “Revolución Industrial”, donde el exceso de mano de obra era notorio frente a la menor oferta de trabajo, lo que trajo como consecuencia que el trabajador aceptara el empleo bajo las condiciones impuestas por el empresario: jornadas prolongadas, empleo infantil, condiciones de trabajo insalubres, entre otros (Gamonal, 2014, p. 1-19). Como consecuencia de esto, nace el Movimiento Obrero y comienza la protección del Estado: “el derecho del trabajo emerge con fuerza dejando atrás el esquema de libertad contractual del derecho civil, consagrando la intervención estatal en la relación laboral, protegiendo al trabajador y legitimando la acción colectiva de los mismos, por medio de sus sindicatos” (Gamonal, 2014, p. 13).

Uno de los objetos del derecho del trabajo, al igual que los derechos fundamentales, es proteger a parte de la ciudadanía. Sin embargo, el derecho del trabajo busca regular desde sus inicios, ya no la relación entre el Estado y el individuo, sino una relación entre privados: el patrón y el obrero. Es así cómo nace una normativa con eficacia horizontal entre particulares, distinto a lo que vimos anteriormente respecto a los derechos fundamentales, cuestión que a lo largo del tiempo ha ido cambiando, es decir, en la actualidad se da por sentado que éstos también rigen en las relaciones entre privados (Gamonal, 2015, p. 9-13). La doctrina ha explicado este fenómeno mediante la “Teoría de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales o *Die Drittwirkung Der Grundrechte*”.

## 2. TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O *DIE DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*.

La constitucionalización del derecho es un proceso de larga data y que viene a difuminar la línea divisoria entre el derecho público y el privado, toda vez que comienza a aceptarse

abiertamente por la doctrina y jurisprudencia la supremacía constitucional respecto a todo el ordenamiento jurídico. Cea Egaña refiere “En tal sentido, la Constitucionalización del Derecho es el reconocimiento práctico de la supremacía de la Carta fundamental, formulado a través del Derecho Constitucional y realizado, en todas las disciplinas jurídicas, cualquiera sea quien las estudie u opere con ellas. Tal Constitucionalización se expresa en la difusión de los principios y normas de la Carta fundamental a todo el sistema jurídico, impregnándolo de los valores de ésta...” (Cea, 1996, p. 13).

En este sentido y como hemos visto, el Estado Liberal se vincula directamente con los derechos fundamentales, los cuales buscan resguardar al individuo del poder de aquél. No obstante, con el paso del tiempo, y la evolución del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, la sociedad fue apreciando que no sólo el Estado se encontraba en una posición de poder frente al individuo, sino que otro particular también podía ejercerlo, naciendo así la Teoría de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales o *Die Drittwirkung Der Grundrechte*, la cual es una clara expresión de la Constitucionalización del derecho.

La Teoría de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales o *Die Drittwirkung Der Grundrechte*, nace a mediados del siglo XX en la Alemania de postguerra, gracias a Hans Carl Nipperdy, Presidente del Tribunal Laboral. De esta manera, primero se aplicó en materia laboral para luego ser reconocida por el Tribunal Constitucional de ese país.

El surgimiento de esta nueva doctrina tiene explicación dentro de su contexto histórico, toda vez que Alemania venía saliendo de la II Guerra Mundial, donde la vulneración de derechos fundamentales no tuvo límites, por lo que el estudio de éstos comenzó a ser primordial en el constitucionalismo alemán y comenzó a influir en otras ramas jurídicas, llegando a poner su mira en el derecho privado (Melis, 2010, p. 5-29).

Que el constitucionalismo y, específicamente, que los derechos fundamentales, comiencen a aplicarse en una relación entre privados, rompe el esquema de la premisa contractual de “igualdad entre las partes” (Bilbao, 1997, p. 241-256). Esta premisa pasa a ser meramente teórica, toda vez que la realidad comienza a darnos diversos ejemplos en que

esta igualdad no es tal y que la autonomía de la libertad no es suficiente, como lo es en el caso de la relación laboral, donde el trabajador es subordinado respecto del empleador, quien ejerce el poder de control y dirección respecto a su empresa y sus trabajadores. Es así como Melis (2010) señala que “Estos focos de poder privado han reemplazado pues al poder público en la coacción de las libertades de los ciudadanos y han pasado a ser el nuevo centro de las miradas a la hora de valorar el grado de eficacia que los derechos y libertades tienen en el ámbito social. En este contexto, el poder social o privado constituye, a no dudarlo, un fenómeno de preocupación para el orden jurídico..., en cuanto constituye una significativa amenaza para el desarrollo y plena efectividad de los derechos fundamentales... En suma, el Derecho laboral es quizá uno de los ámbitos jurídicos en donde la falacia liberal de la igualdad jurídica-formal se hace más palpable” (p. 13). Es así que para activar el aparato jurídico necesario para la protección de derechos fundamentales, no se debe tener en consideración si el ente agresor es público o privado, sino que debe considerar la naturaleza de lo lesionado, es decir, los derechos fundamentales en sí mismos (Melis, 2010, p. 15-16).

A pesar que esta teoría en su momento contó con detractores, quienes negaban la horizontalidad de los derechos fundamentales justificando su posición en que históricamente éstos buscan regular la relación individuo-Estado, y en que la autonomía de la voluntad es un principio básico dentro de las relaciones entre privados, el cual se vería transgredido al momento en que el ordenamiento jurídico protege a una de las partes de la relación contractual (Bilbao, 1997, p. 233-240); no se puede obviar que internacionalmente y en Chile específicamente, esta discusión ya está superada y es ampliamente aceptada la teoría en comento, principalmente porque existe un mandato constitucional al respecto, específicamente, en el artículo 6° de la Constitución Política de la República, el que a pesar que no la reconoce expresamente, señala: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución y grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

De esta manera, podemos apreciar que claramente el inciso segundo del artículo recién citado, el cual reconoce el “principio de la vinculación directa”, hace obligatorio el respeto de los preceptos constitucionales a los privados, por lo tanto, también hace obligatorios el respeto a los derechos fundamentales contemplados en el artículo 19 de nuestra Constitución, es decir, reconoce la horizontalidad de éstos, por lo menos, de forma tácita.

La doctrina ha dividido la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en dos: mediata o indirecta y la inmediata o directa, clasificación que veremos a continuación.

a) Teoría de la eficacia mediata o indirecta:

Según Bilbao-Ubillos, la teoría de la eficacia mediata o indirecta es “una solución intermedia que trata de sortear los escollos de orden dogmático que han venido dificultando el reconocimiento general de la «*Drittwirkung*» en su versión pura o fuerte”, es decir, se condiciona la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a estos derechos. De esta forma, los poderes públicos no sólo deberán respetar los derechos fundamentales, sino que también deberán hacerlos respetar por todos (Bilbao-Ubillos, 1997, p. 283-324).

De acuerdo con la teoría de la eficacia mediata o indirecta, la eficacia de los derechos fundamentales entre privados se efectúa de una forma indirecta, ya que éstos se filtran a través de las normas del derecho privado, ya sea mediante la vía legislativa o a través de la labor interpretativa de las normas del derecho privado que realiza el juez. Es así como la forma en que se aplicarán los derechos fundamentales al derecho privado dependerá de la mediación de un órgano del Estado (Caamaño, 2007, p. 21-22). Que sea por la vía legislativa quiere decir que “los derechos fundamentales desplegarían eficacia frente a particulares cuando y en la medida en que el legislador ordinario así lo hubiese previsto” (Bilbao-Ubillos, 1997, p. 290); por otro lado si es por la vía judicial, “los jueces por imperativo constitucional, tomarán en consideración estos derechos como criterios de integración privilegiados a la

hora de interpretar las normas de Derecho privado y, en particular, las que contengan derecho necesario” (Bilbao-Ubillos, 1997, p. 302).

b) Teoría de la eficacia inmediata o directa:

Esta teoría reconoce que son directamente vinculantes los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares (Caamaño, 2007, p. 22), en otras palabras, es la norma constitucional la que se aplica como razón primaria y justificadora de una determinada decisión, como lo señala el artículo 6° inciso segundo de la Constitución Política de la República. De esta manera, en los casos en que la ley no reconozca directamente el respeto de los derechos fundamentales, el texto constitucional, se aplicaría directamente y supliría todos los vacíos legales que pudiesen existir (Bilbao-Ubillos, 1997, p. 327).

El profesor Caamaño (2007) señala “En caso de existir, el juez tendrá que aplicar el bloque de la norma *iusfundamental* integrado por la Constitución y la ley como fundamento de su decisión... Pero de no existir norma legal, el juez habrá de ponderar en qué medida la conducta o el comportamiento de un particular... produjo una lesión de un derecho fundamental de otro particular” (p. 22).

### 3. CIUDADANÍA DE LA EMPRESA.

Es de perogrullo señalar que la relación laboral, en la que existe subordinación del trabajador al empresario, quien ejerce el control de su empresa, cumple un rol fundamental en nuestra sociedad actual, tanto para la economía como para el desarrollo individual de cada persona. Sin embargo, también, desde un tiempo a esta parte, pareciera evidente afirmar que el poder que ejerce el empleador sobre sus trabajadores no puede ser absoluto, debiendo tener límites (Gamonal, 2015, p. 38) y, es aquí cuando surge la pregunta de cuáles son los límites que se le deben imponer al empleador, pregunta que, de acuerdo con lo que hemos venido exponiendo, puede ser contestada a través de la teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales.

Para Bilbao-Ubillos “A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la «*Drittwirkung*» de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales (...) La empresa, como organización económica, estructurada jerárquicamente, genera una situación de poder y, correlativamente, otra de subordinación. Los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) constituyen, por tanto, una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la ejecución de la prestación laboral (...) El centro del trabajo ha dejado de ser una zona franca en la que el empresario ejercía una autoridad absoluta, con la consiguiente escisión entre el status general de ciudadano y el status de trabajador subordinado” (245-248). En ese sentido, el concepto de ciudadanía de la empresa vendría siendo la aplicación de la teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales en la relación laboral, relación entre particulares por excelencia.

De esta forma, podemos ver que la ciudadanía de la empresa no hace más que reconocer que el trabajador es ciudadano tanto dentro como fuera de la empresa, siendo titular de derechos fundamentales que emanan de su condición de persona dentro de la relación laboral (Caamaño, 20017, p. 20), “(...)actualmente, nos enfrentaríamos a la verdadera entrada de la democracia a la empresa, y la inserción del trabajador al ámbito laboral ya no solo como un factor de producción, sino como ciudadano titular de derechos fundamentales; en realidad, titular de un conjunto complejo de derechos” (Ruay, 2014, p. 132). La importancia de este reconocimiento radica en las particularidades que tiene el derecho del trabajo en relación con otras ramas del derecho. Como señala Gamonal, el contrato de trabajo establece a favor de una de las partes, en este caso, el empleador, una facultad sancionatoria establecida por ley respecto de la otra parte, el trabajador, la cual deriva de la facultad de mando y de su poder disciplinario, es decir, existe una de las partes que tiene cierta potestad sobre la otra, siendo esta situación un caldo de cultivo para extralimitaciones en el ejercicio de ese poder (Gamonal, 2004, p. 2), poder que el constituyente y el legislador deben limitar, ya sea a través de garantías constitucionales o a través de la ley.



Ahora bien, cuando hablamos de ciudadanía de la empresa, hay que especificar que los derechos fundamentales a los que nos referimos no corresponden a los derechos fundamentales laborales propiamente tal (derechos fundamentales laborales específicos) como la libertad de trabajo o el derecho a sindicación o a huelga, sino que a aquellos que el trabajador detenta más allá de su calidad de tal, en cuanto a persona o ciudadano (Gamonal, 2007, p. 7), es decir, derechos civiles que traspasan la relación laboral; y que por lo demás, en la empresa, conviven derechos fundamentales de los trabajadores y los del empleador, cuestión que puede suscitar una colisión de derechos fundamentales.

#### 4. RECONOCIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE EN MATERIA DE DERECHO DEL TRABAJO.

La teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es reconocida a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, reconocimiento que va desde preceptos constitucionales hasta resoluciones administrativas.

##### 4.1. RECONOCIMIENTO A NIVEL CONSTITUCIONAL:

A nivel constitucional, el reconocimiento a la eficacia directa y horizontal de los derechos fundamentales puede apreciarse en el artículo 6° inciso segundo de la Constitución Política de la República<sup>1</sup>, el cual, a pesar de no ser un reconocimiento expreso, consagra el principio de la vinculación directa de la Constitución y es una clara expresión de la Constitucionalización del Derecho. Su importancia radica en que señala que están obligados a los preceptos constitucionales tanto órganos del estado como toda persona, institución y grupo, lo que implica que debe existir respeto a la Constitución también por parte de privados y que no se puede desconocer que los derechos fundamentales constitucionales, señalados en su mayoría en el artículo 19 de la Constitución, deben ser respetados por todos, sin distinción entre público o privado (Ugarte, 2011, p. 121). La Constitucionalización del Derecho también afecta al Derecho del Trabajo, lo cual se verifica cuando hablamos de

---

<sup>1</sup> “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución y grupo”.

ciudadanía de la empresa, es decir, se verifica con la aplicación de los derechos fundamentales inespecíficos al contrato de trabajo.

El artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, también implica un reconocimiento de los derechos fundamentales en una relación entre privados, prohibiendo la discriminación en la relación laboral, Caamaño (2007) señala que este precepto “amplía el alcance de esa prohibición de discriminación al extenderla no sólo a la ley y a las autoridades públicas, sino que también a los particulares, lo que es naturalmente propio de las relaciones jurídicas a que da lugar el trabajo subordinado (p. 70-71).

Asimismo, podríamos indicar como otra expresión de reconocimiento de la teoría en comento es que toda persona que vea que sus derechos fundamentales o los de otro sean privados, perturbados o amenazados, ya sea por una acción u omisión, podrán ejercer la acción de protección que la propia Constitución prevé para el resguardo de ciertos derechos fundamentales, sin importar de quién provengan dichas privaciones, amenazas o perturbaciones. Dicha acción se encuentra en el artículo 20 de nuestra Constitución<sup>2</sup>, el cual a pesar de no resguardar la totalidad de las garantías constitucionales incluidas en el catálogo del artículo 19 del mismo cuerpo constitucional, sí otorga al ciudadano un medio para proteger sus derechos fundamentales, el que se podrá ejercer tanto contra privados como contra órganos públicos. En el derecho laboral nacional, esta acción tuvo relevancia en el pasado, cuando nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de reconocer el respeto de las garantías constitucionales, no había previsto acción especial alguna para aquello.

Ahora bien, si existe un reconocimiento constitucional, la ley no puede más que contemplar la horizontalidad de los derechos fundamentales; es así como surgen las

---

<sup>2</sup> “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”

preguntas: ¿Qué pasa en el derecho laboral? ¿Cómo es el reconocimiento de los derechos fundamentales en materia de derecho laboral en Chile?

#### 4.2. RECONOCIMIENTO DEL CÓDIGO DEL TRABAJO:

En derecho laboral existe en la actualidad norma expresa, específicamente en el artículo 5° inciso primero del Código del Trabajo: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Sin embargo, el artículo 5° recién citado se incorpora a nuestra legislación hace pocos años, si consideramos la fecha en que data el comienzo de la discusión sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados; se incorpora específicamente el año 2001, gracias a la Ley 19.759, y su relevancia, como lo señala ampliamente la doctrina, es que reconoce dentro de la normativa laboral el respeto de los derechos laborales inespecíficos, es decir, reconoce expresamente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales que no son laborales propiamente tal (Gamonal, 2004, p. 57). Más allá de este tardío reconocimiento, la Ley 19.759 fue criticada en su oportunidad, puesto que este reconocimiento se consideró insuficiente para la protección de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, toda vez que no previó una acción procesal determinada para defenderlos.

Otra norma que reconoce el respeto de los derechos fundamentales en el derecho laboral es la prevista en el artículo 2° inciso 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° del Código del Trabajo, mediante el cual se incorpora en materia laboral la dignidad de la persona y el principio de no discriminación<sup>3</sup>, derechos fundamentales ya reconocidos constitucionalmente. De esta

---

<sup>3</sup> Artículo 2° inciso 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° del Código del Trabajo: “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que

forma, nuestro ordenamiento jurídico nuevamente da cuenta de la eficacia de los derechos fundamentales en una relación entre particulares, como lo es la laboral y, asimismo, el legislador introduce lo dispuesto por los Convenios N° 100 (1951) y 111 (1958) (sobre todo este último) respecto a no discriminación, ambos ratificados por Chile el 20 de septiembre de 1971. Cabe agregar que con la entrada en vigencia de la Ley 20.940 modifica el artículo en mención e incorpora más motivos de discriminación de los que había en el catálogo de la Ley 19.759, cuestión que será de gran importancia para la presente Memoria, toda vez que se agregan los conceptos de género y orientación sexual, omitidos anteriormente por el legislador.

Finalmente, la doctrina nacional señala como otra expresión de reconocimiento a los derechos fundamentales dentro de nuestro Código del Trabajo, las modificaciones efectuadas por la Ley 19.759 en materia de Reglamento Interno, especialmente por lo señalado en el artículo 154 y 154 bis, toda vez que reconocen el derecho a la dignidad e intimidad del trabajador<sup>4</sup>

---

tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

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, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza”.

<sup>4</sup> Artículo 154 inciso final del Código del Trabajo: “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 20.087 del año 2005, no se puede obviar que el legislador refuerza el reconocimiento a la eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral, toda vez que incorpora a nuestro Código del Trabajo, a través de los artículos 485 y siguientes de este cuerpo legal, un mecanismo para tutelar los derechos fundamentales. Este mecanismo de tutela se esperaba con ansías por la doctrina, toda vez que criticó ampliamente a la Ley 19.759 en cuanto a que no entregaba los medios procesales específicos e idóneos para hacer valer el respeto a las garantías constitucionales que el artículo 5° del Código del Trabajo contemplaba (Ugarte, 2011, 124), llegando a considerarse los derechos fundamentales en materia laboral como derechos de papel; es así como el legislador se hace cargo de esta crítica y establece esta nueva acción de tutela laboral de derechos fundamentales, mea culpa que se aprecia en el mensaje presidencial de la Ley 20.087, el cual señala “Uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona [...] Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos [...] a través de un procedimiento especial que dé cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección”.

Finalmente, es posible concluir que con este reconocimiento que efectúa nuestro Código del Trabajo, no se hace más que aplicar la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de forma directa.

#### 4.3. RECONOCIMIENTO A NIVEL DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

En cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales efectuado por resoluciones administrativas, podríamos decir que la Dirección del Trabajo ha sido el órgano que ha aplicado la teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales de forma más anticipada, siendo pionera y precursora en esta materia, toda vez que reconoce a los derechos fundamentales como límites a un particular, como lo es el empleador en la relación

---

Artículo 154 bis del Código del Trabajo: “El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”.

laboral, con anterioridad a que haya sido reconocido por la doctrina, la Constitución o las leyes.

De esta manera, vemos que a través del dictamen N° 3965, de fecha 05 de junio de 1969, la Dirección del Trabajo ya hace un guiño a esta teoría, toda vez que reconoce la “dignidad” del trabajador, en relación a un sistema de revisión y control a la salida de los trabajadores: “es atentatorio contra la dignidad del trabajador sometido a este tipo de controles en su persona”. Si bien no es un reconocimiento absoluto, sí corresponde a uno incipiente y que da pie a que luego los derechos fundamentales inespecíficos sean considerados abiertamente por dicho organismo, lo que sucede el año 1978, por el dictamen N° 338, el cual menciona a los derechos garantizados por la constitución: “esta Dirección ha sostenido reiterada y categóricamente que la revisión de especies a los trabajadores atenta contra la dignidad y honra, derechos que se encuentran consagrados por precepto de rango constitucional [...]”. Sin embargo, el año 1982 (Lizama y Ugarte, 1998, p. 165-176), mediante el dictamen N° 2449, por primera vez, se cita expresamente una norma constitucional como fundamento “la revisión de los efectos personales y la inspección corporal de los trabajadores atenta contra su dignidad y honra, toda vez que con ello se estaría infringiendo el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, el cual, en su inciso primero asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”. Dicho dictamen también se pronunció en relación con un sistema de control para los trabajadores (Gamonal, 2004, p. 27).

## 5. FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA LABORAL.

Luego de analizar los planteamientos de la teoría de eficacia horizontal de los derechos fundamentales y de la ciudadanía de la empresa, podemos llegar a concluir que la principal función de los derechos fundamentales en materia laboral es limitar el poder del empleador, de tal manera que éste, en el ejercicio de su poder de dirección de la empresa<sup>5</sup> no transgreda

---

<sup>5</sup> Respecto al poder de dirección, la Dirección del Trabajo, mediante Dictamen N° 6077/405, de fecha 10 de diciembre de 1998, lo define como conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico

principios mínimos de convivencia social, emanados de la dignidad que cada uno posee como persona y ciudadano, más allá de la calidad de trabajador. En este mismo sentido, Gamonal señala que los derechos fundamentales actúan como un escudo defensor frente a cualquier centro de poder que pueda vulnerarlos en alguna forma, lo que hace indudable que las facultades empresariales tengan como límites a estos derechos, considerando que en la relación laboral, típica relación entre privados, se le reconoce abiertamente a una de las partes cierto poder sobre la otra, es decir, imponiéndole estos límites al empleador, se está cumpliendo el objetivo tradicional del derecho del trabajo (Gamonal, 2007, p. 9-13).

Por lo demás, en el artículo 5° inciso 1° del Código del trabajo se hace mención expresa a la función que cumplen los derechos fundamentales en materia del trabajo; debiendo recalcar que este límite establecido debe aplicarse sobre todas las “facultades del empleador”, en el sentido amplio, es decir, considerando su potestad de mando, de reglamentación y disciplinaria, potestades que la ley le entrega al empleador. Ahora bien, en cuanto a los efectos de esta norma, es decir, en cuanto a que las facultades empresariales están limitadas por las garantías constitucionales del trabajador, en especial cuando pudieren afectar su intimidad, vida privada y honra, debemos señalar que estas últimas garantías no son taxativas, por lo tanto, se deben considerar tanto los derechos fundamentales propiamente laborales como los inespecíficos consagrados tanto constitucionalmente como por consagrados en tratados internacionales, en virtud de lo señalado por el artículo 5° de la Constitución Política de la República (Gamonal, 2007, p.13).

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, no se puede obviar lo que indica Gamonal (2004) respecto a que estos límites operarán en negativo respecto de las facultades que detenta el empleador, a saber, el empleador está obligado a respetar los derechos fundamentales, pero no debe modificar su estructura productiva a fin de facilitar el ejercicio de estos; y, además, nos recuerda que en la relación laboral, tanto el trabajador como el

---

laboral reconoce al empleador con el objeto de: a) Organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad de mando recibe el nombre de poder de dirección; b) Mantener la disciplina y el orden dentro de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad es poder disciplinario y; c) Adecuar la naturaleza de los servicios a los requerimientos de la empresa, establecimiento o faena, ya sea en cuanto a la naturaleza de los servicios, al lugar, o, a la duración y distribución de la jornada de trabajo, en este caso la potestad de mando se manifiesta como *ius variandi* .

empleador son sujetos titulares de derechos fundamentales, los cuales podrán colisionar entre ellos, debiendo operar en ese caso, el principio de proporcionalidad (p.21).

## 6. LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA LABORAL.

Si bien hasta el momento tenemos claro el concepto de derechos fundamentales, cómo operan estos, y cuál es el catálogo de derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento en materia laboral; es necesario esclarecer si estos son absolutos o admiten límites. Debemos tener presente que, para aquello, a pesar de que se debe propender a la plena aplicación de éstos, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que pueden ser válidamente limitados a través de otros derechos fundamentales (como los del empleador, en colisión a los del trabajador), otros bienes, la moral, el orden público y el bien común. Sin embargo, estos límites a los derechos fundamentales tampoco pueden ser absolutos (Caamaño, 2007, p. 43).

Entonces, según lo anterior, los derechos fundamentales sí admiten límites, pero estos a su vez no pueden ser absolutos, por lo que podemos preguntarnos: ¿cómo sabemos cuándo se lesionan los derechos fundamentales? La respuesta a esta pregunta nos la otorga el mismo artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo, el cual señala expresamente que “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”, es decir, para que se pueda limitar un derecho fundamental es necesario que se respete el principio de proporcionalidad y que se respete el contenido esencial del derecho fundamental que se busca limitar (Caamaño, 2007, p. 43), en concordancia con lo establecido por el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en



El mayor problema a la hora de hablar de limitación de derechos fundamentales no es el que surge cuando el empleador ejerce facultades que la ley no contempla a su favor, toda vez que la medida adoptada por él es ilegal, por lo que para quien debe resolver esta controversia, el juez, sólo deberá hacerse valer por los mecanismos que le entrega nuestra legislación laboral; sino que el mayor problema surge a la hora en que el derechos fundamentales del trabajador se ve lesionado en virtud de una facultad que la ley le entrega al empleador, como lo es el poder de dirección y el disciplinario, los cuales tienen su fundamento en la libertad de empresa (artículo 19 N° 21 de la Constitución), el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución). De esta forma, se concluye que el mayor problema para el juez se generará cuando exista una colisión de los derechos fundamentales del trabajador y los derechos fundamentales del empleador.

Ante la colisión de derechos fundamentales de dos sujetos titulares de estos, como lo son el trabajador y el empleador, Robert Alexy busca aproximarse a una solución y señala que en este caso existirá una ponderación de principios. Este autor distingue entre reglas y principios (siendo ambos normas, toda vez que dicen lo que debe ser), teniendo los derechos fundamentales el carácter de principios. Las reglas nos entregan un mandato definido, mientras que los principios un mandato de optimización, es decir, que lo que estos ordenan pueda ser cumplido en la mayor medida posible. Es así como cuando existe un conflicto de reglas, rige una, declarando necesariamente inválida a la otra, a no ser que exista una cláusula de excepción. En cambio, cuando existe una colisión de principios, un principio precede al otro, pero este último no es inválido, sino que tan sólo predomina el otro, en ese caso específico y bajo ciertas condiciones, a saber, se ponderan principios. La ponderación de principios va de la mano con la máxima de proporcionalidad, la cual nos permitirá determinar qué principio predomina sobre otro cuando existe una colisión de éstos (Alexy, 1993, p. 81), en un caso específico, como lo señala Ugarte (2011): “Esa asignación de peso o importancia de los derechos colisionados, en todo caso, corresponde a una relación de precedencia condicionada (Alexy) o de jerarquía móvil (Guastini), que se construye desde el caso

---

los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”

concreto, y no tiene el carácter de absoluta o fija, porque nada impide que en otros casos se revierta la jerarquía de derechos utilizada, y triunfe el derecho fundamental ahora derrotado” (p. 153).

Dentro del principio de proporcionalidad, encontramos tres subprincipios que han sido latamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto; y la importancia de la solución que nos entrega a Alexy es que el derecho laboral nacional ha acogido el método ponderativo de este autor como solución a la colisión de derechos fundamentales en sede laboral, lo que el legislador reconoce al momento de establecer la acción de tutela laboral (Ruay, 2014, p. 134) y al momento de exigir los requisitos señalados en el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo (Gamonal, 2007, p. 33).

Sin perjuicio de aquello, no solo el legislador reconoce este método, sino que también lo hace la jurisprudencia administrativa, la cual, respecto al principio de proporcionalidad señala que “el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora, tendrá que cumplir con el ‘principio de la adecuación’, que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; con el "principio de necesidad", según el cual la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de manera tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el ‘principio de proporcionalidad en sentido estricto’, a partir del cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción”<sup>7</sup>

En el caso que no se cumpla con el principio de adecuación, la medida que pueda tomar el empleador será arbitraria; si no se cumple con el principio de necesidad, la medida no tendrá la justificación suficiente; y si no cumple con el principio de proporcionalidad

---

<sup>7</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2210/035, de fecha 10 de junio de 2009.

propiamente tal, el que exige racionalidad respecto al objeto y a los efectos de la medida, la medida será desproporcionada y afectará la esencia del derecho fundamental, respectivamente (Gamonal, 2007, p. 34).

Ahora bien, otro de los requisitos que el artículo el 19 N° 26 de la Constitución y el artículo 485 del Código del Trabajo exigen respecto a las limitaciones que puedan sufrir los derechos fundamentales es que estas no afecten a la esencia estos. El problema surge a la hora de determinar a qué nos referimos cuando hablamos de esencia del derecho, en ese sentido nuestro Tribunal Constitucional señala: “Siguiendo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas (Rol N° 226, considerando 47º). El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación”<sup>8</sup>.

También resulta ilustrativo a la hora de definir la esencia del derecho, lo señalado por Nogueira, quien postula que la esencia de los derechos fundamentales corresponde configurarla a partir del sistema coordinado y armonizado del todo constitucional, considerando para estos efectos el tratamiento que tanto a nuestra Carta Fundamental como

---

<sup>8</sup> Sentencia Rol 280 del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de octubre de 1998.

los tratados internacionales ratificados y vigentes efectúan respecto los derechos en su articulado, excluyendo la regulación legal del ejercicio de estos; es más, el legislador sólo puede desarrollar o explicitar ese contenido esencial del derecho. Respecto a la labor que tendría el Tribunal Constitucional y a los tribunales superiores de justicia en esta tarea, Nogueira plantea que, al no ser órganos constituyentes, ellos deben interpretar y aplicar la normativa constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución (Nogueira, 2005, p. 56-60).

## 7. DERECHOS FUNDAMENTALES TUTELADOS EN CHILE EN MATERIA DE DERECHO DEL TRABAJO.

Ahora que podemos afirmar que en materia del derecho del trabajo en Chile sí existe un reconocimiento de los derechos fundamentales tanto por la Constitución, la ley y la jurisprudencia administrativa y que existe un procedimiento especial dentro del derecho laboral para su protección, es natural intentar darle contenido a los derechos fundamentales de los que hemos estado hablando, por lo que es válido preguntarse cuáles son los derechos fundamentales específicamente reconocidos en Chile en materia laboral.

La doctrina, siguiendo a Palomeque y Álvarez de la Rosa (2008), es conteste en clasificarlos en derechos fundamentales propiamente tales y los derechos fundamentales personales o inespecíficos. El primer grupo consiste en aquellos que son por esencia laborales y que le corresponden al trabajador por su naturaleza de tal, es decir, la libertad de trabajo, la negociación colectiva y la libertad sindical; y el segundo grupo son aquellos que le pertenecen al trabajador como ciudadano, no por ser trabajadores, es decir, son aquellos en que “sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de persona del trabajador, tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1); derecho de igualdad y de no discriminación (19 N° 2 y 16); libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N° 6); derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N° 4); inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5); libertad de opinión- expresión- e información (artículo 19 N° 12); derecho de reunión (artículo 19 N° 13); y

libertad para el ejercicio de libertades económicas (artículo 19 N°s 21 y 22)” (Melis, 2010, p. 63).

Sin embargo, no se trata de que estas categorías sean excluyentes, todo lo contrario, ambas se deben complementar con el fin de resguardar los derechos de los trabajadores; sostener lo contrario sería retroceder en materia de la horizontalidad de los derechos fundamentales y sería postular que el trabajador no sería sujeto de derechos fundamentales no laborales, y que tampoco podría recurrir a estos dentro de la relación laboral; cuestión que como vimos, es rechazada tanto por la doctrina como por nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.

Sin perjuicio de lo ya señalado y a pesar del reconocimiento que existe respecto de los derechos fundamentales inespecíficos aplicable en materia laboral, no se puede pasar por alto que el artículo 485 incisos 1° y 2° de nuestro Código del Trabajo<sup>9</sup> restringe los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento de Tutela Laboral, toda vez que señala un catálogo taxativo de los derechos que se busca resguardar con esta acción, los cuales son: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; la libertad de conciencia y culto; libertad de opinión; libertad de trabajo; y derecho a la no discriminación (artículo 2° del Código del Trabajo), excepto respecto a las ofertas de trabajo. Adicionalmente, se incluyen las vulneraciones a la libertad sindical (artículo 292 del Código del Trabajo) y represalias del empleador contra trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en calidad de tal (estas dos últimas son agregadas por la Ley 20.974), o bien como

---

<sup>9</sup> Art. 485 inciso 1° y 2°: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”

consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, derecho conocido como derecho a la indemnidad laboral.

En cuanto al derecho de no discriminación, fundamental en el presente trabajo, se debe destacar que hace referencia al establecido en el artículo 2° del Código del Trabajo y no al señalado en el artículo 19 N° 16 inciso 3° de la Constitución Política de la República, cuestión que incluso es calificada de “zarpazo” por José Luis Ugarte, toda vez que restringe la “lista de criterios considerados sospechosos”, omitiendo algunos de gran importancia, como discriminación por enfermedad (Ugarte, 2011, p. 142), y porque omite deliberadamente a las discriminaciones efectuadas por vía de las ofertas de trabajo, cuestión que claramente afecta al trabajador en cuanto a su libertad de trabajo, pasando por alto el precepto constitucional (artículo 19 N° 16) que solo tolera la distinción de trato en base a capacidad o idoneidad personal. Estas restricciones son criticables considerando que atentan contra el objetivo primordial del procedimiento de tutela laboral que se buscó con la reforma laboral de la Ley 20.087, el cual se plasma en el mensaje presidencial de esta ley: “Uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (...). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas”<sup>10</sup>. De esta forma, es perfectamente cuestionable que se pueda obtener la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en cuanto persona, si es la propia ley la que los restringe, fuere de la forma que fuere.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, así como se critica las deficiencias que podemos encontrar en la ley, agradecemos que el legislador incorpore dentro del catálogo de derechos tutelados por esta nueva acción prevista por la Reforma Laboral, el derecho de indemnidad, resguardando al trabajador respecto de las represalias que puede sufrir al ejercer acciones judiciales y por la fiscalización que pueda ejercer la Dirección del Trabajo; derecho de indemnidad que se ve enriquecido con la Ley 20.074 que también considera como represalias las sufridas cuando el trabajador es participa o es ofrecido como testigo.

---

<sup>10</sup> Mensaje Presidencial Ley 20.087.

## CAPÍTULO II: PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.

### 1. IDEAS PRELIMINARES

El mundo actual, totalmente globalizado, nos ha abierto los ojos respecto de todas las diferencias que existen entre los distintos componentes de esta sociedad, quienes pueden ser diversos en sus creencias, convicciones, cosmologías, edad, sexo, etnias, etc. Esto queda de manifiesto en el Chile actual, el cual ha recibido el último tiempo una gran cantidad de extranjeros y ha legislado en algunas materias impensadas antiguamente en un país tan conservador, ejemplo de esto es el acuerdo de unión civil, institución que, a diferencia del matrimonio, puede celebrarse por parejas del mismo sexo.

La discriminación, tema central del presente trabajo, finalmente, tiene mucho que ver en cómo nosotros como sociedad, reaccionamos a lo distinto. Lo distinto no tiene por qué ser visto con malos ojos, es más, debemos ir más allá y entender lo enriquecedor que puede llegar a ser para un país, puesto que se va nutriendo de otras formas de vida, costumbres y perspectivas, por esto, es tanto el aporte social que nos puede brindar, que debemos establecer mecanismos para protegerlo y que no se vea afectado. Sin embargo, muchas veces lo distinto, lo minoritario y el cambio en una sociedad puede generar rechazo por parte de la ciudadanía, la cual ve afectado su status quo y, es aquí donde todos tenemos algo que aportar, para que lo distinto vaya permeando de a poco en la sociedad y no sea discriminado y excluido por ser tal.

El principio de no discriminación ha sido reconocido en nuestro sistema jurídico y se encuentra íntimamente vinculado con el principio de igualdad, por lo que es necesario analizar estos conceptos para luego ver cómo estos se operan en el ámbito del derecho del trabajo.

#### 1.1. Principio de igualdad.

Previamente a avocarnos a la no discriminación, cuestión fundamental para el presente trabajo, referirnos a la igualdad pasa a ser una pieza clave en esta tarea, puesto que como lo señala Severin, la primera es un requisito de la segunda (Severin, 2012, p. 59-86).

No podemos obviar el papel que ha jugado la igualdad en la humanidad, siendo bandera de lucha de la Revolución Francesa y pilar de la democracia, lo que la ha llevado a ser reconocida constitucionalmente en gran parte del mundo desde el siglo XIX. Sin embargo, el concepto de igualdad ha ido cambiando con el tiempo. Inicialmente, se trataba de un concepto meramente formal en el sentido que se basaba en la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos y en que bastaba con que la ley fuera abstracta y general para que se tuviese por cumplido con el principio de la igualdad ante la ley, en otras palabras, solo protegía al ciudadano en cuanto a la aplicación de la ley, pero no implicaba protección jurídica alguna respecto del legislador, por lo que para que hubiese igualdad era suficiente con que se cumpliera con el principio de legalidad. Como lo explican Lizama y Ugarte (1998), en un comienzo se entendía por igualdad ante la ley como la igual repartición de la capacidad jurídica y la generalidad prescriptiva de la ley, preocupándose de establecer las reglas del juego, sin considerar quienes jugarán ni para qué se juega (p. 187-188).

Posteriormente, con la crisis del Estado Liberal y los cambios socioeconómicos que se fueron produciendo a fines del XIX y principios del siglo XX, los cuales hicieron necesaria una mayor intervención por parte del Estado para corregir en cierta manera las desigualdades de aquel entonces, se le fue dotando de un contenido diverso al principio de igualdad, en cuanto a que debía tratarse no solo de igualdad formal, sino que también material, por lo que el Estado no sólo no debe dictar normas discriminatorias, sino que, además, debe tomar las medidas necesarias para lograr la igualdad efectiva de todos los ciudadanos (Suazo, 2000, p. 144). Es así como el concepto comienza a mutar y se entiende como parte de la igualdad el que “las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo” Nogueira, 2006, p. 806), tal como ocurre en el derecho del trabajo, donde se le comienza a otorgar una mayor protección a la parte más débil, al trabajador. De esta forma, “mientras la igualdad formal implica los principios de diferenciación y de equiparación, la igualdad material reclama el principio de compensación” (Severin, 2017, p. 162).

Podemos concluir que el principio de igualdad se ha ido construyendo conforme pasa la historia, que ha estado lejos de ser un concepto estático, que es relacional, es decir, que lleva



consigo un elemento de comparación, y que ha sido recogido de manera generalizada por diversas constituciones, al igual que el principio de discriminación, el cual siempre viene a complementar al principio de igualdad; principios que trascienden al ordenamiento jurídico que los reconoce y los hace efectivos incluso en las relaciones entre privados, como lo que ocurre en el derecho del trabajo.

## 1.2. El principio de no discriminación y su relación con el principio de igualdad.

Entendiendo a qué nos referimos con el principio de igualdad, podemos concluir, tal como lo señala ampliamente la doctrina, que la igualdad no es suficiente (Caamaño, 2007, p. 49), sino que es necesario considerar al principio de no discriminación para alcanzar su cabal conceptualización. La doctrina está conteste en que entre el principio de igualdad y el de no discriminación existe un vínculo indestructible, es más, podríamos llegar a decir que ambos conceptos son dos caras de una misma moneda, ya que “el principio de igualdad se entiende con un contenido múltiple: manda tratar de un modo igual a los iguales (principio de igualdad), pero, en estricto orden inverso, prohíbe tratarlos de modo distinto sin justificación (principio de no discriminación)” (Lizama y Ugarte, 1998, p. 196). De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico no puede más que reaccionar ante la diversidad de los componentes sociales y entregar los medios necesarios para que pueda ser protegida.

En este mismo sendero, el de encontrar el vínculo entre ambos principios, Suazo concluye que “...el principio de no discriminación es una de las más claras manifestaciones de la igualdad. Pero, desigualdad de trato no es sinónimo de conducta discriminatoria. El principio de no discriminación, aunque originalmente derivado del principio de igualdad formal, ha ido aproximándose progresivamente al plano sustantivo, alcanzando en la actualidad un status propio. Además tendría formalmente un origen mucho más reciente que la exigencia de igualdad y se trataría de un concepto en continua evolución” (2000, p.147).

Analizando el principio de no discriminación, vemos que no basta con tratar igual a los iguales y distinto a los distintos, sino que se requiere de criterios o categorías que nos indiquen cuándo tratar de forma desigual a alguien es injustificado y poco razonable, siendo

aquí cuando comienza a aparecer el principio de no discriminación, ya que éste otorga el contenido que necesita el principio de igualdad.

## 2. DISCRIMINACIÓN.

### 2.1. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN.

La discriminación, en comparación con el principio de igualdad, es un concepto que es jurídicamente reconocido hace poco tiempo. Es más, fue recién a mediados del siglo XX en el que los textos de derecho internacional comienzan a hacer mención al principio de no discriminación, siendo pionera en este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual en su artículo 7° señala “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. A pesar de la importancia de este precepto, éste no define al principio de no discriminación, sino que sólo hace referencia a él.

La importancia de reconocer el principio de no discriminación es que surge el derecho a no ser discriminado, el cual es un derecho fundamental reconocido nacional e internacionalmente por ser inherente al ser humano y por emanar de su dignidad y de su esencia como individuo. Es por esto que cualquier diferenciación, exclusión o preferencias sin justificación o razonabilidad por fundarse en criterios reprochables, como el sexo o la raza, son prohibidas, es decir, como lo indica Ugarte (2013), cuando hablamos de no discriminación no nos referimos a un derecho a igual trato, sin importar las circunstancias, sino que nos referimos al derecho a no ser objeto de diferencias injustificadas por motivos o criterios prohibidos o sospechosos (p. 1).

Ahora bien, retomando la definición de discriminación, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no nos entrega una definición de discriminación<sup>11</sup>, Nogueira

---

<sup>11</sup> No debemos olvidar que el primer instrumento internacional que nos entrega una definición de discriminación es el Convenio 111 de la OIT, el cual analizaremos con posterioridad en el presente trabajo, y lo hace en relación al empleo.

(2006) sí nos entrega una aproximación al concepto en comento, el cual corresponde a “la diferencia arbitraria, es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado” (p. 808). A su vez, para Caamaño (2007), “la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado como injustificado o arbitrario” (p. 49).

Nuestro legislador también nos entrega una definición de discriminación arbitraria en el artículo 2° de la Ley 20.609 “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”. La importancia de este artículo, además de entregarnos una definición, es que menciona claramente que cuando hablamos de discriminación arbitraria, hablamos de un acto que carece de justificación razonable y que puede ser efectuada por agentes del Estado y particulares.

De los conceptos que hemos entregado, podemos concluir que, dentro del principio de no discriminación, el cual tiene reconocimiento constitucional en nuestro país y es reconocido como un derecho fundamental, es un elemento trascendente el criterio en virtud del cual se discrimina a otro, es más, en cuanto a la estructura de este derecho, Borillo distingue tres elementos: *tracto*, *critérium* y *spatium*. El elemento *tracto* se refiere a tratar de manera diferente a personas en situaciones parecidas y sin un motivo razonable; el de *critérium* se refiere al criterio de discriminación y el elemento *spatium* hace referencia al

perímetro de protección contra la discriminación, a qué tan amplio es su ámbito de protección (Borillo, 2013, p.547-554).

A pesar de que estos tres elementos configuran la estructura del principio de no discriminación, nos centraremos más respecto al criterium, criterio de discriminación o factor de discriminación, concepto que la doctrina le ha puesto diversos nombres, pero que en lo sustantivo es lo mismo. La razón por la que nos centraremos más en este elemento radica en que posteriormente analizaremos con mayor detención tres criterios de discriminación en específico como lo son: el sexo, orientación sexual e identidad de género.

## 2.2. CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN:

Para poder determinar cuándo estamos frente a una diferencia arbitraria que va a vulnerar el principio de discriminación, es necesario establecer criterios o factores de diferenciación que sean considerados como poco razonables o injustificados per se y que nos permitan determinar las categorías de los “iguales” y los “distintos”, toda vez que “[l]a discriminación no equivale a distinción o desigualdad a secas, ya que ambas ideas se refieren a la conducta de diferenciar dos entidades para dispensar tratamientos distintos a cada una, sin embargo, y he aquí la diferencia, la primera es una distinción en que el criterio para efectuarla es arbitrario o injustificado, mientras que en el segundo caso, la distinción se hace a base de un criterio justificado, racional o razonable (...) La discriminación, entonces, es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad” (Lizama y Ugarte, 1998, p-200-201). Es así como advertimos que, para determinar cuándo estamos frente a la discriminación o no, debemos establecer qué situaciones implican diferencias jurídicas relevantes que nos obliguen a considerarlas como carentes de razonabilidad e injustificadas, o bien, a considerarlas como desigualdades justificadas. Estos criterios nacen a partir del reconocimiento que como sociedad hagamos respecto de los grupos de personas que se encuentren susceptibles de vulneración y que requieran protección frente a discriminaciones (Severin, 2017, p. 158).

En este mismo sentido, los criterios de diferenciación permitirán al sujeto obligado por el principio de igualdad a construir las categorías esenciales de lo igual y lo desigual, quienes serán comprendidos en una o en otra y después, sólo después, se podrán asignar a los seres el tratamiento igualitario o diferenciado según corresponda (Lizama y Ugarte, 1998, p. 200-201). Para determinar los criterios de diferenciación, Lizama y Ugarte (1998), basándose en jurisprudencia norteamericana, señalan que existen dos tipos de criterios, toda vez que existe una diferencia entre aquellos que los textos legales enumeran explícitamente y aquellos criterios que no se encuentran enumerados, por lo que los clasifican en criterios sujetos a razonabilidad” y los “criterios sujetos a sospecha” (p. 207-217).

a) Criterios sujetos a razonabilidad:

Estos son los criterios que no son enumerados por los diversos textos legales, de tal manera que su determinación puede producirse de forma negativa y residual. Estos criterios fundamentan su licitud o ilicitud jurídica en la existencia o inexistencia de una justificación objetiva y razonable que apoye la adopción del criterio en cuestión, por lo que cuando alegamos que estamos frente a este tipo de criterios, se debe fundamentar arduamente su falta de objetividad. Para que sea más claro: en estos casos, cualquier criterio de diferenciación puede ser catalogado de discriminatorio si cumple con algunos requisitos de falta de objetividad o justificación.

En nuestra Constitución Política de la República, encontramos un claro ejemplo de esta clasificación, específicamente, en el artículo 19 N° 2, el cual no prevé enumeración de criterios de discriminación alguna, sino que solo exige que las discriminaciones no sean arbitrarias, dejando entrever que no existe un catálogo preestablecido de criterios de discriminación.

b) Criterios sujetos a sospecha:

Los criterios sujetos a sospecha comprenden todos aquellos que son enumerados por los textos legales como inadmisibles para generar una distinción de trato, sea que se trate en razón del sexo, raza, etnia o se trate religión, nacionalidad, entre otros.

Analizando el derecho comparado, la mayoría de las legislaciones enumeran un catálogo de criterios de discriminación, y estos criterios pasan a ser una presunción de ilicitud, pudiendo únicamente ser considerados como distinción de trato en casos fundados, por lo que, además, cuando estamos frente a estos, no se requiere fundamentar mayormente su ilicitud. De esta forma, los criterios que no se encuentran dentro del catálogo, no son reprochados jurídicamente, por lo menos, en principio.

Dentro de nuestro sistema jurídico podemos encontrar un ejemplo claro, como lo es el artículo 2° del Código del Trabajo, el cual enumera los factores de discriminación, los cuales, con el tiempo, incluso, han ido aumentando en número.

#### 2.2.1. MODELOS ANTIDISCRIMINATORIOS.

Lizama y Ugarte (1998), una vez que clasifican a los criterios entre los sujetos a razonabilidad y los sujetos a sospecha, señalan que, a partir de estos, se pueden conformar diversos modelos en los sistemas jurídicos, en razón a los criterios que estos contemplen y cómo los criterios sujetos a razonabilidad y los sujetos a sospecha se encuentran presentes en cada ordenamiento. Es así como encontramos: el modelo puro de clasificación razonable, el modelo puro de clasificación sospechosa y el modelo mixto o intermedio.

- a) El modelo puro de clasificación razonable: este modelo no contempla un catálogo de criterios predefinidos, por lo que para determinar si existen o no diferencias que atenten contra la igualdad y el principio de no discriminación, dependerá de la razonabilidad que tenga la distinción efectuada. Es el caso del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que analizamos de manera somera con anterioridad, lo que analizaremos con exhaustividad más adelante.
- b) El modelo puro de clasificación sospechosa: en este modelo existe una enumeración taxativa de los criterios de distinción que se van a considerar por sí mismos como ilícitos, por lo que cualquiera conducta que implique una diferenciación en virtud de estos criterios, será un acto discriminatorio, como ocurre con el artículo 1° de la Convención 111 de la OIT, sobre discriminación en el empleo y el artículo 2° del Código del Trabajo.

- c) El modelo mixto o intermedio: corresponde a sistemas jurídicos en los que se conjugan los criterios por razonabilidad y por sospecha, por lo que por una parte se establece el principio general de no discriminación y, por otra parte, existe un catálogo de factores de discriminación enumerados por diversos preceptos. Es este el caso de nuestro sistema jurídico, toda vez que conviven el artículo 19 N° 2 de la Constitución y el artículo 2° del Código del Trabajo.

### 3. DISCRIMINACIÓN LABORAL:

#### 3.1. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL:

Ya habiendo explorado los conceptos de igualdad y discriminación, es relevante analizar en qué consiste la discriminación en el empleo, toda vez que el ámbito laboral cuenta con las condiciones propicias para ser el escenario perfecto de situaciones discriminatorias, considerando que la diferencia que existe entre las partes de la relación laboral, en la cual el empleador cuenta con facultades de control y administración, pueden ser ejercidas desproporcionalmente, excediendo los parámetros aceptables, llegando a vulnerar derechos fundamentales como el de no discriminación.

Debido a la relevancia social que tiene la discriminación en el trabajo, debemos profundizar en este concepto y entenderlo cabalmente, toda vez que el derecho a la no discriminación asegura el derecho a la igualdad de trato y prohíbe cualquier distinción, exclusión o menoscabo que se pueda efectuar en la esfera de la relación laboral, que no sea fundado en criterios de capacidad o idoneidad del trabajador (Caamaño, 2003, p. 25-26). En este mismo sentido, Lizama y Ugarte (1998) señalan que la discriminación en el empleo puede definirse como “toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo” (p. 218-219). Sin embargo, no sólo la doctrina ha definido a la discriminación laboral, sino que el Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y ocupación también lo hace en el artículo 1°:

“...el término discriminación comprende: (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;(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”. La importancia de este artículo, además de entregarnos una definición propiamente tal de lo que significa la discriminación, es que es la primera vez que un instrumento internacional lo efectúa y lo hace en materia del trabajo, lo que demuestra lo necesario que es reconocer el derecho a la no discriminación en materia laboral, atendida la desigualdad que existe entre las partes de la relación laboral.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar que nuestro legislador entrega una definición de actos de discriminación en materia laboral en el artículo 2° del Código del Trabajo y que los conceptualiza como “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Esta definición se diferencia de la entregada por el Convenio 111 de la OIT en cuanto a que este último habla de “efecto”, mientras nuestro Código del Trabajo habla de “objeto”, por lo que como señala Severín (2012), cabría consignar que nuestro ordenamiento jurídico podrán ser catalogadas como discriminatorias las conductas, ya sean activas u omisivas, que tengan dicho propósito, a pesar que no lo alcancen, así como también aquellas que aunque no lo persigan, tengan dicho efecto, pudiendo concluir que en el concepto de discriminación entregado por nuestro legislador, se encuentra incluida la noción de discriminación indirecta.

El derecho de no discriminación ha ido adquiriendo con el tiempo mayor importancia por los cambios que como sociedad hemos tenido, en cuanto a que hemos experimentado



nuevos estilos y formas de vida que han roto con los paradigmas de antaño y han permitido que la sociedad se abra a las diferencias que puedan existir entre unos y otros, de tal manera que existe menos tolerancia a los casos de discriminación, toda vez que, además, vulneran un derecho fundamental que tiene reconocimiento tanto a nivel nacional como internacional.

## 3.2. RECONOCIMIENTO DE LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL

### 3.2.1. Reconocimiento del derecho a la no discriminación a nivel de ordenamiento jurídico internacional

A nivel internacional encontramos que existe un reconocimiento del derecho a no discriminación en general y, además, en particular respecto del empleo. Este reconocimiento internacional se efectúa en diversos instrumentos internacionales, los cuales veremos a continuación:

- Discriminación en general.

#### 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos:

En diversos preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos podemos encontrar que se hace mención a materias ligadas íntimamente con el derecho a la no discriminación, como en el artículo 1°, el cual a pesar de no hablar de discriminación propiamente tal, señala que “los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Ahora bien, respecto al artículo 2° podemos decir que una referencia más clara al derecho en comento, toda vez que indica: “Toda persona tiene 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. Además, **no se hará distinción alguna** fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. Este precepto utiliza la expresión de “sin distinción alguna” y “no se hará distinción alguna”, por lo que consideramos que consagra claramente el derecho a no discriminación. Además,

nos entrega un catálogo de criterios de distinción, entre los que se encuentra el sexo y, adicionalmente, nos deja claro que los criterios enumerados no son taxativos, ya que utiliza la expresión de “cualquier otra condición”, es decir, esta Declaración vendría a responder a un modelo mixto, según lo visto precedentemente en este trabajo. Asimismo, el artículo 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos refuerza lo dispuesto por los artículos 1° y 2°, ya que señala que “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Consideramos que lo realmente importante de esta norma es que habla expresamente de discriminación.

## 2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

El artículo 2° de este Pacto obliga a los Estados Partes a respetar y garantizar los derechos reconocidos en él, sin distinción alguna de raza, color, sexo, entre otros, o cualquier otra condición; disposición similar a lo previsto en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 26 del mismo Pacto establece 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**. Respecto a esta norma, se aplica también lo señalado en el punto anterior relativo al artículo 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, debiendo mencionar que este Pacto no dice “cualquier otra condición, sino que hace referencia a “cualquier otra condición social”.

## 3. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

El artículo 2.2 de este instrumento internacional dispone que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

#### 4. Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Esta Convención hace referencia la no discriminación tanto en el artículo 1.1<sup>12</sup> como en el 24<sup>13</sup>.

- Discriminación en el ámbito del empleo.

##### 1. Declaración de Filadelfia:

La Declaración de Filadelfia, la cual forma parte de la Constitución de la OIT, en la Parte II, establece lo siguiente: “Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”

##### 2. Convenio N° 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración:

Este Convenio, de fecha 1951, es ratificado por Chile en 1971 y su importancia radica en que el artículo 2° establece la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, con el fin de acortar la brecha que existe entre las remuneraciones de los hombres y las mujeres.

##### 3. El Convenio N° 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y ocupación:

El Convenio N° 111 fue aprobado por la Conferencia General de la OIT en 1958 y ratificado por Chile en 1971 y su importancia radica, como lo señalamos más arriba, en que define el concepto de discriminación por primera vez en un instrumento internacional y, además, el artículo 1 letra a) dispone que la discriminación debe tener el efecto de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, por lo tanto no sólo protege al trabajador cuando éste necesita encontrar un empleo (igualdad de oportunidades), sino que también garantiza su derecho a no discriminación cuando busquen uno mejor o necesiten ascender a otro de mayor jerarquía. Esto significa que se adopta como criterio las consecuencias objetivas de las medidas discriminatorias (Suazo, 2000, p.24). Cabe agregar que, a pesar de

---

<sup>12</sup> Artículo 1.1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>13</sup> Artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

entregarnos un catálogo de criterios de discriminación en el artículo 1, en el artículo 5 permite que los ordenamientos nacionales puedan especificar cualquier otro factor de discriminación, previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores, facultad que Chile ha ejercido, considerandos las extensiones que ha sufrido el artículo 2 del Código del Trabajo en cuanto a los criterios de discriminación.

A su vez, este mismo Convenio en el artículo 1.2 señala que las distinciones, exclusiones y preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación, en concordancia con el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República, y en el artículo 1.3 se establece que la no discriminación protege al trabajador tanto en el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo, esto es de vital importancia considerando el mercado laboral actual, toda vez que su dinamismo y alta exigencia de capacitación exigen una protección en estas materias.

### 3.2.2. Reconocimiento del derecho a la no discriminación a nivel de ordenamiento jurídico nacional

#### 1. Constitución Política:

El artículo 1 de la Constitución Política de la República es la norma que rige a toda nuestra Carta Fundamental, entregándonos como principios rectores el de la libertad e igualdad al señalar que “Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”. Sin embargo, el artículo que más nos interesa a la hora de hablar sobre discriminación en general es el 19 N° 2, ya que es el reconocimiento del principio de igualdad general: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

El artículo 19 N° 2, como lo señala Caamaño (2007), a pesar que esta norma en cuanto a que no refiere qué es lo igual, sino que va directamente al resultado, en otras palabras, lo que es igual se trata igual y, por tanto, lo que no es igual se puede tratar desigualmente,

finalmente, es una innovación constitucional ya que extiende el principio de igualdad tanto a la aplicación del derecho como a su contenido al incorporar la prohibición de discriminaciones arbitrarias (p. 69).

Finalmente, el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República, reconoce el derecho a la no discriminación en materia laboral, siendo una expresión especializada en esta materia del principio de igualdad general del artículo 19 N° 2; en aquel se establece que se asegura a todas las personas: “La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. 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”<sup>14</sup>. Vemos que la disposición constitucional en comento extiende la aplicación de un derecho fundamental, concepto ligado en sus inicios a la protección de los particulares respecto del Estado, a una relación entre privados como lo es la relación laboral, asunto que analizamos en el Capítulo I del presente trabajo. Asimismo, el constituyente en el artículo 19 N° 16 trata conjuntamente la libertad del trabajo y el derecho a la no discriminación laboral, por lo que podemos concluir que es parte constitutiva de la libertad del trabajo el derecho a la no discriminación laboral, pero no sólo eso, sino que también que eleva a rango constitucional el derecho a la no discriminación en el empleo, por tanto, cualquier vulneración a éste corresponde a un ilícito a nivel constitucional (Castro, 2001, p.10).

Por otra parte, como Caamaño (2007) postula, la relevancia del artículo 19 N° 16 radica en que no enumera un catálogo de factores de discriminación, como vimos que sí ocurría en múltiples instrumentos internacionales, sino que lo que hace es excluir cualquier motivo de discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, por lo que prohíbe los criterios de diferenciación que no cuenten con fundamentación objetiva y razonable, sin perjuicio que en ciertos casos la ley pueda exigir nacionalidad chilena o límites

---

<sup>14</sup> Es tal su importancia que Lizama y Ugarte (1998) señalan que el artículo 19 N° 16 “es la pieza clave del orden jurídico laboral en materia antidiscriminatoria, tanto por su rango jerárquico dentro del sistema jurídico, correspondiendo a las disposiciones de mayor fuerza sobre el tema en Chile, como por su contenido, absolutamente innovador respecto del derecho comparado” (p. 230).

de edad. De tal manera, en palabras de Lizama y Ugarte (1998), nuestra Constitución fija un modelo de discriminación sospechosa abierta, en comparación, por ejemplo, al Convenio N° 111 de la OIT, el cual al enumerar los criterios de la forma en que lo hace corresponde a un modelo de discriminación sospechoso cerrado; lo que significa una novedad y un avance de nuestro constituyente, considerando que toma un camino distinto al tradicionalmente seguido por los instrumentos internacionales (p. 235-240) y, asimismo, considerando los aspectos negativos que puede traer la pormenorización de los criterios de diferenciación, cuestión que analizaremos con ocasión del estudio al artículo 2° del Código del Trabajo.

## 2. Código del Trabajo.

La disposición legal antidiscriminatoria en el empleo, por excelencia, es el artículo 2° del Código del Trabajo, toda vez que plasma en la ley el derecho de no discriminación constitucional, aunque con ciertas diferencias, toda vez que nos entrega una definición de discriminación y enuncia un catálogo de criterios de diferenciación prohibidos, en armonía a los instrumentos internacionales ratificados por Chile. Este artículo en sus incisos 3, 4, 5 y 6 dispone que: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. 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, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación. Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”.

Sin perjuicio de lo positivo que puede tener el artículo 2° del Código del Trabajo, en cuanto a que hace suya en parte la definición de discriminación contenida en el Convenio N° 111 de la OIT, decimos en parte porque no habla de “efecto” sino que los actos de discriminación deban tener por “objeto” anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, lo que marca una diferencia, ya que en nuestro sistema jurídico serán discriminatorias las conductas que tengan dicho propósito, aunque no lo alcancen, y aquellas que, aunque no lo persigan, tengan dicho efecto; considerándose de esa forma el concepto de discriminación indirecta dentro de lo que podría considerarse como actos discriminatorios (Severín, 2012, p. 72). Ahora bien, lo que la doctrina le ha criticado mayoritariamente a este artículo es lo relativo al catálogo de criterios de diferenciación que enumera en su inciso 4, el cual es más extenso que el del Convenio N° 111 de la OIT. Como señalamos en el apartado anterior, Lizama y Ugarte (1998) no ven a este artículo con tan buenos ojos, ya que no habría claridad respecto del modelo de discriminación sospechosa establecido en nuestro ordenamiento, en cuanto a si este corresponde a uno abierto a uno cerrado. Esto podría llevar a la situación de que en el caso que se discrimine a alguien por un motivo que no diga relación con la idoneidad y capacidad personal y que no está contemplado por el artículo 2°, legalmente, no habría discriminación, pero en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 N° 16, este motivo será considerado sospechoso a priori y, por tanto, estaríamos frente a un acto discriminatorio (p. 235-240). Sin embargo, los criterios de diferenciación previstos en el artículo 2° del Código del Trabajo nunca se podrán transformar en criterios taxativos ni absolutos, puesto que como también lo considera Castro (2001), por jerarquía prevalece lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 sobre el artículo 2° del Código del Trabajo (p. 11-12). De esta forma, si el motivo de discriminación no se encuentra contemplado por el artículo 2°, simplemente se deberá analizar si se basa o no en la capacidad e idoneidad personal del denunciante y, como bien lo señala la Dirección del Trabajo en el Ordinario 3704/134 de 2004: “De no entenderlo así, se debería concluir, por ejemplo, que tratándose de la discriminación por preferencia u opción sexual (minorías sexuales), o por apariencia física, no serían conductas discriminatorias y por tanto reprochables jurídicamente, cuestión que evidentemente no resiste análisis alguno”

En armonía con el procedimiento de tutela laboral, podríamos decir que lo que hace el artículo 2° del Código del Trabajo es establecer criterios que se podrán considerar como indicios de vulneración de derechos fundamentales, por lo que le corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, ya que estos traen consigo una presunción de carencia de razonabilidad; cuestión que se condice con el origen histórico del derecho laboral, considerando que éste nace con el fin de proteger a la parte más débil de la relación laboral, esto es, al trabajador, quien es la parte más susceptible de ser discriminada, por lo tanto, si estos criterios constituyen indicios que implican que el denunciado deberá explicar los fundamentos y proporcionalidad de las medidas, estos no hace más que proteger a la parte más débil.

Adicionalmente, a nuestro parecer es positivo que el artículo 2° extienda el derecho a no discriminación a la etapa precontractual laboral, según lo dispuesto en su inciso 6: “Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”. No obstante, el gran problema que surge es que el artículo 485 del Código del Trabajo no hace aplicable el procedimiento de tutela laboral a lo previsto por el inciso recién citado, por lo que pareciese que retrocedemos en el tiempo, cuando la discriminación en el empleo estaba prohibida constitucional y legalmente, pero no se establecía el medio procesal específico e idóneo para resguardar el derecho de no discriminación en el empleo.

Sin perjuicio de lo señalado respecto del artículo 2° del Código del Trabajo, no podemos pasar por alto una de las críticas efectuadas por Caamaño (2007), en cuanto a que cuando se enumera un catálogo de factores de diferenciación prohibidos en los preceptos antidiscriminatorios, esto obliga a actualizar constantemente la norma, ya que los criterios de discriminación pueden ser ilimitados, lo que no le parece una técnica legislativa conveniente (p. 74). Estamos de acuerdo con esta crítica, sobre todo, considerando que el tiempo le dio la razón, toda vez que el catálogo de criterios de este precepto se ha ampliado, es así como la Ley 20.940 incorpora: la situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en



organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad, como criterios. En este mismo sentido, en la actualidad podemos ver de forma patente cómo cambia la sociedad y su percepción de la discriminación: lo que antes no parecía discriminatorio ahora sí lo es; el reciente año 2018 en Chile hemos visto movimientos feministas que se han posicionado frente a la discriminación diaria que sufre la mujer, lo han elevado a un tema país. De esta forma, cuestiones que antes simplemente se asumían como un costo que la mujer debía asumir por ser tal y como parte del cotidiano, normalizando la discriminación, hoy se visibiliza y se reprocha. Lo mismo puede pasar con otros tipos de discriminación que anteriormente eran obviados por la sociedad. Sin embargo, esto puede traer serios conflictos legislativos, ya que se tendría que revisar y ampliar constantemente los factores de discriminación establecidos en la ley.

### 3.3. DISCRIMINACIÓN LABORAL DIRECTA, DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA Y ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIÓN INVERSA:

Para Rey (1995), existen dos dimensiones de la discriminación laboral: la subjetiva, que comprende la discriminación directa e indirecta y la objetiva, la cual comprende a las acciones positivas y la discriminación inversa (, conceptos que analizaremos a continuación:

#### a) Discriminación laboral directa:

Este tipo de discriminación consiste en un tratamiento diferenciado y desfavorable a una persona (Suazo, 2000, p.49), fundado en un criterio de discriminación prohibido (Caamaño, 2007, p. 85), por lo tanto, la discriminación directa está vinculada a la diferencia de trato y el elemento causal (factor de discriminación) es esencial para que estemos frente a ésta.

Caamaño indica que existe una discriminación directa abierta y otra oculta. En la primera, el criterio de discriminación que fundamenta un trato o condiciones menos favorables para el actor es explícito, por ejemplo, cuando en un contrato colectivo se excluyan expresamente a las mujeres del beneficio de ciertas asignaciones y, en la segunda, se busca encubrir el verdadero criterio de discriminación (p.83-84), como ocurre en el ejemplo contemplado en el Ordinario N° 4483/060 de la Dirección del Trabajo, donde en una empresa de más de 25 trabajadores en que la mitad de éstos son extranjeros, sólo los de nacionalidad chilena se

encontraren, como política de la empresa, contratados a tiempo indefinido. Sin perjuicio de aquello, este autor señala que “lo que viene a caracterizar a la discriminación directa es que no presenta problemas para su identificación, porque el factor diferencial tasado legalmente -v.gr. el sexo o la raza de las personas- que se considera reprochable aparece como móvil inequívoco del tratamiento diferenciado en que consiste la discriminación, resultando impertinente cualquier justificación” (p.85).

Otros ordenamientos jurídicos, como el alemán y el español, países que siguen las múltiples Directivas del Consejo Europeo en esta materia, entidad que se ha tomado en serio el conflicto de la discriminación, definen expresamente a este tipo de discriminación. En el caso de Alemania, la Ley general sobre igualdad de trato de 2006 garantiza el derecho de no discriminación, no sólo en el ámbito laboral, sino también en el civil; y España define y trata la discriminación directa, pero a través de diversas leyes<sup>15</sup>.

b) Discriminación laboral indirecta:

A diferencia de la discriminación directa, que es de fácil detección y cuyo elemento determinante es su causa, la discriminación indirecta corresponde a conductas aparentemente neutrales, pero que tienen un efecto negativo en el colectivo protegido, siendo determinante el efecto o resultado que produzca la medida. El típico caso lo podemos apreciar en los procesos de selección de trabajo, en los que, por ejemplo, se exija una estatura común para ambos sexos, cuando es evidente que, por una cuestión biológica, las mujeres tienen una menor estatura promedio que los hombres, de esta forma, al exigirles la misma altura, que puede parecer una exigencia indefensa ya que se les exige a todos por igual, es discriminatorio en cuanto a su efecto (Suazo, 2000, p. 60-61). El efecto de esa medida sería que se trata igual a las desiguales, en este caso, a las mujeres.

Para identificar cuándo estamos frente a un caso de discriminación, es de gran utilidad el resumen que efectúa Caamaño (2007) luego del análisis de diversos fallos, respecto a los criterios que ha establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para determinar un caso de discriminación indirecta. En primer lugar, debemos determinar cuál es

---

<sup>15</sup> Véase “Discriminación directa e indirecta” de Ariadna Aguilera.

la norma, criterio o práctica que sustenta este tipo de discriminación, la cual debe ser en apariencia neutra, esto supone que puede ser cumplida, en teoría, por todas las personas, pero al momento del cumplimiento, vemos que está referida sólo a un grupo de personas; en segundo lugar, se debe estar a un elemento más estadístico, se debe analizar si el criterio, norma o práctica neutra afecta a un número más elevado de trabajadores pertenecientes a una cierta categoría que a la otra, como ocurre en el caso señalado en el párrafo anterior, en el que sólo los trabajadores chilenos tenían contrato indefinido y no los extranjeros; y, por último, si por aplicación de la norma, criterio o práctica resulta un número mayor de trabajadores pertenecientes a una categoría, vemos que estos son objetivamente injustificados y no respetan el principio de proporcionalidad (p. 85-93).

c) Acciones positivas y discriminación inversa.

Las acciones positivas tienen su origen en Estados Unidos, en los años sesenta. Según Suazo (2000), las acciones positivas corresponden a aquellas medidas o instrumentos con el que cuenta el legislador para conducir a los poderes públicos y a la sociedad en general a la igualdad, partiendo de un trato diferenciado temporal hacia el grupo discriminado, y cuyo objetivo la consecución de la igualdad real y efectiva (p. 73-77). Sin embargo, no estamos totalmente de acuerdo con la definición entregada por esta autora, toda vez que únicamente contempla a los “legisladores” y excluye la posibilidad de que sean los propios privados, parte de la relación laboral, quienes puedan tomar medidas antidiscriminatorias consistente en acciones positivas. En nuestro ordenamiento es factible que una empresa, a través de su reglamento interno, introduzca medidas que cumplan con la definición antes entregada, por ejemplo, no nos parecería raro que una empresa dentro de su política interna regule a través de cuotas de género la conformación de su plantel de trabajadores, permitiendo que exista igual número de hombres que de mujeres dentro de su empresa, con el fin de fomentar la participación de la mujer en el ámbito laboral. Nos parece que es más adecuada una definición que incluya también a los particulares, de tal manera que se considere que las acciones positivas correspondan a **todas las medidas** que entreguen un tratamiento diferenciado hacia un grupo discriminado con el fin de que exista igualdad real. La importancia de las acciones positivas es que si los gobiernos, los empleadores y los

prestadores de servicios no consideran pertinente adoptar estas medidas especiales, aumentan el riesgo de que incurran en disposiciones y prácticas constitutivas de discriminación indirecta.

Ahora bien, dentro de las acciones positivas, siendo una modalidad de éstas, existiendo entre ellas una relación de género a especie, encontramos a las llamadas discriminaciones inversas, tipo de discriminación que es una expresión más “agresiva” de las acciones positivas, relacionadas con cuotas y tratos preferentes, y que están sujetas a las siguientes condiciones, las cuales aseguran su legitimidad: que se trate de una medida permitida; que tengan un carácter residual, esto es, que se recurra a las cuotas cuando no se pueda lograr la igualdad en un tiempo razonable, a través de otras medidas; que deben acreditarse objetiva y fehacientemente la desigualdad de hecho en el ámbito laboral; que sea transitoria, por lo que su existencia será sólo por el tiempo necesario para lograr igualar las condiciones; y, por último, deben establecerse por ley, puesto que afecta a derechos fundamentales.

#### 3.4. FORMA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL.

Frente a los actos de discriminación, nuestro ordenamiento nos entrega diversos mecanismos judiciales para poder enfrentarlos. Ahora bien, cuando estos ocurren en materia laboral, la acción de tutela de derechos fundamentales, es la que por excelencia debería aplicarse en estos casos, dada su especialidad, sin embargo, veremos que el legislador ha establecido claramente algunas limitaciones a esta acción, por lo que no podría ejercerse en ciertos casos. Para el análisis de los mecanismos de protección aplicables frente a la discriminación en general, veremos de forma somera cuáles se pueden ejercer previo al nacimiento de la relación laboral, durante y una vez finalizada ésta.

##### a) Acción de Protección.

Como señalamos precedentemente, antes de la Ley 19.759, nuestro Código del Trabajo no reconocía expresamente el respeto de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en la relación laboral, por lo que únicamente se encontraba una fuente de

reconocimiento de estos en el artículo 6° inciso 2° de la Constitución Política de la República, el cual se hacía extensivo a la relación laboral mediante el principio de supremacía constitucional. Luego, con la entrada en vigencia de la ley recién citada, se efectuó un reconocimiento expreso de estos derechos entre el trabajador y el empleador.

Sin embargo, en la práctica, nos encontrábamos en la misma situación en la que estábamos previo a la Ley 19.759, toda vez que, como lo criticó ampliamente la doctrina nacional, ésta no estableció un mecanismo procesal eficaz de protección a los derechos fundamentales. Era esperable, entonces, preguntarse para qué servía este reconocimiento expreso, si no existía acción legal específica alguna para hacer efectivo este límite que la ley le imponía al empleador. En este punto, resulta precisa la crítica que efectúa Ugarte, quien postula la existencia en Chile de un “macondo jurídico”, considerando que existe en nuestra regulación una “aplastante separación entre derecho y realidad”, ya que el reconocimiento normativo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no implicaba la vigencia efectiva de los mismos al no contemplar el mecanismo específico para su protección (Ugarte, 2008, p. 14-16). Asimismo, Melis (2010) incluso calificaba a nuestra protección constitucional como anticuada y precaria desde el punto de vista material al considerar que prácticamente sólo el derecho de propiedad era el que tenía protección (p. 26-29), por lo que incluso puede llegar a concluirse que la acción de protección favorecía más al empleador.

Ante la inexistencia de una acción procesal especial para hacer valer los derechos fundamentales en la relación laboral, al trabajador que se veía vulnerado o amenazado en sus derechos fundamentales no le quedaba más que ejercer la acción constitucional de protección, contemplada para cuando existía privación, perturbación o amenaza a alguna garantía fundamental por nuestra Constitución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental. No obstante, dicha acción se mostraba inútil para este trabajador vulnerado, ya que esta acción no contempla la desigualdad que existe entre las partes en la relación laboral, obviando al trabajador como la parte débil, alejándose de los principios del Derecho del Trabajo, así como tampoco preveía la declaración de nulidad de los actos lesivos de derechos fundamentales ni el pago de indemnizaciones al trabajador vulnerado. Por otra parte, la acción de protección contempla un catálogo limitado de

derechos fundamentales a resguardar, el cual no contempla el artículo 19 N° 16 inciso 3°, que establece la no discriminación laboral para la eficacia real de los derechos fundamentales de los trabajadores, y no prevé las represalias que puede sufrir el actor por el ejercicio de la acción, como el despido, viéndose en peligro la estabilidad del empleo (Ugarte, 2011, p. 131-134).

Ahora bien, la importancia de esta acción en la actualidad en materia laboral, es que podría ejercerse en aquellos casos en los que la discriminación ocurre de forma previa al inicio de la relación laboral, toda vez que el procedimiento de tutela laboral, esto es, el procedimiento por excelencia que busca proteger los derechos fundamentales de los trabajadores como lo es el de no discriminación, por norma expresa no es aplicable a las ofertas de trabajo, como lo establece el artículo 485 inciso primero y segundo. Es así como podría ejercerse la acción de protección. El problema es que esta acción no es procedente respecto al derecho a la no discriminación y sólo es procedente respecto a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y contratación y al establecido en el inciso cuarto del artículo 19 N° 16 de este texto. Sin embargo, podríamos impugnar una discriminación antes de la vigencia de la relación laboral en virtud del artículo 19 N° 2, es decir, en orden de la igualdad ante la ley, ya que sí está previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y, adicionalmente, como lo plantea Gamonal, sí procedería en casos de actos discriminatorios, ya que el respeto del derecho a la no discriminación es un presupuesto necesario para el pleno ejercicio de la libertad de trabajo (Citado en Caamaño, 2007). Ahora bien, el recurso de protección no es la mejor solución que podríamos encontrar, considerando que no prevé la declaración de nulidad de los actos discriminatorios ni el pago de indemnizaciones al trabajador vulnerado y que no podríamos obtener la sanción al sujeto que discrimina, para lo cual es necesario iniciar otros procedimientos posteriores (Severin, 2012, p. 78).

b) Vía administrativa.

Otra vía de protección de los derechos fundamentales podría darse por la vía administrativa, por la aplicación del artículo 506 del Código del Trabajo, de esta forma la Dirección del Trabajo, al fiscalizar y constatar una infracción que no está especialmente

sancionada, podrá sancionarla con una multa de 20 UTM. Sin embargo, si bien es un modo de “sanción”, no hace efectiva la protección de los derechos fundamentales, no disuaden las medidas lesivas ni repara de forma alguna la vulneración de estos derechos, considerando la gravedad del asunto que implica (Ugarte, 2011, p. 160-167).

Esta vía también podría aplicarse respecto a las discriminaciones sufridas previas al inicio de la relación laboral. De esta forma, el afectado por el acto discriminatorio podría recurrir a la Inspección del Trabajo para que fiscalice y, en el caso que constate una infracción al artículo 2° del Código del Trabajo, aplique la multa correspondiente. Sin embargo, este medio, al igual que la acción de protección, es insuficiente ya que la multa no logrará que el afectado acceda al trabajo respecto del cual fue discriminado, así como tampoco lo indemnizará en forma alguna por la vulneración sufrida.

c) Tutela Laboral.

Con la llegada de la reforma laboral del año 2006, todo cambió, puesto que estableció un nuevo procedimiento cuyo objetivo era hacerse cargo de los asuntos laborales en que se vieran afectados los derechos fundamentales, denominado Procedimiento de Tutela Laboral, el cual es una clara expresión de la ciudadanía de la empresa y una “traducción procesal” de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (Ugarte, 2011, p. 135), pues como bien lo dice Gamonal (2015): “En nuestro derecho, la máxima expresión de esta evolución [aplicación horizontal de los derechos fundamentales en materia laboral] es el procedimiento de tutela, que ha significado una verdadera revolución en el ámbito laboral nacional” (p. 37).

Adicionalmente, cuando el legislador establece la tutela laboral, viene a hacer eco de las críticas que se habían recibido desde la doctrina y busca solucionar el problema práctico que existía respecto a la protección de los derechos fundamentales en materia laboral. Es así como esta nueva acción, la cual se puede interponer cuando la vulneración de esos derechos es dentro de una relación laboral vigente o con ocasión del despido, se va a hacer cargo de la desigualdad propia que existe entre las partes del contrato del trabajo y que la acción de protección no contemplaba, es más, tiene especial consideración con el trabajador en cuanto a que cuando haya prueba indiciaria, esto es, indicios suficientes de la vulneración de

derechos fundamentales, el empleador deberá explicar los fundamentos y la proporcionalidad de la medida (artículo 493 Código del Trabajo)<sup>16</sup>. Asimismo, establece que el juez podrá ordenar el cese del acto vulneratorio, bajo apercibimiento de multa (artículos 492 y 495 del Código del Trabajo), retrotraer la situación al estado anterior a la vulneración<sup>17</sup> (artículo 495 N° 2 del Código del Trabajo) o el pago de una indemnización, la cual puede ascender desde 6 a 11 remuneraciones (artículo 489 Código del Trabajo), más el de las que procedan por despido, si es el caso.

Otra de las más importantes características de este procedimiento es que no sólo es el trabajador quien tiene la legitimación activa de esta acción, sino que cuando la relación laboral se encuentra vigente, también lo es una organización sindical con in interés legítimo y la Inspección del Trabajo (artículo 486 del Código del Trabajo), lo cual se entiende por la entidad del asunto que implica una vulneración de derechos fundamentales; y el plazo para efectuar la denuncia y dar inicio al procedimiento de tutela laboral, es de sesenta días desde la vulneración de derechos fundamentales, plazo que se suspenderá cuando se efectuó un reclamo ante la Inspección del Trabajo.

Cabe precisar que como el procedimiento de tutela significó un procedimiento especial que conoce de la vulneración de derechos fundamentales en la relación laboral, siguiendo vigente la acción constitucional de protección, el legislador, anticipándose que pudiese efectuarse duplicidad de causas que tengan como origen la lesión de estos derechos, en el artículo 485 inciso último, previó la incompatibilidad de ambas acciones, al igual como lo efectuó respecto de la acción de no discriminación arbitraria de la Ley 20.609.

Ahora bien, este nuevo procedimiento tampoco ha estado exento de críticas, Ugarte señala que el proyecto original era el de hacer un procedimiento nuevo y especial, sin embargo, la Ley 20.087 no lo contempla de esa forma, ya que en cuanto a su tramitación, el artículo 491 del Código del Trabajo, ordena que su substanciación se regirá conforme al

---

<sup>16</sup> Véase: Ugarte Cataldo, J. (2009). Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. Revista De Derecho (Valparaíso), (33), 215-228

<sup>17</sup> Véase: Ugarte Cataldo, J. (2011). El nuevo derecho del trabajo (3a. ed.). Santiago, Chile: Legal Publishing Chile. P. 161-165



procedimiento de aplicación general. Esto afecta la preferencia y la velocidad que requiere un procedimiento en el que se ven afectados los derechos fundamentales de la parte más débil del contrato de trabajo y somete a esta delicada materia a una velocidad que se le otorga a los derechos laborales de rango legal (Ugarte, 2011, p. 131-136). Asimismo, el Profesor Palavecino (2014) señala que podría coartar las libertades de los privados, disminuye el protagonismo de la ley y pone en peligro la autonomía privada (p. 4).

d) Acción de no discriminación arbitraria de la Ley 20.609, también conocida como Ley Zamudio.

La acción de no discriminación arbitraria contemplada en la Ley 20.609, tiene por objeto instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. A pesar de ser una acción que se interpone ante un Juzgado Civil, su amplio ámbito de aplicación hace que sea indiscutida su aplicación en materia laboral, pero no respecto de la vulneración de cualquier derecho fundamental, sino que, únicamente al de no discriminación.

Si comparamos la acción de no discriminación arbitraria con la de tutela laboral, podemos ver que la primera podrá interponerse en los casos de discriminación previa al inicio de relación laboral, no así la segunda, que no está prevista para la vulneración de derechos fundamentales en esa etapa del iter contractual laboral. Además, su plazo de interposición es más amplio, toda vez que es de noventa días corridos desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, mientras que la de tutela laboral exige un plazo de sesenta días para deducirla y, por otra parte, la tramitación de la acción de no discriminación arbitraria es más breve. En cuanto a la sentencia, la prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica, no existiendo la modificación del onus probandi que existe respecto de la tutela laboral en cuanto a que cuando existan indicios suficientes de la vulneración de derechos fundamentales, el empleador deberá explicar los fundamentos y la proporcionalidad de la medida. Por otra parte, los efectos que puede producir la sentencia son diversos, ya que mientras en el caso de ser acogida la acción de no discriminación arbitraria, el Tribunal dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en este caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo

resuelto; además, deberá aplicarse una multa a beneficio fiscal que puede fijarse entre cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales.

Asimismo, como lo señalamos previamente, el legislador, con el objeto de que no exista una multiplicidad de acciones, prescribe la incompatibilidad de esta acción con la de protección y amparo constitucional y la de tutela laboral, según los establecido en el artículo expresamente en el artículo 6 letra a) de la Ley 20.609.

### CAPÍTULO III: DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN RAZÓN DE SEXO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO.

Habiendo ya analizado la discriminación en el empleo en general, ahora nos referiremos a tres criterios de discriminación que han adquirido con el tiempo mayor importancia: en razón del sexo, orientación sexual e identidad de género. En cuanto a la discriminación en el empleo en razón del sexo, históricamente ésta ha sido la más explorada y visibilizada, sin embargo, en cuanto a la orientación sexual e identidad de género, son temas que la moral mal entendida y el conservadurismo extremo han convertido en tabú, por lo que han sido invisibilizados, ridiculizados y pasados por alto socialmente, sobre todo cuando hablamos de identidad de género, cuestión que el último tiempo ha generado polémica en nuestro día a día y en nuestro Congreso, con la ley de identidad de género. Gratamente, como sociedad hemos ido avanzando y hemos abierto los ojos hacia lo que significa la diferencia, estableciendo mecanismos para su protección e incluso para el fomento de acciones positivas.

A continuación, analizaremos cada uno de los criterios de diferenciación señalados en el párrafo anterior en materia del trabajo, para finalmente referirnos a los mecanismos que nuestro ordenamiento nos ha entregado para su protección.

#### 1. DISCRIMINACIÓN LABORAL EN RAZÓN DE SEXO.

Cuando hablamos de discriminación en razón de sexo, lo primero que debemos considerar es que algunos autores hablan de discriminación en razón de sexo y otros en razón de género, conceptos que se utilizan como sinónimos, pero es este último el que la mayoría de la doctrina considera que es el más adecuado, ya que comprendería de forma más amplia el fenómeno discriminatorio de la mujer (Severín, 2017, p.191). La diferencia entre ambos radica en que mientras el sexo corresponde a una característica meramente biológica, el concepto de género es más amplio, ya que considera “un conjunto de comportamientos y de roles que se han convertido característicos de las personas de un sexo

y que se atribuyen a la mujer o al hombre, aunque no sean inherentes al mismo sexo” (Cabo y Garzón, 2007, p.29). El término género se utilizó por primera vez en el año 1968 por el profesor estadounidense Robert Stoller, para oponerlo al sexo, en cuanto a que sexo es meramente anatómico y biológico, mientras que el género dice relación con la construcción social de lo que es femenino y lo que es masculino (Duarte y García, 2016, p.111). Considerando estos conceptos, podemos señalar que la discriminación que sufre la mujer en la esfera laboral no se produce porque es físicamente mujer, sino que su origen se relaciona con los diversos aspectos que se asocian al sexo femenino, es decir, están asociados al género. Sin perjuicio que consideramos que la postura mayoritaria de la doctrina es la correcta, en cuanto a que es más asertivo el término género que el de sexo, en el presente trabajo utilizaremos mayormente el segundo, considerando que nuestra legislación laboral no habla de discriminación en razón del género, sino que del sexo.

Dentro del catálogo de criterios de discriminación que nos entrega el artículo 2 del Código del Trabajo, el correspondiente al sexo es uno que está patente día a día y como sociedad lo tenemos tan internalizado que se da por hecho. Para nadie es innegable que las mujeres sufren discriminación en diversos ámbitos de la vida por el sólo hecho de ser tales, es así como señala Rey (2005), “la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores), la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones” (p. 17).

La mujer ha sido considerada a lo largo de la historia como el sexo débil y se le ha dado un tratamiento jurídico de minoría, cuestión que es en sí misma es absurda, ya que el porcentaje de hombres y mujeres es casi el mismo, sin ir más lejos, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE, 2018), en virtud del Censo 2017, indica que en nuestro país el 51,1% de sus habitantes son mujeres y el 48,9% son hombres (p.6).

La discriminación a la mujer se da en diversos ámbitos, siendo el del mundo del laboral el de más fácil apreciación, ya sea en cuanto a su remuneración, maternidad o en el proceso de

selección con las típicas preguntas que no se les hacen a hombres, tales como ¿tienes hijos? ¿planeas tener hijos? ¿cuándo planeas tener hijos? Estas preguntas no sólo demuestran un concepto sesgado de mujer en cuanto a que es sinónimo de madre, sino que son preguntas que no son efectuadas a los hombres, ya que la sociedad no le encarga el rol de protección de los hijos y el hogar, como sí se le otorga a la mujer.

Analizando el concepto de familia tradicional, esto es, el biparental, el rol de la mujer es el de protectora de la familia, mientras que el del hombre corresponde a ser el proveedor para ésta. No obstante, en la actualidad existe una gran diversidad de modelos de familia, ya sean bi, mono y homoparentales, entre otras, el rol de la mujer en la sociedad sigue siendo el de ser cuidadora de la familia; con mayor participación del hombre en esta tarea, participación que antes era impensada, pero que no es suficiente, considerando que la mujer se ha ido integrando al empleo sin ser eximida de su rol tradicional. En esta materia es esencial entender que tanto la igualdad entre hombres y mujeres en el campo laboral, como lograr un desarrollo humano sustentable, requiere que ambos compartan el trabajo doméstico, así como el productivo, y que se tome conciencia que ambas esferas son igual de importantes para el bienestar de la sociedad. Por lo demás, para alcanzar mayores grados de armonización de trabajo y vida familiar, no sólo es necesario promover una mayor participación laboral femenina y precaver y a sancionar actos de discriminación basados en el sexo, sino que también debemos reivindicar el derecho de los hombres a vivir más intensamente el cuidado de sus familias, permitiéndoles que puedan conciliar efectivamente sus responsabilidades laborales y familiares, cuestión que nos incumbe a todos como sociedad (Caamaño, 2011, p. 5-22).

Para que esto último ocurra, es necesario un cambio cultural de fondo, que rompa con el paradigma patriarcal que hasta ahora la sociedad ha seguido, cuestión que no es fácil, y que implica ir más allá, ya que además de que la ley reconozca la igualdad formal, se necesitan acciones adicionales que permitan que el concepto de igualdad de género logre introducirse en la sociedad.

Ahora bien, es un hecho público y notorio que en la actualidad la mujer es parte de la fuerza laboral y se ha incorporado al empleo, es así como según indica el INE (2017) en el Enfoque Estadístico de mayo de 2017 sobre género y empleo, que la tasa de ocupación de mujeres aumentó aproximadamente en 4,0 pp. desde 2010 a 2016, registrando una tasa de 41,0% en 2010 y de 44,7% en 2016 (p. 3). A continuación, examinaremos la historia de la mujer en el empleo.

### 1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Tradicionalmente, ha primado en la sociedad la idea que la mujer se ha dedicado desde siempre al cuidado del hogar y de los hijos, estando ajena al mundo laboral, el cual se ha asociado al género masculino, quien ejerce el rol de sostenedor económico de la familia; y que tan solo, a partir de la Revolución Industrial, aquella comienza a realizar labores productivas, las cuales no le eran propias, por naturaleza. Sin embargo, esta concepción está lejos de la realidad histórica de la mujer en el empleo, ya que históricamente las tareas domésticas eran ejecutadas conjuntamente con otras actividades productivas (OIT y PNUD, 2009, p. 72). De hecho, Caamaño (2011), caracteriza a la mujer popular en Chile como “independiente” antes del proceso de proletarización.

Sin embargo, con la entrada a la “fábrica”, la realidad de la mujer cambia, ya que la unidad doméstica se separa de la unidad de producción, estableciéndose una división del trabajo por género mucho más rígida, relegando a la mujer a las tareas reproductivas dentro del hogar y al hombre a las tareas productivas fuera de éste, quien percibirá una remuneración a cambio (OIT y PNUD, 2009, p. 72). Ahora bien, en Chile, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la mano de obra se transforma y pasa de ser de carácter peonal a proletaria, dando vida al Movimiento Obrero, cuyos miembros comienzan a reconocerse a sí mismo como individuos sujetos de derecho, requiriendo la protección del Estado frente a los diversos abusos de derechos e injusticias cometidas por el “patrón” ante la falta de regulación que existía en materia laboral.

Así es como surgen las primeras legislaciones laborales, que buscaban proteger al más débil dentro del contexto laboral. No obstante, como señala Caamaño (2011), esto no sólo

trajo libertades, en cuanto a garantización de derechos, sino también una cuota de control, estableciendo obligaciones a la clase obrera. En otras palabras, el avance que logró la legislación laboral en cuanto al mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores no fue gratuito, sino que la élite, al ceder, también buscó alcanzar el control social, moralizado al Movimiento Obrero desde el momento en que le traspasa su concepción de familia tradicional y conservadora, que hasta ese momento el peón no había seguido en cuanto a que el rol de la mujer no era únicamente doméstico, cuestión que se traducirá en la asunción de nuevas identidades de género en los sectores populares que antes les eran ajenas, relegando a la mujer sólo al cuidado del hogar, excluyéndola del ámbito laboral y sobrevalorando su papel de madre y esposa.

Es este el contexto histórico en el que se desenvuelve lo que Caamaño considera el “pecado original”, ya que este autor plantea que es la legislación laboral de comienzos del siglo XX la que da origen a la exclusión de la mujer del trabajo remunerado, considerando que desincentivó la contratación de mujeres (por ejemplo al excluirla de ciertas labores) y acentuó su rol de cuidado de la familia y del hogar, evitando el trabajo de las mujeres fuera del hogar para que estas pudiesen dedicarse exclusivamente a la crianza de las nuevas generaciones de trabajadores,. Es así como se crea un nuevo concepto de mujer, distinto al de mujer independiente que caracterizaba a la mujer popular, el cual fue propugnando la separación de los espacios entre hombre y mujeres, pasando a ser la división de roles parte de lo que se considera “natural” (Caamaño, 2011, p. 1-11). Las medidas adoptadas por esta nueva legislación laboral “sirvieron para ahondar más en la discriminación sufrida por las mujeres, al favorecer el mantenimiento de la mujer en su condición histórica de incapaz, limitándoles aún más las posibilidades de empleo. A su vez, el desarrollo de la producción industrial, al representar el traslado de la producción de la casa a la fábrica, y el consiguiente desplazamiento del hogar como unidad económica de producción, tuvo un significado específico para las mujeres, dado que dificultó la compaginación de su trabajo remunerado con el doméstico. A partir de este momento, comienza una concepción global de la mujer, que abarca su doble jornada laboral, con el trabajo asalariado de una parte y el trabajo no

remunerado, en casa, por otra, situación que se prolongará hasta nuestros días” (Caamaño, 2011, p. 9-10).

## 1.2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE SEXO EN EL EMPLEO:

### 1.2.1. Reconocimiento internacional:

En el derecho internacional, la Carta de las Naciones Unidas marca la ruta en la senda del reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, más allá del empleo, al señalar que no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios (artículo 8). En este mismo sentido, juegan un rol fundamental la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 3) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 3), en cuanto a que garantizan y aseguran a los hombres y mujeres el goce de los derechos contenidos en ellos. Ahora bien, en este acápite lo que más nos interesa es cómo se traduce este principio de igualdad en materia de empleo en diversos instrumentos internacionales.

#### 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos:

En el artículo 23 de este instrumento internacional, se prescribe el derecho que tiene toda persona a una remuneración equitativa y satisfactoria. A pesar que no se menciona la equidad de remuneración entre hombres y mujeres de forma expresa, podemos concluir que es igualmente aplicable, ya que lo que hace es plasmar una norma general que se aplicará a un caso particular como lo sería en caso de una mujer que ejerce las mismas funciones de un hombre, pero que recibe una remuneración inferior por ello. Además, la falta de equidad de la remuneración ha sido una problemática histórica de la mujer y una manifestación clásica de la discriminación que ésta sufre en el empleo.

#### 2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Este pacto no sólo establece la igualdad entre hombre y mujeres en cuanto al goce de los derechos contenidos en él, sino que además en el artículo 7 letra a) i) se asegura la igualdad de remuneración entre hombre y mujer, señalando que por igual trabajo se debe recibir igual



salario, sin distinciones de ninguna especie. Además, en el artículo 10 entrega protección a las madres antes y después del parto.

3. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW):

Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y sólo el año 1989 fue ratificada por Chile, es decir, 10 años después de su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuestión que revela lo lento que ha reaccionado nuestro país en cuanto a la protección y fomento de la igualdad entre hombres y mujeres. Sin perjuicio de aquello, lo destacable de esta convención no sólo se explica por su propio nombre, sino también es que nos entrega una definición de “discriminación contra la mujer” en el artículo 1, señalando que corresponde a “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En cuanto al empleo, en el artículo 11.1 la CEDAW obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo y, además, en el punto 2 del mismo artículo, los obliga a adoptar medidas adecuadas para la conciliación de obligaciones laborales con las responsabilidades familiares. Lo destacable de esta Convención es que entiende a la cabalidad que las medidas adecuadas para erradicar la discriminación en razón del sexo no sólo son de naturaleza jurídico laboral, sino que corresponden a políticas sociales (Caamaño, 2011, p. 30), como lo vemos en la letra c) del artículo 11.2

Una de las críticas que se le puede hacer a esta Convención es que contempla la no discriminación en referencia a los demás derechos fundamentales y no como un estatuto autónomo. (Severin, 2017, p.194).

4. Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo:

Su importancia en cuanto a la discriminación en razón del sexo en el empleo radica en que se refiere a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, específicamente, en el

artículo 2. Este artículo obliga a los Miembros a promover y, en la medida que sea posible, a garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor; y, además, en el artículo 2.2 señala de forma amplia los medios que podrán aplicar los Miembros para asegurar el principio de igualdad: legislación nacional, cualquier sistema para la fijación de la remuneración, contratos colectivos entre trabajadores y empleadores, o la acción conjunta de diversos medios.

5. Convenio N° 103 de la Organización Internacional del Trabajo:

Este Convenio entró en rigor en 1955, sin embargo, fue ratificado por Chile en 1994, y nos entrega reglas respecto a la protección a la maternidad. Prescribe el descanso maternal para mujeres trabajadoras no menor a seis semanas antes del parto y por lo menos doce semanas después de éste (artículo 3). Sin perjuicio de aquello, esta protección puede ser un arma de doble filo en el sentido que podrá desincentivar el empleo femenino y porque no promueve la conciliación de las obligaciones laborales con las responsabilidades familiares en forma equitativa entre el hombre a la mujer, considerando que solo hace referencia al pre y postnatal que tendrá esta última, permiso que debería ser para ambos padres si seguimos la senda de la equidad en relación a las responsabilidades familiares; a pesar de aquello, no entregar este beneficio a la mujer traería consecuencias mucho más graves, de tal manera que se entiende que este instrumento internacional se haga cargo de una condición biológica de la mujer de la forma en que lo hace.

Si bien este convenio no promueve la igualdad entre hombres y mujeres, le entrega un permiso a la mujer para que pueda desempeñar su trabajo en mejores condiciones.

6. Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo:

Este Convenio, como lo analizamos precedentemente, se refiere expresamente a la discriminación en el empleo y nos entrega un concepto de discriminación, lo que es un gran aporte en la búsqueda de la igualdad de trato, pero además establece expresamente como criterio de discriminación el sexo en su artículo 1°.

7. Convenio N° 156 de la Organización Internacional del Trabajo:

Este Convenio permite promueve una distribución equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, de tal manera que no le asigna únicamente a la mujer el rol de protección de la familia, sino que se hace cargo de lo que viven los trabajadores con responsabilidades familiares, sin distinción de sexo, en cuanto al cuidado de los hijos o de otros miembros de la familia que requieran su cuidado (artículo 1).

#### 1.2.2. Reconocimiento nacional:

A continuación, analizaremos los preceptos constitucionales y legales nacionales, los cuales no buscan proteger a la mujer, ya que nacional e internacionalmente la tendencia es a erradicar el concepto de mujer como sujeto susceptible de protección, considerándola como débil, sino que buscan concretizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres. En este sentido, en Chile se han derogado normas que atentaban contra este principio, como por ejemplo el artículo 15 del nuestro Código del Trabajo, derogado por la Ley 19.250, el cual prohibía realizar a las mujeres ciertas actividades consideradas riesgosas como sujeto de protección.

Debemos recordar que ante nuestra normativa civil hasta 1989, la mujer casada en sociedad conyugal era considerada incapaz, lo que nos muestra el concepto de mujer que tenía nuestro legislador. Gratamente, esto ha ido cambiando con el tiempo y la Constitución y las leyes promueven la igualdad en el empleo entre hombres y mujeres.

#### 1. Artículo 19 N°s 2 y 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República:

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República es gravitante a la hora de referirnos la no discriminación en razón del sexo, puesto que señala expresamente que hombres y mujeres son iguales ante la ley, lo que viene a ser un refuerzo al principio de igualdad y además una especificación de éste en el ámbito de género, como el propio mensaje de la Ley 19.911, que reforma la Constitución de 1980, lo reconoce: “El presente proyecto de reforma constitucional, introduce la igualdad jurídica del hombre y la mujer como un valor superior del ordenamiento jurídico, un principio de tal ordenamiento, y una garantía material del derecho de igualdad ante la ley”. Ahora bien, como lo analizamos en el capítulo anterior, este artículo tiene plena aplicación en materia laboral, no sólo porque es

parte de nuestra Carta Magna, sino también porque el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República reconoce el derecho a la no discriminación en materia laboral, por lo que concluimos que ambos numerales se integran para configurar un estatuto constitucional especializado de no discriminación en el empleo, el cual contempla la no discriminación en razón del sexo.

2. Artículo 2° Código del Trabajo:

Este artículo señala expresamente dentro de los criterios de discriminación el sexo, por lo que no habrá dudas respecto a si nuestra legislación laboral contempla o no la prohibición de este tipo de discriminación. La explicación de esto es que la mujer históricamente ha visto disminuida sus oportunidades laborales.

3. Artículo 62 bis del Código del Trabajo:

Este artículo resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones de hombres y mujeres, toda vez que señala en su inciso primero: “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”. Asimismo, este artículo, en su inciso segundo establece que se aplicará en esta materia el procedimiento de tutela laboral, lo cual tiene sentido si entendemos que la discriminación en razón del sexo contraviene derechos fundamentales y el procedimiento de tutela laboral es el que el legislador prevé para casos en que estos se vean afectados.

4. Artículo 194 del Código del Trabajo:

Este artículo se refiere a la protección de la maternidad, cuestión por la que históricamente la mujer ha sido discriminada, ya que naturalmente debe tomar un descanso maternal y “limita” su capacidad de trabajo, considerando que culturalmente los hijos han sido prácticamente responsabilidad exclusiva de la mujer. Lo que hace el artículo 194 del Código del Trabajo es especificar la prohibición general de no discriminación a la mujer en materia laboral, contenida en nuestra Constitución y en el artículo 2° del Código del Trabajo.

En el camino de protección a la maternidad, con este artículo el legislador prohíbe al empleador de condicionar la contratación de trabajadores, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad de su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, lo que significa una manifestación más de la prohibición de discriminación en razón del sexo. Cabe hacer mención que las infracciones a este artículo las conoce la Dirección del Trabajo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 208 de Código del Trabajo y traerán como consecuencia una sanción de multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales.

### 1.3. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL SEXO EN MATERIA LABORAL.

Es un hecho innegable que la mujer sufre discriminación sólo por ser tal en el empleo, cuestión que no es más que la perpetuación de los roles de género que históricamente el hombre y la mujer han tenido y que se manifiestan en la esfera laboral, en tanto la mujer se encarga de la familia y el hombre de proveerla. Esto explica la menor participación en de la mujer en el mundo laboral en comparación al hombre. Según el INE (2017), en el año 2016 existía una diferencia entre la participación del hombre y de la mujer de 23,3 puntos porcentuales, de esta forma, mientras el hombre tiene una participación del 71,3%, la mujer tiene una participación de 48,0 (p. 2). A continuación, analizaremos las principales manifestaciones o motivos por los cuales la mujer es discriminada en la esfera laboral:

#### a) Maternidad

La maternidad es un estado que afecta intrínsecamente a la mujer y representa, como lo señala Caamaño (2011), una de las preocupaciones iniciales del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, ya que no sólo tiene por objeto cuidar a la mujer por el estado en el que se encuentra, sino también a los niños y a la comunidad (p. 54). Pareciese que es evidente que en el momento en que la mujer está embarazada y tiene a un hijo, por una cuestión biológica tanto de ella como del niño, necesitará cierta protección en su empleo, sin embargo, no podemos obviar que esto ha traído consecuencias negativas en este mismo aspecto, ya que los derechos asociados a la maternidad, que en realidad deberían ser asociados tanto a los padres como a las madres, son en la práctica derechos exclusivos de la mujer y solo de forma residual el hombre podría optar al ejercicio de alguno de ellos, cuestión que no hace más que

perpetuar la idea de que los hijos y las responsabilidades que estos conllevan, son de exclusiva incumbencia de la mujer, excluyendo al hombre de su crianza y de las obligaciones que van asociado a ellos.

Lo que venimos señalando es algo que podemos apreciar cada uno de nosotros con tan solo mirar nuestra realidad social. En este sentido, ha sido la propia ley laboral la que ha ido plasmando el modelo de familia clásico, donde el hombre es excluido de su responsabilidad hacia sus hijos, siendo estos un deber propio de la mujer por su naturaleza, cuestión que Gamonal ha llamado el “pecado original” del Derecho del Trabajo, toda vez que desde sus inicios esta rama del Derecho fue plasmando una concepción restringida del rol social de la mujer y que se reflejó en la normativa laboral, la cual la veía como un sujeto de protección, llegando incluso a excluirla de ciertas labores que no eran “propias de ella”. Esta legislación fue tornándose discriminadora y fue restringiendo el derecho a participar en el ámbito laboral en igualdad de condiciones con el hombre. En la actualidad esto no ha cambiado en su totalidad, es así como vemos que la generalidad de los derechos asociados a la maternidad tienen como característica principal que son de titularidad de la mujer y sólo en casos excepcionales puede el padre intervenir en su ejercicio: “(...) las normas sobre protección a la maternidad tienen un claro contenido económico, toda vez que afectan la posibilidad de disponer libremente de uno de los factores de producción, como es el trabajo humano, alternando el libre juego de la contratación al imponer normas protectoras que pueden llegar a ser determinantes para el empleador al momento de decidir la contratación de un trabajador y elegir entre un hombre y una mujer. No obstante, esta perspectiva económica no puede ser preponderante, desconociendo el contenido esencialmente valórico de la protección a la maternidad, ni perdiendo de vista la necesidad jurídica de garantizar la inserción de la mujer en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones y visiones sobre la necesidad de contar con una normativa protectora de los trabajadores con responsabilidades familiares” (Gamonal, 2011, p. 56).

A continuación, haremos un análisis somero de lo que hemos venido postulando hasta el momento, en relación a nuestra legislación actual relativa a la maternidad, la cual no está

protegida de forma expresa por la Constitución, pero sí por nuestro Código del Trabajo, el cual refiere en el artículo 194 “La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familia”.

En cuanto al postnatal y el postnatal parental establecidos en los artículos 195 al 198 del Código del Trabajo, es una clara muestra del escaso reconocimiento de la corresponsabilidad que existe en nuestra legislación, ya que el postnatal del hombre es de tan sólo cinco días, mientras que el de la mujer es de seis semanas a contar del parto. Con esto no queremos decir que la mujer deba tener un permiso de menor duración, sino que el del hombre es tan breve que no alcanza a desarrollar un vínculo adecuado con su hijo o hija y sólo podría lograr la extensión de este permiso en caso de muerte en el parto de la madre o si luego de éste es él quien tiene el cuidado del niño o niña. Si bien el postnatal masculino de Chile es más extenso que el de otros países de la región, como en Argentina que es de sólo dos días, es reducido en comparación a países como Eslovenia e Islandia este permiso es de noventa días o incluso Venezuela, donde su duración es de 14 días. Ahora bien, en cuanto al postnatal parental, consistente en doce semanas luego del postnatal, el hombre no cuenta con éste, salvo que la madre en desmedro de su propio permiso opte que el hombre goce del postnatal. Esto nos parece criticable porque finalmente, el goce de este derecho por el padre va a depender únicamente de la decisión de la madre y además porque la madre debe ceder de su propio permiso, cuestión que puede ir en contra de la lactancia materna en muchos casos. Si consideramos que uno de los factores que podría influir a la hora de solucionar el conflicto de la discriminación hacia la mujer es la corresponsabilidad familiar, las trabas al postnatal parental de ambos padres que impone nuestra legislación no van en el camino más adecuado. Estamos frente a un caso similar a lo que sucede con el fuero laboral por maternidad, derecho del cual goza la mujer durante el embarazo y hasta un año después de expirado el postnatal, ya que el hombre puede gozar de este fuero únicamente cuando la mujer elija darle parte de su postnatal parental, el cual comenzará a regir diez días antes de al comienzo del uso de este permiso y por el doble del tiempo de su duración, por un máximo de tres meses, como lo establece el artículo 201 del Código del Trabajo.

En cuanto al derecho a sala cuna, previsto en el artículo 203 del Código del Trabajo, también vemos que es un derecho que puede ejercer únicamente la mujer, pero que además

exige un requisito adicional, que es que la obligación de tener sala cuna le corresponde sólo a las empresas de 20 o más trabajadoras, lo que es casi un incentivo a no contratar mujeres para los empresarios, ya que al contratar a más de 20 mujeres deberá incurrir en un gasto del cual prescinde si sólo cuenta con trabajadores, cuestión que viene a reafirmar la idea de que los hijos son sólo responsabilidad de las mujeres. El derecho a sala cuna, de la forma en que lo plantea nuestra legislación, se transforma en un incentivo macabro a la no contratación de mujeres, ya que económicamente implica un ahorro para la empresa. Sin perjuicio de aquello, no podemos obviar que existe en la actualidad un proyecto de Ley de Sala Cuna Universal, que busca equilibrar la balanza entre hombres y mujeres en materia laboral, pero lo hace desde una perspectiva económica, ya que cambia el financiamiento de la sala cuna, creando un Fondo Solidario con el aporte de cada trabajador (0,1% de las remuneraciones imponibles) y el aporte estatal anual de 225.972 UTM, Fondo que será administrado por una Sociedad Anónima, con el fin de subsidiar el pago de la sala cuna hasta por el monto de 5,14 UTM. Si bien este proyecto de ley elimina que obligación del empleador a financiar la sala cuna y la exigencia de que existan 20 trabajadoras o más al extenderlo a todas las trabajadoras, lo que constituye su mayor avance, no es un avance significativo en cuanto a que no considera tanto a madres como a padres trabajadores, ya que la mujer sería la beneficiaria de este derecho y el padre lo sería exclusivamente cuando tenga el cuidado personal total del hijo o hija o bien cuando la madre lo autorice a aquello, en este sentido, creemos que el norte debiese ser como lo señala Uribe-Echeverría "(...)hacia sistemas de cuidado infantil en los que toda la sociedad se responsabilice. Se podría pensar entonces en asociar el derecho a sala cuna a ambos sexos (lo que significa en el fondo extenderlo a todos los trabajadores) buscando formas de financiamiento tripartito que se complementen con los servicios gratuitos provistos por el Estado" (2008, p. 108).

Otro ejemplo lo vemos en cuanto a la licencia por enfermedad de niño menor de un año, contemplado en el artículo 199 del Código del Trabajo, ya que en este caso la licencia la gozará la mujer, salvo cuando ella opte por que el padre se beneficie de ésta, es decir, una vez más se estará a lo que la madre decida, como si fuera sólo hijo de ella. No ocurre lo mismo cuando se trata de la licencia por enfermedad de niño mayor de un año y menor de



dieciocho que padezca un accidente o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte, ya que en este caso nuestra legislación laboral da un gran paso en cuanto a la corresponsabilidad familiar al otorgarle este derecho a ambos padres para que lo ejerzan conjunta o separadamente, según lo dispone el artículo 199 bis del Código del Trabajo.

#### b) Remuneraciones

Una de las típicas discriminaciones que recibe la mujer en materia laboral es en cuanto a su remuneración, esta se sufre ya no en el acceso al empleo, sino que en el puesto de trabajo. La diferencia de remuneraciones que existe entre el hombre y la mujer ha sido considerada una de las principales manifestaciones de la discriminación en razón del sexo, llegándose a la convicción casi generalizada en la sociedad de que la igualdad salarial es elemental para lograr una real igualdad de género en materia laboral (Departamento Estudios de la Dirección del Trabajo, 2015, p. 8). Esto explica el por qué, internacionalmente, ha sido uno de los primeros flancos que se ha intentado atacar para disminuir la discriminación sufrida por la mujer. Es así como en 1915 el principio de igualdad de remuneración es reconocido por primera vez en un tratado internacional en el artículo 427 del Tratado de Paz de Versalles, para luego ser reconocido expresamente por la OIT en el Convenio N° 100; y en Chile ha sido reconocido nuevamente, a través de la Ley 20.348, en el año 2009.

Según el Departamento de Economía de la Universidad de Chile (2018), en el último trimestre del año 2017, en el Gran Santiago, en miles de pesos, mientras los hombres perciben como promedio de ingresos laborales 826,6, las mujeres perciben 576,3, es decir, existe una diferencia de un 30,2%. En este mismo sentido, según el INE (2017), la brecha salarial en Chile en el año 2016, considerando el ingreso medio de hombres y mujeres, es de un -31,7%, en otras palabras, las mujeres ganan en general un 31,7% menos que un hombre. Lo dramático es que, si analizamos esta brecha según nivel de educación, la mayor diferencia la encontramos en el nivel de educación de postgrado, ya que las mujeres perciben una remuneración de 42,4% menos que los hombres, por lo que, a pesar que la mujer tenga mayor capacitación profesional, no logra vencer la brecha salarial.

Doctrinariamente se distingue entre dos conceptos: el de diferencia, brecha o desigualdad salarial y el de discriminación salarial. Entre ellos existe una relación género especie, toda vez que cuando nos referimos a diferencia salarial, nos referimos a la distancia existente entre el salario masculino y el femenino y, cuando hablamos de discriminación salarial, nos referimos a la parte de la diferencia salarial que tiene su fundamento en motivaciones estrictamente en razón de sexo, es decir, cuando la mujer recibe una remuneración inferior al hombre cuando realiza un mismo trabajo o un trabajo de igual valor al de éste (De Cabo y Garzón, 2007, pp. 26-27). Cabe hacer presente que cuando hablamos de diferencia y de discriminación salarial, a pesar que se utilice el término “salarial”, la doctrina ha admitido ampliamente que en realidad se considera la remuneración para estos efectos y no el salario, teniendo en cuenta que el sueldo no considera ciertos beneficios o bonos que sí se consideran como remuneración (Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, 2015, p. 27-28).

Ahora, si bien nuestra legislación reconoce la igualdad salarial entre hombres y mujeres, específicamente, en el artículo 62 bis del Código del Trabajo, ésta lo hace de una forma diferente a como lo prevé en el convenio N° 100 de la OIT, toda vez que el primero habla de igual remuneración por igual trabajo y el segundo de igual remuneración por trabajo de igual valor. Pareciese ser que la disposición más adecuada es la de igualdad de remuneraciones por trabajo de igual valor, ya que “permite la comparación entre tareas diferentes, en cambio, la definición del principio de igualdad de remuneraciones entre hombre y mujeres por un mismo trabajo resulta demasiado estrecha y no da cuenta de la tendencia de mujeres y hombres a desarrollar distintos trabajos, tanto en relación con el nivel jerárquico (segregación vertical) como en las áreas de la actividad en que se desenvuelven y al tipo de labor que realizan (segregación horizontal)” (Dirección del Trabajo, 2015, p. 30). Es difícil encontrar en la práctica a trabajadores que ejerzan exactamente el mismo trabajo, no todos los trabajos son idénticos y no en todos se cumplen las mismas funciones. Para determinar cuándo los trabajos son de igual valor, debemos considerar que se entiende que estos corresponden a los trabajos que exigen a sus trabajadores requerimientos similares en cuanto a: capacidades (conocimientos, aptitudes, iniciativa), esfuerzo (físico, mental y

emocional), responsabilidades (de mando o supervisión de personas, sobre seguridad de los recursos materiales y de la información, y sobre seguridad y bienestar de las personas) y condiciones de trabajo (De Cabo y Garzón, 2007, p. 27).

Para entender el porqué de esta diferenciación de remuneración entre hombres y mujeres, como lo resume el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo (2015), existen diversos enfoques, el primero es el neoclásico, el cual explica la diferenciación salarial en virtud de una menor productividad y capital humano de las mujeres, siendo una expresión de este enfoque el de la teoría del capital humano. Dicha teoría considera que las remuneraciones son un reflejo del capital humano, esto es, un acervo de conocimientos, habilidades y experiencias de los individuos. El capital humano de las mujeres sería menor, toda vez que tienen menor incentivo para invertir en perfeccionarse en ámbitos valorados por el mundo laboral, además que culturalmente las mujeres han tenido el cuidado del hogar, lo que interfiere con su desarrollo profesional, de tal manera que eligen empleos que puedan compatibilizar con la vida familiar y que no necesitan tener un gran capital humano, por lo que son remunerados de peor forma. Ahora que las mujeres han ido perfeccionándose más, esta situación debería ir cambiando.

Otras expresiones del enfoque neoclásico es la teoría de los diferenciales compensatorios y la de la discriminación estadística. La primera plantea que las mujeres prefieren condiciones de trabajo más placenteras y menos riesgosas, por lo que, al realizar labores menos riesgosas, reciben una remuneración inferior y, la segunda, postula que los empleadores prefieren ciertas características para contratar, castigando a un grupo con menor salario, un grupo como el de las mujeres, al considerar que tienen una tasa de rotación laboral más alta o que serían menos productivas.

Otro enfoque es el de los paradigmas alternativos, los cuales rechazan el neoclásico. Dentro de estos paradigmas encontramos el análisis radical, el cual considera que la discriminación en razón del sexo se expresa como una distribución desigual de los empleos, esto es, segregación horizontal, ya que las mujeres centran sus actividades laborales en un número limitado de ocupaciones sexualmente tipificadas, lo que ejerce una presión a la baja

de salarios. También tendría un impacto en los salarios la segregación vertical, toda vez que las mujeres se agrupan en los trabajos de menor jerarquía, con pocas posibilidades de ascenso y de acceso a altos cargos, lo que lleva consigo menores remuneraciones. También dentro de los paradigmas alternativos encontramos la teoría no económica o feminista, la cual incorpora aspectos del análisis radical, pero considera variables exteriores al mercado de trabajo y que no son de carácter económico, de tal manera que la discriminación sufrida por las mujeres en el ámbito laboral es un reflejo del patriarcado y de la subordinación de la mujer y se explica por los estereotipos dominantes social y culturalmente, los cuales hacen creer que las mujeres poseen ciertas habilidades o aptitudes que generan que existan ocupaciones únicamente femeninas, las cuales muchas veces vienen asociadas a peores condiciones laborales y remuneracionales (pp. 31-38). A nuestro parecer, esta última teoría es la que nos entrega una explicación más satisfactoria a la discriminación laboral de las mujeres, puesto que se hace cargo no sólo de cuestiones económicas, sino que explica la situación desde una perspectiva social, considerando variables relevantes, de las cuales las otras teorías prescinden.

En cuanto a las herramientas que encontramos en nuestra legislación para ponerle algún freno a la discriminación remuneraciones que sufre la mujer, en Chile hasta el año 1978 existió un reconocimiento de igualdad salarial entre hombres y mujeres, específicamente, en el artículo 35 de nuestro Código del Trabajo, principio que fue nuevamente reconocido a través de la Ley 20.348, el cual introdujo el artículo 62 bis del Código del Trabajo, ya analizado previamente, y estableció un mecanismo para hacer respetar este derecho. La importancia de la Ley 20.348 es que no sólo establece el principio de igualdad de remuneraciones, sino que también nos entrega armas procesales para la protección de éste. Además, consagra este principio no de forma absoluta, toda vez que no considera arbitrarias las diferencias de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo cuando se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

La Ley 20.348, en primer lugar, obliga a las empresas que cuenten con más de diez trabajadores a consignar en su reglamento interno de orden, higiene y seguridad un

procedimiento obligatorio al que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis del Código del Trabajo (artículo 154 N° 13 del Código del Trabajo). Asimismo, obliga a las empresas con más de doscientos trabajadores a tener una descripción de cargos y funciones (artículo 154 N° 6 del Código del Trabajo), lo cual es útil a la hora de establecer la discriminación salarial, toda vez que es necesario que la mujer discriminada realice el mismo trabajo que el hombre a cambio de una remuneración inferior. Si bien la ley no regula mayormente cómo debe ser este procedimiento, sí señala que el reclamo que se efectúe en relación a la vulneración de este principio debe ser por escrito y debe estar debidamente fundado, al igual que la respuesta que le dé a este reclamo el empleador, la cual debe ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días. Si la respuesta que la empresa entrega es satisfactoria, entonces el problema de discriminación remuneracional está resuelto; pero si la respuesta no es satisfactoria, si la empresa no responde el reclamo o si no cuenta con reglamento interno, la trabajadora afectada puede recurrir a la Inspección del Trabajo, quien deberá fiscalizar la denuncia, o bien, la trabajadora por sí o representada por su sindicato podrán recurrir directamente a Tribunales para establecer una denuncia en virtud del procedimiento de Tutela Laboral en la cual la Inspección del Trabajo, a requerimiento del Tribunal, podrá emitir un informe y hacerse parte, como en todos los procedimientos de tutela.

En el evento que la trabajadora recurra a la Inspección del Trabajo, este servicio a través de un fiscalizador deberá consignar en un informe de fiscalización los indicios de discriminación salarial que constate. Luego, con el informe de investigación, un abogado de la Dirección del Trabajo debe informar el caso, concluyendo que hay o no indicios de vulneración de derechos fundamentales. Si concluye que existen indicios, la Inspección del Trabajo debe llevar a cabo una mediación y si ésta resulta infructuosa, entonces deberá denunciar ante Tribunales del Trabajo para iniciar un procedimiento de Tutela Laboral, en el cual la trabajadora o su organización sindical podrán hacerse parte.

Analizando nuestra legislación de forma crítica, además de lo que analizamos en el sentido que mayoritariamente la doctrina considera que es más adecuado consagrar el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor y

no por el mismo trabajo, también consideramos que es contraproducente que nuestra legislación ordene que el procedimiento interno que debe seguir cada empresa ante casos de discriminación remuneracional deba estar contenido en su reglamento interno, ya que éste tiene un cariz claramente sancionatorio y el objetivo de este procedimiento interno es de diálogo y entendimiento al interior de la empresa. Asimismo, consideramos que no es adecuado que el primer reclamo deba efectuarse directamente al empleador, según lo dispone el artículo 154 N° 13, toda vez que estamos frente a una trabajadora que está con relación laboral vigente, que no siempre se va a atrever a reclamar por el temor a las consecuencias negativas que pueda traer consigo este reclamo. Es más, ni siquiera podría recurrir a Tribunales por vulneración de derecho de indemnidad, ya que este caso no se encuentra en las hipótesis previstas por el artículo 485 inciso tercero para alegar la vulneración de este derecho, considerando que no podrían ser calificadas como represalias sufridas por la trabajadora por el ejercicio de acciones judiciales o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, menos por ser testigo o por ser ofrecida como tal.

#### 1.4. CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR.

Es un hecho que las mujeres, a pesar que en la actualidad se encuentran incorporadas en el mundo laboral, destinan mayor parte de su tiempo fuera del trabajo a la realización de labores domésticas en comparación al hombre, independiente si están insertas o no en el mercado laboral. Como lo señala la Encuesta Nacional sobre el Uso del Tiempo (2015, actualizada a junio de 2017), las mujeres destinan 3,99 horas diarias al trabajo doméstico no remunerado en el día de semana, mientras que los hombres ocupan 1,91 horas diarias en estas mismas labores. Esto quiere decir que socialmente la mujer todavía asume en gran medida las responsabilidades del hogar, incluyendo el cuidado de los hijos, a pesar de haber aumentado su participación laboral, asumiendo una doble jornada de trabajo, pero no remunerada. Esta idea está tan arraigada en nuestra cultura que muchas veces hace que la mujer se quede en el hogar, a pesar de su deseo de trabajar remuneradamente y, como lo reconoce el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2009), “El problema de fondo es que el mercado laboral no está pensado para personas con responsabilidades

familiares, sino para quienes dispongan del aporte de alguien que se haga cargo de las necesidades de cuidado de su familia” (p. 74) y ese alguien generalmente es la mujer. Esta concepción hace que creamos que contratar a mujeres conlleva un mayor costo que la contratación de hombres, quienes no deben preocuparse del hogar, cuestión que afectaría su productividad y disponibilidad al trabajo, sin embargo, según como el propio PNUD reconoce, esto sería una falacia, ya que los costos pecuniarios de la contratación de mujeres son menores del 2% de la remuneración bruta mensual en Argentina, Brasil, Chile, México y Uruguay, considerando que los gastos propios de maternidad no los asume el empleador, a excepción del gasto por concepto de sala cuna, el cual sí es efectuado por la empresa en nuestro país, como lo analizamos con anterioridad.

Es así como podemos llegar a la conclusión que una de las formas de ponerle atajo a la problemática de la discriminación hacia la mujer en materia laboral, con el fin de alcanzar una equidad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia (como lo señala el preámbulo del CEDAW), y que las labores domésticas sean compartidas entre ellos, así la mujer no debería sufrir por sí sola las consecuencias negativas que tiene en el mundo laboral el tener que encargarse de la familia y del hogar. Debemos ser capaces como sociedad de armonizar trabajo y vida familiar.

En este sentido, compartimos lo que Caamaño (2011) señala, esto es, que es necesario como punto de partida ajustar nuestra legislación laboral al Convenio 156 de la OIT, el cual promueve una distribución equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, cuestión que hasta la fecha no ha ocurrido mayormente por la configuración de nuestra legislación laboral protectora de la maternidad y que no hace más que replicar el modelo de madre cuidadora y hombre proveedor, que sería el origen de la discriminación laboral hacia la mujer. De esta manera, al contemplar la actualización de nuestra legislación laboral y al establecer mecanismos que aseguren de forma efectiva la protección de trabajadores con responsabilidades familiares, veríamos en toda su plenitud la capacidad del Derecho del Trabajo de generar las transformaciones sociales que necesitamos para formar una comunidad más justa, tolerante y no discriminadora, de forma que la mujer pueda

integrarse cada vez más al empleo y el hombre al espacio familiar. Como primer paso luego del punto partida, es necesaria la reformulación general del sistema de protección a la maternidad, integrando la corresponsabilidad de hombres y mujeres, tema que abarcamos cuando señalamos a la maternidad como una de las principales manifestaciones de discriminaciones en razón del sexo en materia laboral. En el año 2014 se logró un avance a través de la Ley 20.764, la cual cambia el nombre del Título II del Libro II de “De protección a la maternidad” a “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, modificación a través de la cual el legislador busca extender la protección de los artículos 194 y siguientes del Código del Trabajo no sólo a la mujer trabajadora sino que también al padre trabajador, incentivando así la corresponsabilidad de ambos en el cuidado de los hijos y propugnando una conciliación entre familia y trabajo, como lo señala la Dirección del Trabajo en el Ordinario 3342/048, de fecha 01 de septiembre de 2014. Sin embargo, pareciese ser que estos cambios son solamente nominales o simbólicos, toda vez que a pesar que promover la protección a la paternidad y la vida familiar, el postnatal del hombre sigue siendo de cinco días, no existe derecho universal a sala cuna y la licencia por enfermedad de hijo menor de un año es derecho casi exclusivo de la madre, en otras palabras, “(...)toda propuesta de perfeccionamiento de las normas de protección a la maternidad (...) contribuirán tan sólo a profundizar la segmentación de género de nuestro actual mercado laboral, si no van de la mano con acciones inspiradas en el principio de la corresponsabilidad social de hombres y mujeres y con medidas que aseguren opciones flexibles para el goce y ejercicio de estos derechos” (Caamaño, 2011, p. 113). Por lo demás, la incorporación de preceptos que efectivamente tengan como norte la corresponsabilidad familiar, que promueve el Convenio 156 de la OIT, no va únicamente en beneficio a la mujer, quien podría incorporarse de forma más libre al empleo, sino que también va en beneficio del hombre, quien podría involucrarse en la crianza de sus hijos, y de éstos últimos, quienes podrían disfrutar de lo que a estas alturas es un privilegio, que es ser formados por ambos padres en conjunto y de forma colaborativa, siendo este proceso un ejemplo vívido de la armonización entre trabajo y familia y de igualdad de trato entre hombres y mujeres.



Nuestra legislación debiese establecer explícitamente el derecho a la conciliación de trabajo y vida familiar, sin distinción de género, como lo hace la legislación española en la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, específicamente en los artículos 14.8 y 44.1. Nos parece insuficiente lo que señala el artículo 194 del Código del Trabajo en cuanto a la protección de la vida familiar, ya que debería reconocerse como una garantía laboral, de tal forma que quienes tengan responsabilidades familiares no puedan ser discriminados por ello. En este sentido, nos parece fundamental lo señalado García (2011), quien plantea que el equilibrio en el reparto de las cargas familiares entre trabajadores hombre y mujeres exige la intervención legislativa en a lo menos tres niveles<sup>18</sup>. El primer nivel consiste en la revisión del régimen de titularidad de algunos derechos de conciliación reconocidos a la madre trabajadora y cuyo ejercicio por el padre trabajador no se contempla o sólo se considera por vía de cesión y cuando concurren circunstancias muy concretas, como ocurre en Chile; el segundo nivel dice relación con que se establezcan medidas que incentiven a los trabajadores hombres al ejercicio de los derechos de conciliación, tales como mejoras educacionales; y por último, el tercer nivel corresponde a que el legislador contemple un mecanismo de la tutela a los padres trabajadores frente a las decisiones empresariales desfavorables que se deriven con ocasión o por razón de la conciliación familiar (p.347-367).

Consideramos que una medida precursora en la senda que venimos relatando sería la extensión del postnatal del padre, cuestión que es prioritaria a la hora de que el padre asuma una participación activa e igualitaria respecto de la de la mujer en la crianza de los hijos. Otra medida que se ha tomado en España y que constituye un avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar es la de la adaptación de jornada prevista en el artículo 37.6, el cual establece “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución

---

<sup>18</sup> Si bien la autora lo hace en referencia al sistema jurídico español, es también aplicable para el legislador laboral chileno, sin desconocer que el derecho español se encuentra más avanzado que el nuestro en cuanto a la corresponsabilidad familiar

proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”.

Un avance en este sentido ha sido el 225 del Código Civil, el cual permite el cuidado personal compartido de los hijos en caso de separación o divorcio de los padres.

## 2. DISCRIMINACIÓN LABORAL EN RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

A continuación, analizaremos la discriminación laboral en razón de orientación sexual e identidad de género, sin embargo, para nadie es un misterio que todo lo relacionado a ello ha sido un tema culturalmente tabú, del que no se hablaba hasta hace pocos años atrás, era como si nuestra sociedad negara la existencia de esta comunidad, a pesar de haber existido desde siempre. Es un tema que recientemente como sociedad hemos decidido enfrentar. Esto se agudiza en materia laboral, ya que la comunidad LGBT ha sido invisible para nuestra legislación laboral hasta el año 2016, donde a través de la Ley 20.940 se agregan como factores de discriminación la orientación sexual y la identidad de género. Si comparamos la discriminación en razón de sexo y la en razón de orientación sexual e identidad de género, respecto de la primera es más fácil su investigación, toda vez que la diferencia en cuanto a derechos entre hombres y mujeres es más evidente, sin embargo, en cuanto a la discriminación en razón de la orientación sexual y de género, quienes la sufren muchas veces han debido vivir ocultando lo que son y que no ha sido aceptado por nuestra sociedad, sólo por el hecho de ser distintos a lo que creemos que es la norma. Ellos han sido históricamente discriminados atendido a lo arraigado que se encuentra el sistema heteronormativo, el cual ha neutralizado y normalizado a una las identidades de género, imponiéndole a la sociedad su obligación de ser heterosexual, como muestra de esto es que en materia laboral, según estudio realizado por el MOVILH, el 53% de personas trans indica que debió esconder su identidad de género al postular a un empleo, el 6% sólo busca trabajo en lugares donde saben que no hay problemas con las personas trans, el 30% no oculta su identidad de género y el 12% hace lo mismo, pero intenta eludir el tema (2018, p.20).

Para comenzar esta tarea, debemos partir por tener una idea clara de ciertos conceptos para saber a qué nos referimos con orientación sexual e identidad de género cuando hablamos de ellos.

## 2.1. CONCEPTOS BÁSICOS:

A la hora de comprender ciertos términos básicos para adentrarnos al estudio de orientación sexual e identidad de género, nos será de gran utilidad los Principios de Yogyakarta (2007), los cuales corresponden a una serie de principios sobre cómo se debe aplicar la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, de tal manera, busca fijar estándares básicos para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Si bien los principios contenidos en él no son vinculantes para los Estados Partes de la ONU, ya que no tienen la naturaleza jurídica de un tratado, sí corresponden a disposiciones que buscan orientar la legislación y políticas públicas de cada país.

Como primer aporte, los Principios de Yogyakarta definen en su introducción a la orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”, esto es independiente del sexo asignado al nacer y de su identidad de género. En cuanto a la identidad de género, los Principios Yogyakarta la define como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

En tanto, la Comisión Internacional de Derechos Humanos, reconoce en “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América” la auto-identificación de cada persona como principio rector, considerando que existen sexualidades e identidades no normativas para referirse a identidades trans y no heterosexuales que desafían las normas

tradicionales del género, siendo posible que algunas personas no se sientan identificadas como parte de las categorías LGBTI, replica los conceptos entregados por los Principios de Yogyakarta y, asimismo, nos entrega en “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes” otros conceptos que son variantes de la identidad de género y que nos parece necesario precisar. Define transgenerismo o trans como el “término utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste”, lo que no implica que necesariamente deba identificarse como dentro de la categorización binaria de hombre o mujer; dicho término incluye otras subcategorías tales como el transexualismo y travestismo. El primer término dice relación con aquellas personas que “se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica – hormonal, quirúrgica o ambas – para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. En cuanto al travestismo, señala que “las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo”. Ahora bien, en cuanto a la intersexualidad, la define como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”, comúnmente este término se asociaba a los hermafroditas, sin embargo, el movimiento LGBTI y la literatura médica y jurídica consideran que el término intersex es el técnicamente el más adecuado.

## 2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Históricamente siempre han existido personas homosexuales y transgéneros, quienes en muchas culturas eran aceptados y respetados, sin ser discriminados. Sin embargo, es luego de la Edad Media, época en que la Iglesia Católica comienza a monopolizar todas las áreas de la vida del individuo, es que comienza a cambiar esto último. De esta forma, la historia nos muestra cómo en Egipto, en la Grecia Clásica e incluso en el Imperio Romano, la

homosexualidad masculina era totalmente admitida. Mientras para la cultura helénica la mujer era vista como un ser inferior, incapaz de otorgarle placer sexual al hombre, la única forma de obtenerlo era a través de relaciones homosexuales, por tanto, era considerada como una opción más de vida. En Roma la homosexualidad también era aceptada, se encontraba dentro de la legalidad, e incluso se institucionalizó, toda vez que existió el matrimonio homosexual. Así vemos que las relaciones homosexuales eran tratadas de la misma forma que las heterosexuales, no obstante, esto no ocurría con la homosexualidad femenina, dada la poca importancia que se le otorgaba a la mujer, pasaba indiferente, por lo que no hay registro de matrimonios entre lesbianas. El Derecho Romano sólo a partir del siglo VI prohibió las relaciones homosexuales.

Con la propagación del cristianismo en la Edad Media, la percepción hacia la homosexualidad va cambiando radicalmente, sumado a las exigencias morales del catolicismo, van convirtiendo muchas prácticas habituales en conductas reprochables perseguidas tanto por los tribunales estatales como por el tribunal de la Inquisición, llegándose a catalogar a la homosexualidad como pecado, delito y enfermedad. La demonización a la homosexualidad dice relación con que para la Iglesia Católica el sexo es para fines meramente reproductivos, por lo demás, posteriormente, el Estado era uno con la Iglesia Católica, por lo que pecado era lo mismo que delito y la pena era la castración y la excolmulgación. Luego, con Las Partida y el Fuero Real, se sanciona la homosexualidad con la pena de muerte, considerándola contra natura. El primero de estos textos sanciona por primera vez la homosexualidad femenina, con la hoguera, lo que hasta el momento era algo nuevo, a pesar que no era tan grave como la masculina, toda vez que la mujer no puede obrar como principio activo. Con las leyes napoleónicas, como la sociedad iba siendo cada vez más laica, se elimina la pena de muerte para los sodomitas, logro que se vio reforzado con la eliminación definitiva del Tribunal Inquisidor, pero seguía viéndose como un delito de escándalo público o faltas contra la moral y las buenas costumbres. Después, poco a poco se deroga como delito en España con el Código Penal de 1932, pero vuelve a considerársele como tal con la dictadura franquista, el fascismo, el nazismo y el estalinismo. Ahora bien, en cuanto a las relaciones lésbicas, a pesar de no ser aceptadas, no vivieron la persecución que

vivieron los homosexuales masculinos, lo que viene a ser parte de la discriminación de género, toda vez que se pensaba en que la mujer no sentía placer sexual (Martín, 2011, pp. 245-275).

Ahora bien, en cuanto a las personas transgéneros, su existencia a sido aún más obviada por la sociedad, pero han existido desde siempre, según señala Planelles (2005), los primeros antecedentes son encontrados en el Neolítico, donde las sociedades cazadoras-recolectoras a los transgéneros se les respetaba y se les dejaba asumir el rol que querían cumplir en la sociedad. En muchas culturas los transgéneros han sido considerados intercesores de los dioses, por lo que se les atribuían capacidades chamánicas, tal como pasaba en las cultura indo-europeas. En la mitología griega también tienen presencia a través de Tiresías y los Escitas, al igual que en la hindú, lo que incluso permitió que el sánscrito los reconociera a través de la palabra “kliba”. En Grecia y Roma, también existen antecedentes de transgéneros, existiendo incluso registros de mujeres trans que se mutilaban sus genitales masculinos y de intentos de cirugía de cambio de sexo, incluso se habla del emperador Heliogábelo, quien habría hechos esfuerzos para operar sus genitales, siendo, al parecer, el primer caso documentado de una persona transexual. Como señala esta autora, a partir de los siglos XVIII y XIX comienzan a registrarse y a documentarse numerosos casos de personas transgéneros y muchos de ellos fueron encarcelados, considerándoseles como enfermos y pervertidos, cuestión que no es tan ajena a nuestra realidad actual, considerando que recién el año 2018 la Organización Mundial de la Salud sacó de su lista de patologías mentales a la transexualidad. En el caso de la homosexualidad, esto fue el año 1990.

Finalmente, nos damos cuenta que a pesar de haber existido desde siempre, las personas pertenecientes a la comunidad LGBT han sido discriminadas durante una parte importante de nuestra historia. Esto podría explicarse por la gran influencia de la religión católica en el mundo Occidental, la cual ha perseguido cualquier otra forma distinta al binomio hombre-mujer y que no sea heterosexual. Sin embargo, además, como señala Martín (2011), respecto a los homosexuales, pero es también aplicable a los transgéneros, la historia del prejuicio conta ellos “no es pues, sino la historia de la tolerancia social. Tolerancia social, claro es, que mejor podríamos denominar ‘intolerancia social’ (...) el tratamiento que se ha dado siempre a

la homosexualidad no ha dependido tanto de leyes u otras cuestiones, sono de tolerancia y, en función de ésta, ha girado todo lo demás – así se ha catalogado como pecado, delito o enfermedad, respectivamente” (p. 260-261). Así las cosas, hemos arribado a la convicción que la única forma de atacar esta intolerancia social es que como comunidad nos encarguemos de tener los medios necesarios para poder atacarla y desterrarla, siendo un pilar fundamental en esta misión todas las acciones que se puedan derivar jurídicamente del principio a la no discriminación.

Lamentablemente, en cuanto a cómo vinculamos su historia dentro del mundo laboral, no es mucho lo que podemos aportar toda vez que la comunidad LGBT ha debido ocultar lo que son, y en muchos casos en los que han decidido asumir su orientación sexual o su identidad de género, han debido dedicarse a la prostitución, toda vez que son altamente discriminados en esta esfera. De hecho, nos hemos encontrado con que respecto al empleo no ha existido un gran desarrollo doctrinario, no sólo en Chile, sino que en el mundo, como muestra de esto, recién en el año 2012 la OIT puso en marcha el proyecto de “Identidad de Género y Orientación Sexual: promoción de los derechos, la diversidad y la igualdad en el mundo del trabajo” (PRIDE). Nos parece que esta es una de las problemáticas que más desarrollo va a tener a futuro, considerando que de a poco como sociedad hemos ido abriendo lo ojos y nos hemos ido dando cuenta que existe la comunidad LGBT, cuyos miembros son parte de nosotros, sin embargo, aún existen personas que se han quedado en la Edad Media y que no los aceptan ni les entregan el debido respeto, por lo que frente a ellas tenemos todos una tarea pendiente, más aún el Derecho del Trabajo, el cual debe establecer mecanismos efectivos para su inserción en el empleo, libre de discriminación.

### 2.3. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO.

#### a) Reconocimiento internacional:

El reconocimiento normativo internacional de la no discriminación por orientación sexual e identidad de género es algo reciente, atendido a que es una materia que resulta conflictiva entre la comunidad internacional, existiendo todavía incluso países donde la homosexualidad es penalizada como en Arabia Saudita, Irán (pena de muerte), Sudán, Yemen, entre otros.

Sólo en el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la primera resolución de la ONU que dice relación con la orientación sexual e identidad de género de las personas, por tanto, en materia laboral tampoco existe un desarrollo mayor en cuanto a los derechos relacionados con el empleo de la comunidad LGBT.

A nivel internacional se han estado haciendo algunos esfuerzos para combatir la discriminación en el empleo en razón a la orientación sexual y la identidad de género, es así como la OIT en el año 2012, con el apoyo del Gobierno de Noruega, inició el proyecto denominado “Identidad de Género y Orientación Sexual: promoción de los derechos, la diversidad y la igualdad en el mundo del trabajo” (PRIDE) y su objetivo fue efectuar estudios sobre la discriminación sufrida por trabajadores y trabajadoras lesbianas, gays, bisexuales y trans alrededor del mundo, comenzando por los países de Argentina, Hungría, Tailandia, Costa Rica, Francia, India, Indonesia, Montenegro y Sudáfrica, para así dar a conocer los principales factores jurídicos, de policía y cotidianos que promueven o que obstaculizan la inclusión de la comunidad LGBT en el empleo y la ocupación. Si bien de esto no resultó texto normativo internacional alguno, sí es una avance para diagnosticar cómo se vive la problemática de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en algunos países

A continuación, seleccionamos normativa internacional relevante en materia laboral respecto a la orientación sexual e identidad de género, la cual no es tan prolífera, a pesar de que ha sido un tema de debate durante los últimos años en los foros de las Naciones Unidas, como el Consejo de Derechos Humanos<sup>19</sup>.

#### 1. Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo:

Como vimos anteriormente, la importancia de este convenio es que se hace cargo de la discriminación en el empleo e incluso nos entrega una definición de este término. Sin embargo, en su artículo 1° no contempla como criterio o factor de discriminación a la orientación sexual ni a la identidad de género. Ahora bien, no podemos ser injustos y desconocer la importancia que a nivel laboral ha tenido este convenio, sobre todo

---

<sup>19</sup> Así lo reconoce la propia OIT en el estudio “Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: resultados del estudio piloto”, Consejo de Administración, 319.º reunión.



considerando que su data es de 1951, época en la que la sociedad si no lograba visibilizar a la comunidad LGBT, menos lograría empatizar con su problemática de discriminación en el trabajo. Es más, eran tratados como personas que padecían patologías mentales. El avance que significa este Convenio y su relación con la identidad de género y la orientación sexual, radica en la letra b) del artículo 1.1, ya que éste da cabida a que se consideren a estos dos como factores de discriminación (Gauché, 2011, p. 169), atendido lo laxo de su redacción cuando señala “(...) el término de discriminación comprende: (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación (...)”. Asimismo, podríamos considerar que cuando en la letra a) del mismo artículo contempla al “sexo” como factor de discriminación, este término lleva consigo a la orientación sexual e identidad de género, tal como se entendió en Chile en materia laboral hasta antes de la vigencia de la Ley 20.940, es así también como lo entiende Severín cuando plantea que “existen ordenamientos nacionales o internacionales en los cuales ha explicitado la orientación sexual como un criterio autónomo de discriminación prohibida, mientras que en aquellos en los cuales no se ha incorporado expresamente en la normativa, los criterios jurisprudenciales y doctrinales se han inclinado o por considerarlo dentro de la discriminación por razón de sexo o por estimar que forma parte de aquellas otras condiciones personales o sociales no especificadas por las normas, pero que, en tanto atentatorias a la dignidad de las personas y que provocan menoscabo a determinados colectivos, deben considerarse discriminatorias” (2017, p. 257).

## 2. Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia de la Organización de Estados Americanos:

La Organización de Estados Americanos en el año 2013 aprueba lo que es el texto internacional más completo en materia antidiscriminatoria, el cual fue firmado por Chile en el año 2015, pero no ha sido ratificado. La relevancia de esta Convención para este trabajo, la cual es aplicable sólo en nuestra región, es que reconoce expresamente como motivos de discriminación a la orientación sexual y a la identidad de género en el artículo 1.1 inciso segundo y, además, que es aplicable en la materia laboral, toda vez que en el artículo 7 prescribe: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar la legislación que defina y prohíba

claramente la discriminación y la intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, así como a todas las personas naturales o físicas, y jurídicas, tanto en el sector público como privado, en especial en las áreas de empleo, participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, ejercicio de la actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros; y a derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a discriminación e intolerancia”.

b) Reconocimiento nacional:

En Chile, país que muchas veces se autodefine como conservador, la legislación que busca evitar la discriminación hacia la comunidad LGBT ha tenido grandes obstáculos para ser aprobada por nuestro Congreso, atendido el peso que tiene en éste la Iglesia Católica y en los últimos años la evangélica, las cuales se niegan a entregar mayores derechos a las minorías sexuales, quienes son patologizados e ignorados por estas doctrinas. A pesar de aquello, nuestra legislación se ha ido abriendo a temas que anteriormente eran considerados tabú y se han visto avances en este sentido, es así como vemos que han entrado en vigencia leyes como la Ley 20.609, más conocida como Ley Zamudio, a raíz del trágico homicidio de Daniel Zamudio, joven homosexual que fue golpeado por un grupo neonazi tan solo por su orientación sexual, y, asimismo, la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho de identidad de género, promulgada recientemente en el año 2018, ha significado un gran avance en cuanto se hace cargo de la problemática que sufrían las personas transexuales, quienes a pesar de tener una determinada identidad de género, esta no se reflejaba en su nombre registral.

Ahora bien, respecto a cómo reconoce nuestra legislación laboral a la comunidad LGBT y sus derechos, lo veremos a continuación.

1. Constitución Política de la República:

Lamentablemente, no existe un precepto constitucional expreso respecto a las diversas formas de expresión de la sexualidad humana. Sin embargo, como lo analizamos previamente, en materia laboral nuestra Constitución reconoce expresamente el derecho a la no discriminación, toda vez que prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la

capacidad o idoneidad personal y dentro de esta prohibición, por lo que entendemos que esta prohibición se hace extensiva a la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el empleo, sobre todo considerando lo dispuesto por el artículo 2° del Código del Trabajo.

En cuanto a lo señalado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, y que analizamos respecto a la discriminación en razón de sexo, sería inadecuado deducir que al establecer que hombres y mujeres son iguales ante la ley también se hace referencia a lo relativo a la orientación sexual e identidad de género de las personas, ya que sólo hace referencia al sexo en clave binaria de hombre/mujer (Díaz de Valdés, 2018, p. 203), distanciándose a lo que podía interpretarse a partir del Convenio 111 de la OIT, el cual hace referencia como factor de discriminación al “sexo”.

## 2. Artículo 2° del Código del Trabajo:

El artículo 2° del Código del Trabajo señala que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, dentro de los que se encontrarían las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de orientación sexual e identidad de género, entre otros, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Sin embargo, la redacción de este artículo antes no era así, toda vez que no incluía dentro de los criterios de discriminación a la orientación sexual ni a la identidad de género, estos se reconocieron como tales recientemente gracias a la entrada en vigencia de la Ley 20.940. Sin perjuicio de esto, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideraban que el criterio de discriminación por “sexo” se extendía a la orientación sexual y a la identidad de género, tal como lo expone Ugarte (2009) respecto al término sexo, el que “puede legítimamente no solo ser referido al género, sino que también a las opciones sexuales del trabajador”, sobre todo considerando que los factores de discriminación del artículo 2° no son taxativos, sino que deben ser consideradas como un catálogo abierto en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 N° 16 de la Constitución, tal como fue reconocido por la Dirección del Trabajo en el dictamen N° 3704/134, de 11 de agosto de 2004, la cual analizando el citado precepto constitucional, concluye que, dicha disposición abre, en

función de su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, la cerrada fórmula legal contenida en el artículo 2°, inciso 3° del Código del Trabajo, a otras diferencias de trato en el ámbito laboral no previstas en dicha norma, vale decir se establece un modelo antidiscriminatorio abierto residual.

Consideramos que es un gran avance en el amparo de los derechos de la comunidad LGBT que se haya incorporado al catálogo de criterios de discriminación a la orientación sexual e identidad de género, no solo porque los visibiliza en el ámbito laboral, sino también porque el término “sexo” no era el más adecuado para referirse al amplio espectro de sexualidades.

### 3. Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación:

La Ley 20.609, como lo prescribe en su artículo 1°, busca instaurar un mecanismo judicial para reestablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria, considerando en su artículo 2° expresamente como factores de discriminación a la orientación sexual e identidad de género, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad al año 2016 con el artículo 2° del Código del Trabajo, el cual los omitía. La entrada en vigencia de esta Ley fue el año 2012, cuatro años antes de que lo hiciera la Ley 20.940 que modifica el artículo 2° del Código del Trabajo, y viene a darle un respaldo a la idea que la discriminación en el empleo no se restringe tan sólo al catálogo de criterios establecidos en el artículo 2° del Código del Trabajo, sino que es más amplio, atendido lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 de la Constitución y, ahora, en el artículo 2° de la Ley 20.609, tal como lo afirma la Dirección del Trabajo en el Ordinario N° 2660/033 de 18 de julio de 2014. Por lo demás, la acción de no discriminación, regulada en esta Ley en comento, se puede ejercer en materia laboral, pero es incompatible con la acción de tutela laboral.

### 2.4. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO.

Como planteábamos anteriormente, el estudio de la discriminación en razón de orientación sexual e identidad de género en materia laboral es algo reciente e incipiente, sobre todo si lo comparamos con el desarrollo normativo y doctrinario que existe en relación

a la discriminación en razón de sexo en el empleo, ya que aquel fue por muchos años un tema tabú para nuestra sociedad, a pesar que desde siempre han existido las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgéneros.

Nos parece fundamental a la hora de analizar la discriminación por orientación de sexo e identidad sexual cuáles son sus principales manifestaciones en el empleo, con el fin de diagnosticar los puntos que debemos mejorar para integrarlos al mundo laboral, sin que sean discriminados y en pleno ejercicio de sus derechos.

a) Acceso al empleo:

Para quienes pertenecen a la comunidad LGBT, la primera barrera con la que se encuentran al querer entrar al mercado laboral es el acceso al empleo en sí mismo, toda vez que somos una sociedad conservadora, donde la influencia “valórica”, “moral” o religiosa es de gran magnitud, por lo que la “normalidad” se analiza siempre desde la perspectiva heterosexual y dentro del binomio hombre/mujer, cuestión que obstaculiza de forma inmediata la integración social de las diversas expresiones de género y de orientación sexual. Siguiendo esta línea, tal como lo concluye la OIT en el estudio denominado “Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: resultados del proyecto PRIDE de la OIT” (proyecto respecto del cual ya nos referimos), el acoso y la discriminación contra trabajadores LGBT son prácticas frecuentes y que comienzan generalmente en la etapa de la escolarización, lo que conlleva que muchos abandonen el colegio o vean disminuido su rendimiento escolar, reduciendo sus perspectivas futuras de empleo y dificultando su posibilidad de acceder a uno, así como también el ciclo del empleo mismo; por lo demás, muchas veces son incluso excluidos de sus propios hogares, debiendo hacer abandono de éste a muy temprana edad.

Por otra parte, este estudio indica que la causa de la discriminación, el acoso y la exclusión en el mercado laboral de la comunidad LGBT, dice relación con la percepción social de no conformidad con la heteronormatividad, ya que su comportamiento no se ajusta a las ideas preconcebidas de cómo debe actuar un hombre o una mujer, ya sea por su forma de actuar o su apariencia; incluso muchas veces, en las entrevistas de trabajo para acceder a un

empleo, son sometidos a preguntas invasivas sobre su vida privada. Frente a esta situación, la mayoría de los trabajadores LGBT, deciden ocultar su orientación sexual en el trabajo, cambiando el nombre de sus parejas o evitando hablar de su vida íntima, lo que trae consigo muchas veces un alto estrés, el cual incluso puede afectar su productividad como trabajadores.

Ahora bien, en cuanto a los trabajadores transgéneros, son quienes sufren las formas más graves de discriminación laboral en general y particularmente en el acceso al empleo, pues muchas veces: tienen problemas para obtener documentos de identidad con su nuevo nombre y sexo (en este sentido, Chile dio un gran avance con la entrada en vigencia de la Ley 21.120), son rechazados en las entrevistas de trabajo por su apariencia y existe reticencia del empleador para aceptar su forma de vestir, lo que puede traer consigo su exclusión del empleo formal y su necesidad de explorar otros medios de supervivencia como el trabajo sexual, en condiciones riesgosas y aumentando su vulnerabilidad al contagio VIH, situación que ocurre principalmente con las mujeres trans, quienes señalan gozar de una mayor aceptación social y remuneración en este tipo de trabajo, según lo establecido en el estudio en comento de la OIT. Asimismo, este estudio señala que el campo laboral de muchas personas LGBT se ve reducido o se les encasilla en ciertas ocupaciones, como por ejemplo en Argentina, donde los hombres dice que prefieren trabajar en centros de llamadas y servicio al cliente y que no se les contrataba en minería.

b) Durante la relación laboral:

Los principales problemas que tienen los trabajadores LGBT en el trabajo, según lo señala la OIT, en virtud del Proyecto PRIDE (2015), dice relación con el acoso y hostigamiento que se expresan en diversos actos de discriminación en el propio lugar de trabajo, tales como: el uso de lenguaje verbal y no verbal discriminatorio hacia ellos, sufrido principalmente por las personas homosexuales, expresado a través de burlas, chistes mal intencionados y apelativos irrespetuosos; hostigamiento, muchas veces sufrido por las mujeres trans que luego de encontrarse trabajando en una empresa, al iniciar su construcción de género, son hostigadas, lo que puede llegar a producir un gran ausentismo en ellas, o despedidas; acoso sexual, sufrido principalmente por mujeres lesbianas (hay casos de hombres gais que también lo

vivieron), ya que está arraigada la idea dentro de los hombres heterosexuales de poder “corregirlas”; condiciones de trabajo y trabajo desiguales, las cuales se expresan en una sobrecarga laboral y asignación de funciones no contempladas en el contrato, lo que se suma a que sienten una presión adicional en cuanto a que atendido su orientación sexual, están en constante prueba para demostrar su eficiencia, o bien, en casos de transgéneros, en el empleo su identidad de género es más importante que sus capacidades en el empleo; imposibilidades de ascenso y movilidad laboral, debido a los prejuicios y estereotipos que aún se encuentran arraigados en nuestra sociedad; inestabilidad laboral, sufrida por toda la comunidad LGBT, pero mayormente por las mujeres trans tanto en el sector público como privado; invisibilidad impuesta, ya que los empleadores ocultan a los trabajadores LGBT, asignándoles funciones en las que no sean vistos, lo que explica el porqué se sienten más cómodos en trabajos como de líneas telefónicas, o bien, se dan casos en los que a las mujeres lesbianas se les solicita “disfrazarse” para que puedan trabajar.

Frente a estos discriminatorios vividos por la población LGBT, como señala la OIT en el estudio PRIDE, a partir de lo estudiado en países como Hungría, Argentina y Sudáfrica, ellos no se atreven a efectuar una queja formal ante su empleador, debido a las potenciales pérdidas económicas que pueden derivarse de la pérdida del empleo una vez que el empleador se entere de su orientación sexual o de su identidad de género, o bien, porque no confían en la forma en que se manejarían estos reclamos.

Ya habiendo analizado la discriminación sufrida por la comunidad LGBT en el empleo, tanto en el acceso a este como durante la relación laboral, creemos que para eliminar los prejuicios hacia ellos es indispensable una legislación que los reconozca y que le garantice el pleno ejercicio de sus derechos, no solo en materia laboral, sino que en todo ámbito en el que decidan desenvolverse, ya que hace que como sociedad pongamos en el tapete conflictos sociales cuya solución podría llegar a aumentar la calidad de vida de muchas personas, quienes se sentirían aceptados e integrados. Dicho cambio social es indispensable para que vivamos en una comunidad más respetuosa y tolerante hacia los otros y hacia nosotros mismos. Si bien, últimamente, Chile ha dado pasos hacia la tolerancia hacia la población LGBT, como lo vemos con la entrada en vigencia de la Ley 20.609, la 21.120 y la

20.940, aún nos falta por avanzar hacia su inserción en el empleo, siendo indispensable también el aporte que pueden generar los privados y no sólo el Estado a través de la Ley, ya que éstos podrían contribuir estableciendo en sus propios Reglamentos Internos políticas en beneficio de sus trabajadores LGBT, cuestión que ocurre en el 39% de las empresas en Chile según la “Encuesta de Mercer sobre Beneficios para Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales en todo el Mundo”.



#### CAPÍTULO IV: EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO DE PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE SEXO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN MATERIA LABORAL: URUGUAY, ARGENTINA Y COLOMBIA.

Nos parece que es enriquecedor para nuestro trabajo la experiencia de países de la región respecto de la discriminación en razón de sexo, orientación sexual e identidad de género. Para esta labor analizaremos las Constituciones de Uruguay, Argentina y Colombia y sus legislaciones laborales, principalmente, además de doctrina y jurisprudencia.

##### 1. URUGUAY.

Constitucionalmente, podríamos decir que Uruguay reconoce el principio de no discriminación en el artículo 8° de dicha Carta Fundamental, al establecer que “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”, principio que tiene plena aplicación en materia laboral si consideramos lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Uruguay, el cual hace expresa referencia al trabajo al señalar: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”, sin perjuicio de lo previsto entre los artículos 53 y 57 en cuanto a que el trabajo está bajo la protección especial de la ley.

Si bien por mandato constitucional el trabajo está bajo la protección de la ley, la legislación laboral uruguaya no se encuentra sistematizada como la nuestra, sino que como lo indica Perciballi (2012), es fragmentaria y se compone de un conjunto de leyes adoptadas de manera asistemática, no existiendo un Código del Trabajo ni una ley general del trabajo (p. 2), por lo mismo, el campo de acción que tendrá la jurisprudencia y la doctrina en la construcción del Derecho del Trabajo uruguayo será mucho más amplio comparado con Chile (Ermida, 2006, p.2). De todas formas, debemos destacar que Uruguay hace propias la mayoría de los Convenios de la OIT, dentro de los que se encuentran los N°s 100 y 111, así

como ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas.

Ahora bien, en cuanto a la discriminación a la mujer vemos que el laboral es uno de los ámbitos donde es más visible, estando todavía presente en la sociedad la idea que la mujer debe cuidar a la familia y el hombre proveerla, cuestión que incluso se refleja en la Constitución uruguaya, ya que el artículo 42 inciso segundo sólo habla de la protección a la maternidad y a la mujer, sin considerar al hombre en su rol de padre, al prescribir que: “La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo”. Lo mismo podemos ver en los artículos 43 y 54 inciso segundo, el primero al señalar que “La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer”, como si únicamente la mujer tuviese un rol que jugar respecto de la delincuencia infantil; y el segundo, al disponer “El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado”, poniendo a la mujer en el mismo nivel de deber de protección social que a los niños. Sin embargo, Uruguay ya en el año 1989 había promulgado la Ley 16.045, la cual prohíbe toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral, ya sea para la provisión de cargos, criterios de selección y criterio de remuneración, entre otros. Asimismo, la Ley 19.580, sobre violencia hacia las mujeres basada en género, constituye un gran avance porque amplía el concepto conservador de mujeres, más allá del “sexo” y considera como tales a las de todas las edades, mujeres trans, de las diversas orientaciones sexuales, condición socioeconómica, pertenencia territorial, creencia, origen cultural y étnico-racial o situación de discapacidad, sin distinción ni discriminación alguna, además, es aplicable expresamente al ámbito laboral, ya que incluso el artículo 6 letra I) considera expresamente a la violencia laboral; la Ley 18.104, sobre igualdad de derechos y oportunidades entre hombre y mujer, en el artículo 4° letra C) señala que el Plan Nacional de igualdad de oportunidades y derechos deberá promover cambios culturales que permitan compartir en condiciones de igualdad el trabajo productivo y las relaciones familiares, lo que es un claro reconocimiento a la corresponsabilidad familiar y un claro

ejemplo de cómo el legislador mandata al Estado para que impulse este que este cambio social, indispensable para combatir la discriminación hacia la mujer; y en la misma senda de corresponsabilidad familiar, el artículo 12 de la Ley 19.161 señala que, lo que para nosotros sería el postnatal parental, podrá ejercerse indistintamente y en forma alternada a partir de las ocho semanas luego del parto hasta los seis meses de edad del hijo o hija, ya sea por el padre o por la madre, muy distinto a lo que establece nuestro legislador. Además, el padre tendrá un permiso posterior al parto de diez días, es decir, el doble de tiempo del que cuentan los trabajadores chilenos.

En cuanto a la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género vemos que Uruguay, ha sido pionero en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBT en América Latina, ya que fue el primero en permitir las uniones entre homosexuales en el año 2007, con la Ley 18.246, y el matrimonio igualitario es legal desde el año 2013. Asimismo, el año 2009 se permite la adopción homosexual y se aprobó una reforma legislativa que permite el cambio de nombre y sexo. Ahora bien, en materia laboral es totalmente aplicable la Ley 17.817, sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación, ya que considera como criterios de diferenciación al sexo, orientación sexual e identidad de género en cualquier esfera, por tanto, también en la esfera laboral.

Respecto al mecanismo procesal para hacer valer el principio de no discriminación en razón de género, orientación sexual e identidad de género, Uruguay no contempla un procedimiento especial en materia laboral, de hecho, ni siquiera prevé uno el caso que exista la vulneración de cualquier derecho fundamental de algún trabajador. El legislador uruguayo, según lo dispuesto en las leyes 18.572 y 18.847, sólo prevé un procedimiento ordinario y otro de menor cuantía, y los casos de discriminación, ya sea por sexo, orientación sexual e identidad de género, se substancian de acuerdo al primero de estos procedimientos. En este procedimiento se podrá discutir lo propio del despido e incluso podrán solicitar indemnización por daño moral en caso de calificarse como discriminatorio el despido, sin embargo, se discute si por sentencia se podrá ordenar el reintegro del trabajador vulnerado, ya que la jurisprudencia no ha considerado esta opción al considerar que esto es propio de los asuntos sindicales, en virtud de la Ley 17.940, criterio que es discutido por la doctrina

uruguayo. A nuestro parecer, esto se condice con una de las características principales del Derecho del Trabajo uruguayo, que es su fragmentación y lo importante que ha sido para su configuración la jurisprudencia y la doctrina.

## 2. ARGENTINA

En el caso de Argentina, la Constitución de la Nación reconoce el principio o derecho de igualdad en el artículo 16, el cual indica que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”, precepto que es de gran importancia, puesto que, además, hace referencia expresa al empleo, no debiendo existir diferencia de trato en el empleo sin otra condición que la idoneidad. Asimismo, esta Carta Fundamental establece el principio de trato igualitario, prohibiéndole al empleador de hacer discriminaciones en perjuicio del trabajador, a través del artículo 14 bis, el cual indica que la ley protegerá al trabajador y le ordena otorgar un mínimo de protección en cuanto a condiciones dignas y equitativas, jornada limitada del empleo, descanso y vacaciones pagados e igual remuneración por igual tarea, entre otros. Este último precepto hace referencia a una de las típicas manifestaciones de discriminación que sufren las mujeres y que pueden llegar a sufrir la comunidad LGBT, en cuanto a que ordena igual remuneración por igual tarea, cuestión que, a diferencia de nuestro país, en Argentina tiene reconocimiento constitucional y, además, no sólo protege a la mujer, sino que a todos. Cabe mencionar también que en Argentina, existen ciertos tratados que tendrán jerarquía constitucional, en virtud del artículo 75, inciso 22, y que establecen la prohibición de no discriminación, dentro de los que se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, además, como ese mismo precepto lo señala, los tratados y

concordatos tienen jerarquía mayor a las leyes, pero inferior a la Constitución Nacional, por lo que podríamos considerar que dentro de este grupo se encuentra el Convenio 111 de la OIT, ratificado en 1968 por Argentina (Terrasa, 2017, p. 162-167).

En cuanto al reconocimiento legal de la no discriminación laboral, nos encontramos con que la Ley de Contrato de Trabajo en el artículo 17 prohíbe la discriminación entre trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Esta norma sólo considera como criterio de discriminación al sexo, y no a la orientación sexual e identidad de género, lo mismo que ocurre con el artículo 81 de ese cuerpo legal, el cual establece la igualdad de trato por parte del empleador a todos los trabajadores en identidad de situaciones, añadiendo que considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza. Por otra parte, la ley 23.592, sobre actos discriminatorios, la cual tiene plena aplicación en materia laboral, tampoco los considera como motivos de discriminación, no así al sexo, a pesar de existir múltiples intentos de cambiar esta situación<sup>20</sup>. Sin perjuicio de aquello, como lo postulamos anteriormente, entendemos que cuando el legislador establece criterios de discriminación estos no son taxativos, de tal forma consideramos que estando establecido el derecho a la no discriminación constitucionalmente y en la ley en materia laboral, este derecho se extiende hacia la comunidad LGBT en casos de ser discriminados en el empleo, tal como lo podemos ver en la causa CUIJ 13-01955470-2/1 de la Suprema Corte de Justicia Argentina, de fecha 04 de abril de 2017, rechazando los recursos deducidos, declarando discriminatorio el despido sufrido por un trabajador homosexual luego de haber contraído matrimonio. Esto se condice con que Argentina, al igual que Uruguay, ha estado a la vanguardia en cuanto al reconocimiento de derechos a la comunidad LGBT, de hecho, fue el primer país en la región que aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2010, y en el año 2013 aprobó la ley de identidad de género.

Como vimos en el párrafo anterior, existen preceptos legales expresos que consideran la prohibición de discriminación en razón de sexo, pero además el título VII de la Ley de

---

<sup>20</sup> <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/normativa/ley-23-592-actos-discriminatorios-1988/> 09/02 a las 18:50 hrs

Contrato de Trabajo argentina se titula "Trabajo de Mujeres". Dicho título en el artículo 172 repite la prohibición de discriminación a la mujer en el trabajo, agregando en su inciso segundo el principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor, tal como lo establece el Convenio N° 100 de la OIT, distinto a como lo regula el legislador chileno, el cual no hace mención al valor del trabajo en el artículo 62 bis del Código del Trabajo. Sin embargo, vemos en la legislación laboral argentina un paternalismo extremo, ya que, por ejemplo, en el artículo 176 al disponer que "Queda prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre" no hace más que replicar la imagen de debilidad con la que ha cargado la mujer por años, excluyéndola de empleos por el solo hecho de ser mujer y viéndola como un sujeto de protección especial. Esta situación es parecida a lo que se puede ver en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia y que analizaremos más adelante. Asimismo, el legislador argentino contempla un permiso paternal de tan solo dos días corridos luego del nacimiento del hijo, el cual es aún más breve que el de Chile y que no fomenta en nada la corresponsabilidad familiar.

Lamentablemente, Argentina no cuenta con un procedimiento especial para conocer la discriminación laboral en razón del sexo, orientación sexual e identidad de género, al igual que Uruguay, de hecho, el año 2004, a través de la Ley 25.877, elimina la figura de despido discriminatorio. Pues bien, a pesar de no existir un procedimiento especial, Terrasa (2017), advierte que cuando existen violaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores, dependiendo del derecho violado, el damnificado podrá exigir la protección del mismo por la vía sumarísima y/o el amparo, cuestión que se observa principalmente en casos de discriminación en el empleo y ataque a las libertades sindicales, lo que hace que los tiempos procesales disminuyan en comparación con el proceso ordinario, por el cual se tramitan la mayoría de los procesos en Argentina. Además, como señala el autor, en Argentina cuando es vulnerado un derecho fundamental, en principio, no procede la nulidad del acto violatorio y menos en un caso de despido, cuestión que ha ido cambiando en los últimos años, toda vez que desde el año 2010 la jurisprudencia comenzó a aplicar, específicamente en los casos de discriminación laboral, la Ley 23.592, sobre actos discriminatorios, la cual dispone en su artículo 1° que "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo

menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”. Lo que en otras palabras hace este artículo es declarar la nulidad del acto discriminatorio, efecto que en principio visto de forma reticente por la doctrina y jurisprudencia argentina, toda vez que si se discriminaba mediante despido, se debía reinstalar al trabajador a su puesto de trabajo, además de establecer expresamente la procedencia del daño moral. Por otra parte, también surgió un debate respecto de los casos de discriminación laboral en cuanto a cómo debía distribuirse la carga de la prueba, cuestión que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina zanjó, estableciendo que el actor tendrá una menor carga probatoria y que es deber del empleador acreditar los motivos del despido, en caso que se alegue que éste se debió a discriminación.

### 3. COLOMBIA.

Analizando la normativa constitucional de Colombia, vemos que el principio de igualdad y de no discriminación es posible encontrarlo en el artículo 13 inciso primero, el cual dispone que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. En este aspecto la Constitución colombiana es distinta a la de Chile, Argentina y Uruguay, toda vez que establece un catálogo de criterios de discriminación, dentro de los cuales se encuentra el sexo, mas no la orientación sexual e identidad de género. Además de este reconocimiento general a los principios de igualdad y discriminación, la Carta Fundamental de Colombia también los contempla en materia laboral, específicamente, en el artículo 53. La importancia de este precepto constitucional es que le

encarga al Congreso el estatuto laboral y establece ciertos principios fundamentales mínimos que esta deberá respetar la ley, dentro de los que se encuentran la igualdad de oportunidades de oportunidades para los trabajadores, y protección especial a la mujer y a la maternidad, entre otras. La protección otorgada por el artículo recién señalado va en concordancia con lo que señala el artículo 43 de la Carta Fundamental de Colombia el que reza “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”. Es así como vemos, una vez más, que la prohibición a la discriminación hacia la mujer tiene reconocimiento constitucional y se hace cargo de una realidad social, sobre todo en América Latina, en cuanto protege a la mujer “cabeza de la familia”.

Por otra parte, el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, inciso cuarto, reconoce que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, distinto a lo que ocurría en Argentina, país donde se le otorgaba jerarquía suprallegal. Sin perjuicio de aquello, consideramos que la jerarquía que le otorga Colombia a los convenios internacionales del trabajo es destacable, ya que hace suyos todos los Convenios de la OIT en materia de discriminación laboral que estudiamos en su oportunidad, especialmente, el N° 111..

En cuanto al Código Sustantivo del Trabajo, nos llama la atención que en diversos preceptos hace mención a trabajos o labores que la mujer no puede ejercer, repitiendo el paternalismo que analizamos en su oportunidad respecto del legislador argentino. Consideramos que esta discriminación que efectúa la misma ley va en desmedro de la inserción laboral de la mujer, sobre todo considerando que de por sí la mujer tiene más trabas de acceso al empleo que el hombre y tiene una participación laboral más limitada. Esto se aprecia en diversos artículos del Código Sustantivo del Trabajo, como en el 108 N° 13, que establece que el reglamento que debe elaborar el empleador debe tener como disposición normativa las especificaciones de las labores que no deben ejecutar las mujeres y



los menores de dieciséis años; y en el artículo 242 sobre trabajos prohibidos, números 1 y 2, prohíbe emplear a la mujer y a los menores de 18 años en trabajos de pintura industrial que tenga ciertos compuestos químicos y, lo más grave, en trabajos de subterráneos de las minas y, en general, labores peligrosas, insalubres o que requiera grandes esfuerzos. Esto no hace más que repetir el estereotipo de la mujer como un ser débil e incapaz, que requiere la protección de la ley; pero no sólo eso, sino que va mermando el campo laboral de la mujer. Cabe agregar que este tipo de preceptos alguna vez existieron en Chile, sin embargo, en 1993 se modificó el artículo 15 del Código del Trabajo que prohibía que las trabajadoras fueran contratadas para trabajos mineros subterráneos o para faenas que requerían fuerza o peligrosas para las condiciones físicas y morales de la mujer.

También podemos ver en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia que se protege a la maternidad, mas no la paternidad, lo que no se condice con la conciliación de la vida familiar con el empleo. Por otro lado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 236 del texto legal ya citado, el pre y postnatal de la mujer es más breve que en Chile, ya que son en total 18 semanas, por regla general, 1 de prenatal y 17 de postnatal, mientras que el postnatal del padre es 8 días desde el parto, superior al de nuestro país. Cabe destacar que, similar a lo que sucede en Chile, los derechos que tiene la madre son extensivos al padre, únicamente cuando éste quede a cargo del hijo o hija sin apoyo de la madre, por enfermedad o muerte de ésta.

En cuanto a los derechos de la comunidad LGBT, si bien no existe precepto legal que los proteja respecto de la discriminación laboral, existen otros que a lo menos reconocen la diversidad sexual, como por ejemplo el artículo 5 de la Ley 975 de 2005, sobre la incorporación de grupos armados a la vida civil, reconoce que hay poblaciones con características articulares en razón de su género y orientación sexual; así como también el legislador colombiano prevé como circunstancias de mayor punibilidad las conductas punibles inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referido al sexo o a la orientación sexual. Así las cosas, a pesar de que el legislador no se ha hecho cargo de la discriminación laboral LGBT de forma expresa, la jurisprudencia sí, es así como vemos que en la causa T-152-2007, la Corte Constitucional de Colombia reprocha la discriminación contra

una persona trans en el trabajo. Sin embargo, no sólo en materia de discriminación laboral en razón de orientación sexual e identidad de género ha sido fundamental la jurisprudencia, sino también en el matrimonio igualitario, ya que a pesar que la Corte Constitucional le ha hecho presente al legislador una notoria falta de regulación sobre derechos de la comunidad LGBT, no se promulgó ley alguna que lo reconociera, por lo que finalmente fue dicha Corte la que el año 2016 reconoce el derecho de matrimonio igualitario, en este sentido, Villarreal (2016) considera que “La Corte Constitucional ha sido la responsable de que la comunidad LGBTI haya recobrado dignidad y, sistemática y progresivamente, que los miembros de ella hayan sido tratados como iguales en varios aspectos y la única institución diplomática que ha reconocido los derechos fundamentales e los últimos 20 años (...)” (p. 134). Ahora bien, en cuanto a la identidad de género, el legislador sí se ha pronunciado

Sobre a las acciones que se pueden ejercer respecto a la discriminación laboral en razón de sexo, orientación sexual e identidad de género, Colombia establece una acción “general” de tutela de derechos fundamentales, la cual no solo se aplica a nivel laboral, según lo dispone el artículo 86 de su Constitución y se reconoce en el artículo 1 del Decreto N° 2591 de 1991, el cual regula esta acción: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por los menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción”.

Respecto de esta acción es destacable la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual, como lo plantea Fernández (2013), postula que los criterios de discriminación que no son señalados expresamente por el artículo 13 de la Constitución deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador,

situación en la que se encuentran la orientación sexual e identidad de género, criterios de discriminación que no son considerados por este precepto constitucional. Además, este autor plantea que la jurisprudencia, atendida la protección constitucional del trabajador, en el caso que éste aporte indicios generales que aprueben un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato desigual (pp. 43-44).

## CONCLUSIONES

Con lo analizado en el presente trabajo, en atención a los derechos fundamentales, considerados como componentes estructurales del orden jurídico objetivo, así como de cada una de las ramas que lo integran, podemos concluir que estos son la expresión jurídica de un sistema de valores, que afectan el desarrollo integral de la persona desde una esfera individual a una político-social. No podemos obviar que, inicialmente, los derechos fundamentales buscaban proteger al individuo del Estado, toda vez que se consideraba que entre privados las relaciones se daban en un contexto de simetría de fuerzas. Sin embargo, en las relaciones laborales, pareciere que es evidente que esta relación de paridad se rompe, evidenciando que una nueva realidad en la que la relación de igualdad entre privados es meramente teórica. Esta realidad es la que permita que nazca la tesis de la teoría horizontal de los derechos fundamentales y posteriormente se fundamente a favor de la ciudadanía de la empresa, teorías que en la actualidad son indiscutidas por la doctrina y jurisprudencia, teniendo incluso reconocimiento normativo.

El respeto de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados y la ciudadanía de la empresa, permiten dar por hecho que existe un límite al poder del empleador, el cual nivela la asimetría entre éste y el trabajador, ya que aquellos, como escudo jurídico, se aplican sobre todas las facultades del empleador, en el sentido del artículo 5 inciso primero de nuestro Código del Trabajo. Sin perjuicio de aquello, la aplicación de derechos fundamentales en las relaciones entre privados no es únicamente respecto del trabajador, sino que también le otorga protección para el empleador, pudiendo generarse en muchos una eventual colisión de derechos fundamentales, ya que estos, a pesar de que emanan de la dignidad humana, no son taxativos ni tampoco absolutos. Es así que ante una colisión de derechos, para obtener una solución se deberá ponderar principios con la máxima de proporcionalidad.

Concluimos que dentro de los derechos fundamentales insignes, nos encontramos con el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, los cuales se encuentran

íntimamente vinculados, siendo un requisito del segundo el primero. El derecho a la no discriminación va adquiriendo cada vez más importancia en de una sociedad globalizada y tan diversa como la que existe en la actualidad, considerando que la diferencia es repudiada por ciertos actores sociales, es así como vemos discriminaciones de todo tipo, ya sea por forma de ser, vestir o de expresarse que esté fuera de la “normalidad”. En este sentido, con el fin de entregar la mayor protección a la “diferencia”, existen internacional y nacionalmente diversos instrumentos que definen, promueven y protegen el derecho de no discriminación. Es así como nuestro legislador nos otorga una definición de Discriminación arbitraria en el artículo 2° de la Ley 20.609 señalando que es “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 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 filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

En el empleo, el derecho a la no discriminación tiene plena aplicación, considerando lo establecido en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y el artículo 2° del Código del Trabajo. Este último artículo nos entrega un catálogo de criterios de diferenciación, al igual que otros preceptos internacionales, el cual no es taxativo, sino que se va adaptando a modo de respuesta a una realidad social dinámica, es así como vemos que en el año 2016, éste se amplía e incorpora dentro de sus criterios el de orientación sexual e identidad de género. Asimismo, este principio está reconocido por diversos pactos y tratados internacionales tales como la declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978); la Declaración de Filadelfia (1787); Convenio N°s 100 y 111 de la OIT.

Adicionalmente, concluimos que nuestro legislador con la aprobación de la Ley 20.087, la cual prevé la acción de tutela laboral de derechos fundamentales, avanza a pasos agigantados al hacerse cargo de las críticas que la doctrina efectuaba, toda vez que entrega herramientas procesales para hacer efectiva la protección a los derechos fundamentales en el empleo, como el de derecho de no discriminación.

En el estudio del derecho a la no discriminación en el empleo, consideramos que la discriminación laboral en razón del sexo es uno de los tópicos de mayor relevancia social. La mujer a través de la historia ha sido considerada como “sexo débil”, otorgándosele un tratamiento jurídico de minoría, excluyéndola del mundo laboral o entorpeciendo su incorporación y mantención en el tiempo en el mundo laboral. La explicación a esta discriminación sufrida por la mujer dice relación con que culturalmente el rol de la mujer es el de cuidado de la familia y el hogar, mientras que el del hombre es el de proveer. Esto corresponde al concepto tradicional de familia, y se demuestra en la actualidad con la discriminación diaria que recibe la mujer en el empleo, ya sea para acceder a éste, como para permanecer en él, viéndose continuamente afectada por remuneraciones más bajas que las del hombre por trabajos de igual valor, así como también porque la sociedad y el legislador asume que el cuidado de los hijos y la familia es tarea exclusiva de la mujer, entregándole ciertos derechos, vinculados principalmente con la maternidad, a la mujer, excluyendo al hombre de la crianza de los hijos, marginándolo del cuidado de estos y de obligaciones parentales. Ante este escenario, proponemos que la solución más eficaz ante la discriminación laboral que vive la mujer es que penetre y trascienda socialmente la corresponsabilidad familiar, de tal forma que la responsabilidad del hogar y de los niños sea tanto de las mujeres como de los hombres, cuestión que concuerda plenamente con el principio de interés superior del niño. En otras palabras, la solución que proponemos para esta disparidad en las responsabilidades para con la familia y que afectan la paridad en el trabajo, es que como sociedad seamos capaces de armonizar el trabajo y la vida familiar, equiparando las responsabilidades parentales y económicas del hogar común. Pudiendo el derecho laboral modificar la cultura social, legislándose en materias como universalidad del

derecho a sala cuna, equiparando el derecho a postnatal, equiparando el derecho de los padres a licencia en caso de enfermedad de los hijos, entre otros.

Por otra parte, la discriminación laboral en razón de orientación sexual e identidad de género que, a diferencia de la discriminación por razón del sexo, ha sido un tema completamente tabú, más aún en el mundo laboral. Se debe lograr visibilizar a la comunidad LGBT y sus problemáticas en el empleo, para asegurar su adecuada inserción en el trabajo, solo así se logrará un avance en la igualdad a la que propende el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, a la que debe enfocarse el derecho laboral.

Internacionalmente, a pesar que no existe un instrumento internacional propiamente tal de la OIT, ésta ha hecho esfuerzos, como el proyecto PRIDE, lo que se condice con el Convenio N° 111. Asimismo, internacionalmente, destacamos el gran avance que significa la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia de la Organización de Estados Americanos.

A su vez hay un reconocimiento nacional, el que podemos apreciar en la Ley 20.609, más conocida como “Ley Zamudio”; la Ley 21.120; la Ley 20.940 y el artículo 2° del Código del Trabajo, el cual comprende expresamente como criterios de diferenciación la orientación sexual e identidad de género.

Por último, el presente trabajo nos entrega una mirada al escenario que vive nuestra región respecto de la discriminación en razón del sexo, orientación sexual e identidad de género, toda vez que analiza la realidad jurídica de Uruguay, Argentina y Colombia.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilera, A. Discriminación directa e indirecta. *Revista per a'análi del dret*, (1), p. 1-17.
2. Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales (1a. ed., Colección el derecho y la justicia). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
3. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (s.f). *Historia de la Ley N° 19.611*.
4. Bilbao, J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Estudios Constitucionales). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
5. Borrillo, D. (2013). *Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo*. Derecho PUCP, 0(71), 543-556.
6. Caamaño, E. (2003). *La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral*. Revista de Derecho, 14, p.25-41.
7. Caamaño, E. (2007). *El derecho a la no discriminación en el empleo* (2a. ed., Derecho del trabajo y seguridad social). Santiago, Chile: LegalPublishing Chile.
8. Caamaño, E. (2011). *Mujer, trabajo y derecho*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.
9. Caamaño, E. (2014). La discriminación laboral y el “pecado original” del derecho del trabajo. *Pensamiento Americano*, 7(13), 11-38.
10. Carbonell, M. (2006). *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares* (Notas Para Su Estudio) Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., 18, 50-75.
11. Castro, J. (2001). Discriminación en las Relaciones Laborales. *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, (146), p.7-19.
12. Cea Egaña, J. (1996). La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho Público*, 59, p. 11-22.
13. Criado-Castilla, J. (2016). *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*. Pensamiento Jurídico, (44), p.343-385.
14. De Cabo, G. y Garzón, M. (2007). *Diferencia y discriminación salarial por razón de sexo*. Madrid, España: Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.



15. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo (2010). *El derecho a ganar lo mismo. Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres*. Santiago, Chile: Dirección del Trabajo.
16. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo (2015). *La desigualdad salarial entre hombres y mujeres: alcances y limitaciones de la ley 20.348 para avanzar en justicia de género*. Santiago, Chile: Dirección del Trabajo.
17. Departamento de Economía de la Universidad de Chile (2018). *Encuesta de Ocupación y Desocupación en el Gran Santiago: Informe Trimestral de Empleo, Diciembre 2017*. Santiago, Chile: Universidad de Chile.
18. Díaz de Valdés, J. (2018). Las categorías sospechosas en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (50) 1, pp. 189-218.
19. Duarte, J. y García, J. (2016). Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres. *Revista CS*, (18), pp. 107-158.
20. Ermida, O. (2006). *La nueva legislación laboral*. Uruguay.
21. Fernández, E. (2013). El derecho fundamental a la igualdad laboral. Jurisprudencia constitucional. *Revista Departamento de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Colombia*, 1 (4), pp. 37-58.
22. Uribe-Echeverría, V. (2008). *Inequidades de género en el mercado laboral: El rol de la división sexual del trabajo*. Cuaderno de Inverigación N° 35, Dirección del Trabajo.
23. Gamonal, S. (2004). *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*. Cuadernos de fundación. Derecho del trabajo y la seguridad social. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
24. Gamonal, S. (2007). *El procedimiento de tutela de derechos laborales (1a. ed.)*. Santiago: LexisNexis.
25. Gamonal, S. (2014). *Fundamentos de derecho laboral (4a. ed. act. ed., Colección tratados y manuales)*. Santiago, Chile: Thomson Reuters
26. Gamonal, S. (2015). *La eficacia diagonal u oblicua y los estándares de conducta en el derecho del trabajo (1a. ed., Monografías)*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

27. Gauché, X. (2011). *Sexualidad diversa y discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, España: Editorial Académica Española.
28. García, M. (2011). La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
29. Instituto Nacional de Estadísticas (2015). *Mujeres en Chile y mercado del trabajo*. Santiago, Chile.
30. Instituto Nacional de Estadísticas (2015). *Encuesta Nacional Sobre Uso del Tiempo*. Santiago, Chile.
31. Instituto Nacional de Estadísticas (2017). *Enfoque estadístico de Género y empleo*. Santiago, Chile.
32. Instituto Nacional de Estadísticas (2018). *Síntesis de resultados Censo 2017*. Santiago, Chile.
33. Layana Veneciano, E. (2013). *Derecho del trabajo y derechos fundamentales: ciudadanía de la empresa*. Revista de Ciencias Sociales. 63, p.145-167.
34. Lizama, L. y Ugarte, J. (1998). *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago de Chile: Jurídica ConoSur.
35. Martín, M. (2011). Aproximación Histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa. *Estudios Constitucionales*, 9 (1), p.245-275.
36. Melis Valencia, C. (2010). *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (2a. ed.). Santiago, Chile: AbeledoPerrot LegalPublishing [Chile].
37. MOVILH (2018). XVI Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género de Chile (Hechos 2017).
38. Nash, C. (2016). *Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros*. Revista de Derecho Público, 67, 73-100.

39. Nogueira, H. (2005). *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*. *Ius Et Praxis*, 11(2), 15-64.
40. Nogueira, H. (2006). *El derecho a la igualdad ante la ley; la no discriminación y acciones positivas*. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 10, p. 799-831.
41. Palavecino, C. (2014). El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile. *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 5 (9), p. 33-45.
42. Palomeque, & Álvarez de la Rosa. (2008). *Derecho del trabajo (16a. ed.)*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
43. Pasco, M. (2012). *Los Derechos Laborales Inespecíficos*. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 3 (5), 13-29.
44. Planelles (2005), visto 30 de enero de 2019 a las 16:50 horas en <https://es.calameo.com/read/000026497ad6ee3fcae55>.
45. Perciballi, V. (2012). *Los derechos de los trabajadores*. Uruguay.
46. PNUD (2009). Trabajo y familia.
47. Prieto, C. (1999). Los estudios sobre mujer, trabajo y empleo: Caminos recorridos y caminos por recorrer. *Política Y Sociedad*, 32, *Política y Sociedad*, 01 January 1999, Vol.32.
48. Ruay Sáez, F. (2014). *Una crítica al juicio de ponderación de Alexy a propósito del procedimiento de tutela laboral*. *Revista de Derechos Fundamentales-Universidad Viña del Mar*. 12, pp. 123-161.
49. Salomé, L. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: Directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *Pensamiento Constitucional*, 22, 255-290..
50. Sánchez, Á. (2004). *Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales*. *Eikasia Revista de Filosofía*, 55, p.229-237.

51. Severin, J. (2012). *Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional*. Revista de Derechos Fundamentales-Universidad Viña del Mar. 7, 59-86.
52. Severin, J. (2017). *Derechos fundamentales en el trabajo y derecho internacional*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense Madrid, Madrid.
53. Suazo Schwencke, C. (2000). *Discriminación laboral por razón de sexo*. Santiago de Chile: Editorial Congreso.
54. Terrasa, L. (2017). Los derechos fundamentales en las relaciones laborales privadas de Argentina. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (25), p.157-180.
55. Ugarte Cataldo, J. (2008). *La Constitucionalización del Derecho del Trabajo: la Tutela de Derechos Fundamentales*. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 7, p. 249-273.
56. Ugarte Cataldo, J. (2011). *El nuevo derecho del trabajo (3a. ed.)*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.
57. Ugarte Cataldo, J. (2013). *El derecho a la no discriminación en el trabajo*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.
58. Villarreal, M. (2016). Matrimonio homosexual en Colombia: discriminación, vacíos legales y alternativas jurídicas. *Ambiente Jurídico*, 19, pp. 145-180.
59. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
60. Salomé, L. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: Directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *Pensamiento Constitucional*, 22, 255-290.