

DISCRIMINACIÓN EN TRABAJADORES TRANSGÉNERO: DÉFICITS NORMATIVOS EN LA TUTELA LABORAL ANTIDISCRIMINACIÓN.

Tesina para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Valparaíso.

Tesista: Joana Carneiro Del Fierro

Profesor Guía: Matías Rodríguez Burr

Valparaíso, Diciembre, 2023

Agradecimientos

A mi ángel que se ha ido antes de tiempo, porque sin importar que ya no estés en este mundo terrenal, durante cada minuto en el que estuvimos juntas jamás dejaste de creer en mí, el amor verdadero nos une por siempre. Te espero en mi ceremonia de título, tal como me lo prometiste. Te amo y te extraño cada segundo abuelita Adriana.

A mi madre, por estar ahí para mí incondicionalmente, por enseñarme la importancia de ser una mujer fuerte, resiliente e independiente, por inculcarme que con trabajo los sueños se pueden hacer realidad, por cada abrazo y cada palabra de aliento que me has entregado durante todo este tiempo. Por ti soy una mejor mujer cada día y no me cabe duda de que a los cientos de niños y niñas que has educado en el ejercicio de tu profesión les cambiaste la vida y los hiciste mejores con tu enorme corazón.

A mi hermana, por escucharme cada vez que he necesitado contención, por recordarme lo capaz que soy de alcanzar el cielo si me lo propongo, por tanto amor y apoyo incondicional. Somos personas diferentes, pero nos une el cariño y la preocupación que tenemos la una a la otra. No dudes jamás de que aquí siempre tendrás a una amiga en quien contar como yo jamás he dudado de que hasta en el fin del mundo te tengo a ti.

A mis padrinos, por abrirme las puertas de su casa, entregarme un segundo hogar y un lugar seguro para aclarar mis ideas cada vez que me siento perdida. Todo este proceso ha sido más cálido con ustedes en mi vida. El amor incondicional que ustedes entregan ha sido para mí durante todos estos años un ejemplo de que la familia es lo más importante, y que hay que cuidarla siempre.

A mi pareja, por ser una de mis mayores contenciones durante estos años, por recordarme la importancia de creer en mí misma, por quererme incondicionalmente y amar mi espíritu libre, por confiar ciegamente en mí y por esperarme cada vez que los deberes nos han quitado tiempo para estar juntos. Te amo y que la vida nos siga haciendo coincidir.

A mi Lulú, por enseñarme cada día a ser mejor ser humano, porque desde que llegaste me cambiaste la vida y ya no me imagino sin ti en ella, por ser el ser más puro y noble que he podido conocer. Ha sido, es y será un honor para mí cuidarte.

*No te rindas, por favor no cedas,
aunque el frío queme,
aunque el miedo muerda,
aunque el sol se esconda y se calle el viento,
aún hay fuego en tu alma,
aún hay vida en tus sueños,
porque la vida es tuya y tuyo también el deseo,
porque lo has querido y porque te quiero.*

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LA TUTELA LABORAL APLICABLE PARA RESGUARDAR EL PRINCIPIO A LA NO DISCRIMINACIÓN HACIA PERSONAS TRANSGÉNERO EN EL EMPLEO.....	14
1 Principios de igualdad y no discriminación a la luz del Derecho Internacional.....	14
1.2 Principio de igualdad a través de sus dimensiones: Formal y sustantiva.....	16
1.3 Principios de igualdad y no discriminación en el ordenamiento jurídico chileno.....	17
2 Normativa laboral aplicable en el ordenamiento jurídico chileno que resguarda la no discriminación en el empleo en razón de género: La no discriminación laboral a la luz del convenio N° 111 de la OIT.....	19
2.2 Mecanismo de tutela de derechos contemplado en la normativa laboral vigente.....	21
2.3 Incorporación de “identidad de género” como categoría sospechosa de discriminación laboral.....	30
2.4 Acción de tutela laboral de derechos fundamentales.....	31
CAPÍTULO II: DISCRIMINACIÓN LABORAL EN PERSONAS TRANSGÉNERO Y SU TUTELA A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY 20.609.....	35
1 Análisis de la “Ley Zamudio” 20.609.....	35
1.2 Acciones positivas entregadas por la ley 20.609 aplicables a la discriminación laboral en razón de identidad de género.....	39
2 Discriminación laboral en razón de identidad de género en trabajadores transgénero...43	43
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LOS DÉFICIT EN LA PROTECCIÓN NORMATIVA QUE ENTREGA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO A LAS PERSONAS TRANSGÉNERO EN EL EMPLEO.....	50

1	Déficits de la normativa laboral contemplada en el Código del Trabajo a la luz de las exigencias establecidas por el Convenio N° 111 de la OIT.....	50
2	Déficits en la protección normativa que entrega la ley 20.609 a las personas transgénero en el empleo.....	54
	CONCLUSIONES.....	59
	REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA.....	63

GLOSARIO

- 1 Orientación sexual:** Es 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 personas¹ (BCN, 2017, p. 1).
- 2 Identidad de género:** Los principios de Yogyakarta definen la identidad de género 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.
- 3 Persona transgénero²:** El transgenerismo (personas trans) es un 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. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos (Naciones Unidas, 2013)³.
- 4 LGBTIQ+:** Acrónimo de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer. El signo más representa a las personas con una orientación sexual, una identidad de

¹ Existen varias definiciones de “identidad de género” y “orientación sexual”. Sin embargo, las utilizadas son las contenidas en los Principios de Yogyakarta (2007), cuya definición de “identidad de género” es independiente del sexo registral y cuyo determinante es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente”.

Según la Asociación Americana de Psicología (2017), la orientación sexual “existe a lo largo del continuo que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad”. Ella se moldea a una edad temprana y como resultado de una interacción compleja de factores biológicos, cognitivos y del entorno, por lo que se entiende que no es una elección personal, ni puede cambiarse a voluntad o con terapia

² El término “trans” incluye diferentes formas de expresión de la identidad. Transexual, Transgénero y travesti son denominaciones que se usan para referirse a procesos de auto reconocimiento en personas que se identifican con un sexo diferente o que expresa su identidad sexual de manera diferente al sexo asignado al nacer (Diccionario panhispánico del español, 2020; Sáenz, et. al, 2017; Barret, 2016).

³ Conforme al documento citado, una subcategoría del transgenerismo es el caso de las personas travestis: “En términos generales, 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.

género, una expresión de género y características sexuales diversas que se identifican a sí mismas utilizando otros términos (OIT, 2022, p. 4).

- 5 **Grupos desaventajados:** Se trata de grupos que tienen limitado o negado el acceso a los derechos o en su caso el goce efectivo de los mismos, por distintas causas. Estas pueden vincularse a causas de *distribución* de bienes o recursos (por ejemplo: acceso al empleo, vivienda digna, entre otros recursos). Así, la injusticia social que padecen estos grupos proviene de la diferencia de ingresos y de la mala distribución de recursos. Esto es caracterizado por Fraser (2006) como *injusticia socioeconómica*. Tomando esta dimensión de la desigualdad, en muchos casos para lograr la igualdad se requerirán acciones de redistribución de bienes. Además, estos grupos se ven afectados por una gran injusticia social que se fundamenta en falta de reconocimiento y valorización de las identidades diversas. Esto es, de una falta o de un erróneo reconocimiento de derechos por la existencia de un patrón cultural dominante que excluye e invisibiliza a todo lo que no responde a ese patrón (Ronconi, 2018).
- 6 **Empleo formal:** El empleo formal incluye a los trabajadores que tienen una relación laboral reconocida mediante un contrato de trabajo y que hacen cumplir sus derechos laborales (tales como seguridad social, beneficios no salariales de liquidación o finiquito al término de la relación de trabajo).
- 7 **Empleo informal:** El empleo informal se ha definido como aquel «puesto de trabajo no regulado en el mercado laboral, que generalmente implica un acuerdo informal entre empleado y empleador, o trabajador por cuenta propia, que no conlleva un intercambio en el mercado de la fuerza de trabajo, sino sólo productos y servicios . A la luz de la OIT, el empleo informal incluye todo trabajo remunerado (p.ej. tanto autoempleo como empleo asalariado) que no está registrado, regulado o protegido por marcos legales o normativos, así como también trabajo no remunerado llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos. Los trabajadores informales no cuentan con contratos de empleo seguros, prestaciones laborales, protección social o representación de los trabajadores.

RESUMEN (ABSTRACT)

La presente investigación tiene como objetivo principal estudiar las normas jurídicas aplicables para resguardar el principio de no discriminación laboral, para así determinar si es eficaz la tutela de derechos fundamentales que entrega el ordenamiento jurídico chileno respecto de las personas transgénero en el empleo formal e informal. De esa forma, serán descritos los principales déficits que contiene la normativa respecto a esta materia a la luz de las exigencias establecidas por los convenios internacionales y el impacto que generan los vacíos normativos en el Código del Trabajo al desarrollo laboral de la comunidad transgénero. Además, será realizado un estudio acerca de la “Ley Zamudio” 20.609, su aplicación supletoria en el Derecho Laboral y los desafíos con los que debe responder la normativa para combatir el fenómeno de exclusión laboral y discriminación indirecta por razón de género.

PALABRAS CLAVES: NO DISCRIMINACIÓN, PERSONAS TRANSGÉNERO, DISCRIMINACIÓN INDIRECTA, EXCLUSIÓN LABORAL, DERECHO LABORAL.

ABSTRACT

The main objective of this investigation is to study the applicable legal norms to protect the principle of non-discrimination at work, in order to determine if the protection of fundamental rights provided by the Chilean legal system with respect to transgender people in formal and informal employment is effective. In this way, the main deficits contained in the regulations regarding this matter will be described, in light of the demands established by international conventions and the impact that the regulatory gaps in the Labor Code generate on the labor development of the transgender community. In addition, a study will be carried out on the law 20, 609 called “Zamudio law”, its supplementary application in Labor Law and the challenges with which the regulations must respond to combat the phenomenon of labor exclusion and indirect discrimination based on gender.

KEY WORDS: NON-DISCRIMINATION, TRANSGENDER PEOPLE, INDIRECT DISCRIMINATION, EXCLUSIÓN FROM EMPLOYMENT, LABOR LAW.

INTRODUCCIÓN

Los principios de igualdad y no discriminación son uno de los pilares fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte IDH ha reconocido que *“Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico... “El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno”*. En este sentido, las convenciones internacionales han establecido ciertos estándares para reconocer y tutelar el derecho fundamental a no ser discriminado en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

El derecho a no ser discriminado es exigible en todos los ámbitos de las relaciones entre particulares, por lo que el empleo también se encuentra especialmente protegido por las normas antidiscriminatorias al ser una de las principales aristas en las que se posibilita la presencia de actos discriminatorios. En razón a este mismo punto es que es deber de los Estados establecer mecanismos de tutela jurisdiccional que garanticen la efectividad de las normas antidiscriminatorias en el ámbito laboral.

En relación con lo anterior, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con ocho convenios fundamentales que tienen como uno de sus principales objetivos garantizar los derechos humanos de los trabajadores a través de parámetros y directrices para las legislaciones laborales internas de los Estados. Entre estos instrumentos se destaca un convenio que es indispensable para proteger los principios de igualdad y no discriminación en el empleo, el cual corresponde al Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación) N° 111. A partir de la ratificación del convenio, la OIT ha emitido diversas recomendaciones y observaciones para los Estados parte, de las cuales, la gran mayoría apunta a ciertos déficits del derecho interno para tutelar ciertas aristas de la discriminación laboral, tales como la discriminación indirecta, discriminación múltiple y actos discriminatorios que emanan de empleos informales (ocupación) o de etapas previas a la contratación.

En Chile, las personas transgénero han protagonizado una larga lucha contra la discriminación estructural que les ha generado a este grupo de personas diversas brechas sociales para desarrollarse plenamente en el género con el que se sienten identificados. En este sentido, han ocurrido diversos hitos que propician un cambio de paradigma respecto a las formas de reconocer, comprender y tutelar la no discriminación, tales como el aumento de los crímenes de

odio hacia personas que pertenecen a la comunidad LGBTIQ+, la aprobación de la ley 21.120 sobre identidad de género, el aumento en los casos de discriminación y acoso laboral, entre otros. La sociedad ha dado diversas respuestas respecto a la integración de grupos sociales transgéneros en las distintas esferas de la comunidad; condicionadas por la cultura, creencias colectivas y el tratamiento jurídico de cada sistema normativo (Ravetllat, 2018, pp. 398-399).

No obstante, los cuestionamientos respecto a la identidad de género son discusiones recientes entre los académicos del derecho. El reconocimiento a la identidad de género como una categoría sospechosa de discriminación se consagra con la promulgación de la ley 20.609, la cual corresponde a una normativa que se encuentra vigente hace un poco más de una década; motivada principalmente por el ascenso de los crímenes de odio y específicamente con el homicidio calificado de Daniel Zamudio en razón de su orientación sexual. En este sentido, a pesar de que la normativa antidiscriminatoria no surge hace poco tiempo en el Derecho Internacional, el reconocimiento normativo de la identidad de género corresponde a normas de derecho contemporáneo. Este reconocimiento a la identidad de género ha permitido que los organismos de administración de justicia lo reconozcan como un derecho ligado al concepto de dignidad humana, contenido en la Constitución Política de la República (Dirección del Trabajo, Dictamen ORD N° 1533 5.09.2022, p. 4); lo que ha permitido avanzar en la protección de actos discriminatorios en contra de personas transgénero. De la misma forma, en la normativa antidiscriminatoria laboral la identidad de género fue reconocida como categoría sospechosa con la promulgación de la ley 20.940, ley que lleva menos de siete años de vigencia.

Sin embargo, a pesar de los mecanismos de tutela que contempla el ordenamiento jurídico para resguardar la identidad de género, en la actualidad subsisten las prácticas discriminatorias en el ámbito laboral hacia personas transgénero, en todas las etapas de la relación laboral en el empleo formal (Fuentesalba y CIA, 2022, p.62). Sin embargo, cabe destacar que la discriminación laboral en personas transgénero también se encuentra arraigada en el trabajo independiente, el empleo informal y en etapas previas a la contratación laboral formal.

Una encuesta realizada en el año 2020 por la fundación Organizando Trans-Diversidades, reveló que el 70% de las personas que pertenecen a la comunidad transgénero en Chile no cuenta con un empleo formal. En este sentido, la exclusión laboral constituye una problemática que afecta a los derechos humanos de la comunidad transgénero, lo cual repercute gravemente en el

aumento de la pobreza y la limitación en los recursos disponibles para acceder a transición hormonal y consolidación de su identidad de género (OTD, 2020, pp. 82-101).

La presente investigación corresponde a un estudio y análisis detallado sobre los déficits normativos que propician la discriminación laboral en personas transgénero. Este estudio tomará en consideración los principales tipos de actos discriminatorios que las personas transgénero sufren durante su desarrollo en la sociedad; reconociendo la discriminación directa, indirecta, múltiple, histórica y por indiferenciación. Además, serán analizadas las acciones positivas que el ordenamiento jurídico chileno entrega para salvaguardar al trabajador durante todas las etapas de la relación laboral y promover la inclusión de grupos transgénero al empleo formal.

Para llevar a cabo el estudio, en primer lugar, se llevará a cabo un análisis respecto al principio de igualdad y la no discriminación en el Derecho Internacional, para así comprender los desafíos que las convenciones internacionales han puesto a los Estados para resguardar a nivel constitucional y legislativo la igualdad en sus dimensiones formal y sustantiva.

En segundo lugar, se explicitarán las normas constitucionales con las que se resguarda la igualdad y la no discriminación en el ordenamiento jurídico chileno, con el objetivo de comprender en orden jerárquico la relación entre las convenciones internacionales, la normativa constitucional, la normativa laboral contemplada en el Código del Trabajo y la ley general que regula la no discriminación arbitraria.

En tercer lugar, se realizará un estudio acerca del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 N° 111, analizando sus características principales, ámbito de aplicación y los estándares que le establece a los Estados para instaurar una tutela reforzada a la no discriminación en el empleo. Con los estándares del Convenio N° 111 establecidos, se realizará un análisis sobre la normativa laboral interna que resguarda el principio a la no discriminación en el empleo, con un especial enfoque en sus categorías sospechosas, específicamente en cuanto a la categoría de identidad de género y su importancia en la tutela laboral. En este punto, se abordará el mecanismo de tutela de derechos contemplado en la normativa laboral vigente y de qué manera este instrumento resguarda y repara a los trabajadores que han sido afectados por actos discriminatorios en el contexto laboral.

En cuarto lugar, se llevará a cabo un análisis sobre la ley 20.609 y su importancia como norma de aplicación supletoria para resguardar a las personas transgénero en el ámbito laboral,

para los casos en los que el acto discriminatorio se encuentra fuera del ámbito de aplicación de los mecanismos de tutela contemplados en el Código del Trabajo. De la misma forma se entregarán conceptualizaciones jurisprudenciales del término “transgénero”, identificando las formas en las que los tribunales de justicia han reconocido y tutelado a los trabajadores transgénero durante la relación laboral.

Además, se detallarán las acciones positivas contempladas en los instrumentos de la normativa antidiscriminación general y laboral; considerando su ámbito de aplicación en casos de discriminación laboral en razón de identidad de género, su eficacia para proteger a los grupos transgénero del fenómeno discriminatorio en materia laboral y los mecanismos reparatorios para los trabajadores transgénero que han sido afectados por actos discriminatorios en el empleo.

Por último, se enunciarán los déficits que la doctrina ha desarrollado respecto a la normativa laboral antidiscriminatoria, a la luz de los estándares impuestos por el Convenio N° 111 de la OIT, con el objetivo de comprender los desafíos que tiene la normativa laboral actual para llegar a convertirse en un mecanismo de tutela eficaz, inclusivo y reparatorio para los trabajadores que han sido víctima de exclusiones o tratos discriminatorios. De la misma forma, se identificarán los déficits que los académicos han reconocido respecto a la ley 20.609, principalmente respecto a la discriminación indirecta e interseccional o múltiple, para así comprender los vacíos normativos que existen en el ordenamiento jurídico chileno y que propician la subsistencia del fenómeno discriminatorio.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LA TUTELA LABORAL APLICABLE PARA RESGUARDAR EL PRINCIPIO A LA NO DISCRIMINACIÓN HACIA PERSONAS TRANSGÉNERO EN EL EMPLEO.

1. Principios de igualdad y no discriminación a la luz del Derecho Internacional

Una primera manifestación del principio a la no discriminación proviene de la conceptualización de la “igualdad” en la normativa internacional, la cual se encuentra consagrada en el Artículo N° 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el que se establece que *“Todos los seres humanos 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”* (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948). Esta primera manifestación del principio a la no discriminación surge en un contexto histórico post Segunda Guerra Mundial, y responde a una necesidad por parte de la comunidad internacional de crear un marco jurídico que reconozca y resguarde las libertades individuales de los individuos, con el objetivo de evitar violaciones a los derechos humanos como las que fueron llevadas a cabo durante la gran guerra. (Rodríguez, 2018, p. 117).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos basándose en principios de la Convención Americana y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial define el término “discriminación”, actualmente consagrado en el Capítulo I Artículo 1 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, en el cual se establece que *“Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.”* (Organización de los Estados Americanos, 2013, p. 13).

El principio a la no discriminación evoluciona en el derecho internacional, adquiriendo una mayor autonomía y diferenciándose del principio de igualdad con el que en sus inicios se entendían como términos conjuntos. Esta disolución del principio a la no discriminación con el principio de igualdad se fundamenta, a la luz de la doctrina del profesor Rodríguez (2018), en que la igualdad se hace cargo del trato desigual injustificado e irracional entre personas que, por sus características, pueden situarse en una posición comparable, relacionado principalmente a la

labor legislativa, administrativa y jurisdiccional; mientras que el derecho a la no discriminación responde a criterios socialmente inaceptables para establecer diferencias de trato entre personas, esto se relaciona estrechamente con las actuaciones de los poderes públicos y la figura de autoridad en general (pp. 126, 127).

En este mismo sentido, el derecho a la no discriminación es reconocido en el artículo 26 del pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, entre otros instrumentos de la normativa internacional, todos aquellos ratificados en Chile. Cabe hacer especial énfasis en que la no discriminación surge como un derecho accesorio; es decir, que su aplicación queda subordinada al ejercicio de los derechos y libertades consagrados en el instrumento internacional determinado (Rodríguez, 2018, p. 118). A su vez, en el fallo *Átala Riffo y niñas*, la Corte IDH define la discriminación como; *“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”* (Corte IDH, 2012, p. 72-82).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar las disposiciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, la CEDAW y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha reconocido la importancia de los principios de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia contenciosa y consultiva internacional. Fuentealba et al. (2022) establece que en la sentencia dictada en el año 2012 para el caso *Átala Riffo y niñas* contra Chile, la Corte IDH consideró las opiniones consultivas 4/84 y 18/03 en las que reconoce que la igualdad es inseparable de la dignidad humana, por lo que el principio de igualdad y no discriminación corresponde a normas *ius cogens* (p. 61). En esta misma sentencia, la Corte estableció que los Estados deben adoptar medidas positivas que modifiquen, reparen o reviertan situaciones discriminatorias para ciertos grupos sociales. Lo anterior implica que el Estado debe tener un rol más activo en cuanto al resguardo de la no discriminación, entendido no sólo como la abstención de crear normativas discriminatorias, sino como la obligación de establecer medidas concretas que erradiquen al máximo la vulneración a estos dos principios.

1.2 Principio de igualdad a través de sus dimensiones: Formal y sustantiva.

A la vista de convenciones internacionales tales como la CEDAW, aprobada en el año 1979, el principio de igualdad desde la perspectiva de los derechos humanos debe ser entendido conforme a tres dimensiones principales: igualdad formal, igualdad sustantiva e igualdad de resultados. (Alda Facio, CIDH, 2018). Así, la igualdad formal (o de jure) se distingue por establecer que los Derechos Humanos son comunes a todas las personas en lo relativo al acceso a bienes y servicios, participación política y toma de decisiones, ejercicio de la libertad de expresión, etc. Además, establece que debe existir un tratamiento jurídico igualitario a personas que se encuentran en situaciones similares, y un tratamiento jurídico distinto para personas que se encuentran en situaciones diferentes. Ahora bien, la igualdad formal entrega un tratamiento jurídico igualitario en situaciones equivalentes, sin embargo, pasa por alto la diversidad social, la discriminación múltiple y genera problemas para determinar los criterios permitidos que se considerarán para entregar un trato diferenciado en situaciones que, a simple vista, pueden verse semejantes. Además, la igualdad formal no contempla políticas públicas ni mecanismos prácticos que los Estados deben implementar para consagrar la igualdad de trato y no discriminación hacia grupos desventajados. Esta problemática en la igualdad formal es prevista por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido que:

“En términos generales, las comunidades regional e internacional han reconocido que, aunque la existencia de una igualdad formal de derecho es un requisito previo fundamental para superar la discriminación, ésta no se traduce necesariamente en una igualdad en la práctica. Por el contrario, mientras las constituciones de nuestra región garantizan la igualdad entre la mujer y el hombre, la mujer sigue teniendo una representación minoritaria en virtualmente todos los aspectos de la vida política.” (CIDH, 1999)

“Como se indicó anteriormente, se debe hacer efectivas las obligaciones regionales e internacionales de los Estados en materia de derechos humanos a nivel nacional a través de la legislación y la práctica internas.” (CIDH, 1999)

En esta misma línea, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se consideró que los artículos 2 y 3 del Pacto establecen la obligación de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno disfrute de este derecho. El Derecho Internacional establece la obligación no sólo de adoptar medidas de protección, sino también medidas positivas en todos los ámbitos para asegurar la tutela a la igualdad (Walker, p. 8). Así mismo,

convenciones internacionales como la CEDAW han introducido la obligación de los Estados de realizar acciones positivas concretas que equiparen la situación de grupos de personas que, por sus características, se encuentran en una posición de desventaja. En este sentido, la igualdad sustantiva puede ser comprendida como un principio teleológico cuya realización se mide por el logro de sus fines. (Chahuán, 2021, p. 222).

La noción de igualdad sustantiva requiere que el Estado promueva activamente la igualdad de oportunidades de ciertos grupos desventajados. En relación a este mismo punto, Díaz de Valdés (2015), sostiene que de la igualdad sustantiva se encuentra estrechamente relacionada a la igualdad de oportunidades, e identifica dos manifestaciones prácticas de esta relación: La idea de carreras o puestos abiertos a los talentos; es decir, que el limitado número de “buenas posiciones” en las diversas áreas de la sociedad (empleo, ocupación, política, etc) deben ser asignadas según el talento, los méritos o la diligencia del postulante, y no considerar factores como la estratificación social, el nepotismo o el capricho (p. 176). La segunda manifestación de la igualdad sustantiva en relación con la igualdad de oportunidades se encuentra en la premisa de que los individuos deben enfrentarse a una serie de actividades u obstáculos para lograr sus objetivos; en este sentido, la igualdad de oportunidades requiere que los individuos que persiguen objetivos similares enfrenten los mismos obstáculos para conseguirlos, por lo que los obstáculos que sólo afectan a personas o grupos en particular deben ser removidos (p.177).

Siguiendo esta misma idea, Camaño (2003) establece que para responder con los parámetros de igualdad establecidos por los convenios internacionales, no basta con tipificar los actos discriminatorios a fin de garantizar a todas las personas la posibilidad de obtener empleo, sino también de evitar las dificultades que puedan generar perjuicios en las personas para obtener un empleo formal o ascender a un cargo de jerarquía superior (p.28).

1.3 Principios de igualdad y no discriminación en el ordenamiento jurídico chileno

En cuanto al ordenamiento jurídico Nacional, el principio de igualdad y no discriminación es parte de las bases de la institucionalidad chilena. El artículo 1º de la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Asimismo, la Constitución chilena consagra a la igualdad como un derecho fundamental, lo cual se desprende del artículo 19 inciso 2 respecto a la igualdad ante la ley y que en Chile no hay personas

ni grupos privilegiados. En este mismo artículo, se destacan en la materia los numerales N° 3 (“igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”), N° 9 (“El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”), N° 16 (“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”), N° 20 (“La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”), y N° 22 (“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”)(Movilh, 2022).

En este mismo sentido, el artículo 20 de la Constitución Política de la República instituye la acción de tutela constitucional recurso de protección, para que cualquier persona solicite la protección de la justicia frente a la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que enumera el artículo 19, entre ellos, el de igualdad ante la ley.

Díaz García (2013) establece que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia del artículo 1° en términos de hermenéutica constitucional, el cual ha facilitado determinar el sentido y fijar el alcance de otros preceptos constitucionales. En este sentido, un ejemplo de estos márgenes también se puede identificar en la manifestación del principio de igualdad contenido en el artículo 19 N°2, el cual establece que no hay personas ni grupos privilegiados y que hombres y mujeres son iguales ante la ley (p. 647). Cabe destacar que la Constitución de 1980 ya contemplaba un reconocimiento explícito al principio a la no discriminación en el trabajo dentro del catálogo de derechos fundamentales, específicamente en el artículo 19 N° 16.

En materia laboral, Fuentealba et al. (2022) reconoce diversas leyes que permiten resguardar el principio a la no discriminación. En este sentido, es posible identificar la ley 20.348 sobre igualdad de remuneraciones; la ley 20.422 que resguarda la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad; la ley 20.609 que corresponde a la normativa general antidiscriminación y la ley 20.940 que moderniza las relaciones laborales y entrega nuevas categorías sospechosas que configuran actos discriminatorios, como la orientación sexual y la identidad de género (p.61).

Otras normas que fortalecen la igualdad sustantiva y la no discriminación laboral se encuentran en el artículo 62 bis sobre igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres y el artículo 194 sobre la prohibición de solicitar exámenes de embarazo a las trabajadoras de sexo femenino.

Por otro lado, otras leyes antidiscriminatorias han definido el concepto de “discriminación”, como en la Ley N° 20.422, sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad (letra a) del artículo 6); y en la Ley N° 20.609 que define la discriminación arbitraria y agrega “categorías sospechosas” de discriminación, protegidas por la acción de no discriminación que instaura la misma ley; los cuales serán definidos y analizados en profundidad durante los capítulos siguientes.

2. Normativa laboral aplicable en el ordenamiento jurídico chileno que resguarda la no discriminación en el empleo en razón de género: La no discriminación laboral a la luz del convenio N° 111 de la OIT

El principio a la no discriminación en materia laboral se encuentra consagrado principalmente en el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) N° 111 y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación) N° 111, ambas admitidas por la OIT en el año 1958 (Rodríguez, 2018, p. 127). El artículo 1 del Convenio N° 111, en relación con el principio a la no discriminación en materia laboral, consagra su propia definición del término “discriminación”:

*A los efectos de este Convenio, 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.*

- 2. *Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.*
- 3. *A los efectos de este Convenio, los términos **empleo** y **ocupación** incluyen tanto 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.*

Bajo esta perspectiva, con la ratificación del Convenio N° 111, los Estados parte se comprometen a establecer un mecanismo eficaz en el que se resguarde la no discriminación y la igualdad de oportunidades en el contexto laboral. En Chile el Convenio sobre la discriminación N° 111 fue ratificado en el año 1971; el cual, desde la fecha ha sido una pieza clave para estructurar el principio a la no discriminación en materia laboral en el ordenamiento jurídico chileno.

En este sentido, comienzan a ser visibilizados los grupos que históricamente han sido víctimas de discriminación en el empleo. Según Severín (2012); el derecho a no ser discriminado es exigible en las relaciones laborales entre particulares. Por otro lado, el reconocimiento internacional de la no discriminación laboral como parte del catálogo de derechos fundamentales en un Estado Social y democrático es una exigencia que deriva del reconocimiento de la dignidad humana, lo que conduce al deber del Estado de proporcionar activamente mecanismos de tutela que garanticen su efectividad (p.60).

La OIT en su convenio N° 111, comprende que existen grupos de personas con características determinadas que se encuentran en una posición desventajosa al momento de ejercer legítimamente sus derechos (Luan Ramos, 2020, p. 40); por lo que, para responder a esta problemática es que surge la necesidad en los entes internacionales de crear categorías sospechosas de discriminación. En este sentido, es posible apreciar que la definición del término “discriminación” entregado por la OIT contempla “categorías sospechosas”. Además, la letra B de la definición ampara la posibilidad de ampliar esas categorías, de forma que se abarque la mayor cantidad de actos discriminatorios que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.

De esta forma, existe una tendencia que considera a las categorías sospechosas como no taxativas, sino como ejemplificativas. (Irureta, 2006, pág. 84). Este punto también es reafirmado por el especialista de la secretaría ejecutiva de la comisión interamericana de Derechos Humanos

de la OEA Ariel Dulitzky, el cual establece que *“Estas categorías proscritas a los efectos del principio de no discriminación no son un número cerrado. En todos los instrumentos internacionales la cláusula de no discriminación enumera las categorías antedichas y luego agrega una frase que denota que la enumeración es meramente ejemplificativa. Esto se compadece con el desarrollo progresivo de nuestra disciplina.”* (Dulitzky, 2005).

En un segundo punto, la definición de “discriminación” entregada por la OIT vincula el acto discriminatorio a otro bien jurídico distinto para reconocer su ilicitud. En este caso, el acto discriminatorio debe ser vinculado a la perturbación de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (Rodríguez, 2018). En este sentido, el Convenio N° 111 comprende que la no discriminación y la igualdad sustantiva no tienen como requisito la contratación de grupos desventajados por el sólo hecho de constituir minorías sociales, por el contrario, tiene como objetivo impedir que personas que cuentan con las competencias necesarias para asumir un cargo sufran diferencias en el acceso al empleo o en sus condiciones laborales por motivos discriminatorios.

En tercer lugar, la OIT en el Convenio N° 111 y, específicamente en su artículo 1 extiende su tutela al empleo y la ocupación; este punto es relevante, ya que no sólo protege a la no discriminación durante la contratación en un empleo formal, sino también la etapa precontractual, la selección de personal, el despido y el empleo informal inclusive.

2.2 Mecanismo de tutela de derechos contemplado en la normativa laboral vigente.

Un análisis crítico realizado en el año 2022 por la Comisión de diversidad e inclusión del Colegio de Abogados establece que hasta el año 2015 no existían en Chile acciones positivas para fortalecer la igualdad sustantiva en razón de género (Walker et al, 2022, p.9). La primera acción positiva contemplada por la legislación se consagra en la ley N° 20.840, la cual sustituye temporalmente el Sistema Electoral Binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional, estableciendo cuotas de género equitativas entre hombres y mujeres. De esa misma manera, se han incorporado exponencialmente nuevas normas que favorecen la representatividad de las mujeres en el sector público y en empresas de comunicación.

En esta misma línea de avances en la legislación laboral respecto a la igualdad de género en el empleo, el actual artículo 231 inciso 3° del Código del Trabajo establece que los estatutos de los sindicatos deben resguardar la integración de directoras en una proporción no inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero y a las demás prerrogativas que establece este Código o por la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadoras en el total de afiliados, en el caso de ser menor.

Con la promulgación de la ley 19.759 en el año 2001 se incorporó el concepto de “discriminación” al Código del Trabajo; por lo que conceptualmente el término “discriminación” está definido en el artículo 2 del mismo cuerpo legal, el cual establece que *“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, 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”*(Art.2 Inciso 4to). Así también, Fuentealba et al. (2022) reconoce diversas leyes que permiten resguardar el principio a la no discriminación. En materia laboral, es posible destacar la ley 20.348 sobre igualdad de remuneraciones; la ley 20.422 que resguarda la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad; la ley 20.609 que corresponde a la normativa general antidiscriminación que es supletoriamente aplicable al ámbito del empleo y la ley 20.940, que moderniza las relaciones laborales y establece nuevas categorías sospechosas que configuran actos discriminatorios, como la orientación sexual y la identidad de género (p.61).

Por otro lado, como ya ha sido previsto, la Constitución Política de la República en el artículo 19 N° 16 se expresa que: *“Se prohíbe cualquier 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”*. Del precepto constitucional es posible extraer que contiene un mandato dirigido a particulares en el ámbito de la relación laboral, consagrándose como un límite a las facultades del empleador (EDIG, 2017, pp. 63-64). Esta limitación a las facultades del empleador también está contenida en el artículo 5 del Código del Trabajo, el cual establece que *“El ejercicio de las facultades que la ley 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.”*

En este sentido, la Dirección del Trabajo en el Dictamen N°3704/134 de 11/08/2004, Dictamen 850/29 de 28/02/2005; Dictamen 2831/065 de 31/07/2007 y Dictamen 1300/30 de 21/03/2017 ha establecido el alcance del derecho a la no discriminación laboral contenido en el Artículo 2 N° 2, 3 y 4 del Código del Trabajo, en los cuales se establece que desde el inicio de la relación laboral, durante la oferta de empleo y en los procesos de selección de personal el derecho a la no discriminación laboral constituye un límite al poder empresarial.

Ahora bien, en cuanto a los criterios claves para la configuración de discriminación en el empleo y sus alcances en la práctica de relaciones laborales, se ha discutido la taxatividad de las categorías sospechosas establecidas en el artículo 2 del Código del Trabajo. Al respecto, una primera apreciación de la definición del término “discriminación” contenida en el Código del Trabajo es el carácter aparentemente taxativo de las “categorías sospechosas”, punto que ya ha sido discutido por la jurisprudencia. En este sentido, la Corte Suprema en la Sentencia Rol N° 23808-2014 establece que la acción de tutela laboral no solo debe extenderse a las categorías sospechosas de carácter taxativo que entrega el artículo 2 del Código del Trabajo, sino también al principio de no discriminación contenido en la Constitución y al catálogo de categorías sospechosas que entrega el Convenio sobre la Discriminación N° 111. Esta idea la manifiesta en el considerando décimo del fallo: *“Que, en consecuencia, la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina que la protección a la garantía de no discriminación o principio de igualdad, otorgada por el procedimiento de tutela laboral –de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo -, no queda limitada únicamente a aquellos actos discriminatorios basados en los motivos o criterios que expresamente prevé el artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo, sino que se extiende a todas aquellas discriminaciones o diferencias arbitrarias, prohibidas por el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y por el Convenio OIT N° 111 de 1958.”*

En este sentido, Lizama y Ugarte consideran que los criterios sospechosos aparentemente taxativos que consagra el artículo 2 del Código del Trabajo no son contrarios a la normativa constitucional del artículo 19 N° 16 que establece la prohibición de cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad, ya que el artículo 2 del Código del Trabajo corresponde a una especificación de algunos criterios sospechosos del modelo antidiscriminatorio sospechoso abierto que fija la Constitución. Es por esta misma razón que el listado de criterios sospechosos que contempla la normativa laboral chilena no es un catálogo cerrado (Rodríguez, 2018, pp. 126-128).

A pesar de las discusiones doctrinarias acerca del tipo de modelo discriminatorio laboral contemplado en el ordenamiento jurídico chileno, la tesis mayoritaria se inclina por reconocer que efectivamente en Chile existe un modelo de sospecha abierta y residual, es decir, que cualquier diferencia efectuada que no esté debidamente justificada por razones de idoneidad, capacidad, edad o nacionalidad será considerada como un acto discriminatorio prohibido (Fuentelba et al. 2022, p.64). Sin embargo, es crucial tener en cuenta que la tutela de derechos contemplada en el artículo 485 del Código del Trabajo en casos de discriminación limita su protección sólo a los actos discriminatorios contenidos en el artículo 2 del Código del Trabajo. Además, el mecanismo de tutela de derechos tiene aplicación en cuestiones suscitadas dentro de la relación laboral, por lo que son excluidos la oferta y aquellos actos discriminatorios previos a la contratación. (Severín, 2017, p. 175)

Sin embargo, Fuentelba et al. (2022) establece que, al ser el modelo discriminatorio laboral chileno de sospecha abierta y residual, también son consideradas las diversas modalidades de discriminación que son reconocidas por la Dirección del Trabajo y la doctrina.

En este orden de ideas, la discriminación en el ámbito laboral puede ser (pp.64, 65):

- Directa, cuando su justificación carece de razonabilidad e invoca explícitamente una categoría sospechosa contenida en el artículo 2 del Código del Trabajo.

Rodríguez (2013) siguiendo la doctrina de Camaño, subdistingue este tipo discriminatorio, estableciendo que la discriminación directa puede ser abierta o encubierta. Al respecto, señala que la discriminación directa abierta se caracteriza por basar explícitamente sus motivos en criterios prohibidos al entregar un trato menos favorable a un trabajador sin contar con una justificación razonable. Por otro lado, la discriminación directa encubierta es ejercida en los casos en los que el trato menos favorable se vincula a ciertos atributos personales que sólo pueden ser cubiertos por personas determinadas, por ejemplo, de un sexo específico (p.7).

- Indirecta, cuando el acto discriminatorio surge de normas, prácticas o estándares que a simple vista son neutrales, pero que en los hechos prácticos producen un impacto o perjuicio significativamente mayor en determinadas personas, pertenecientes a colectivos protegidos o victimizados, sin una justificación razonable. Este tipo de discriminación es problemática, debido a que el criterio de distinción de la discriminación indirecta es

neutral, por lo que dificulta a la víctima probar que el acto efectivamente constituye un acto discriminatorio.

Otra característica especialmente problemática de este tipo de discriminación es que la discriminación indirecta opera mayoritariamente a nivel de colectivos protegidos o victimizados (Rodríguez, 2013, pp. 5-8). En este sentido, aunque las categorías sospechosas de discriminación contenidas en ordenamiento jurídico sean entendidas de forma abierta no taxativa, la finalidad prioritaria de la protección contra la discriminación indirecta es entregar protección a aquellos grupos que tradicionalmente son victimizados por sus características. Para la doctrina de Rodríguez (2013), el derecho a la no discriminación se basa en la existencia de ciertos grupos “víctima” que son discriminados de manera sistemática respecto de otras personas o grupos. (pp.5-10)

Un punto importante respecto de la discriminación indirecta es que, según la doctrina de Rodríguez (2013), el derecho a la no discriminación indirecta responde a una versión de igualdad como igualdad de trato, es decir, que el empleador no realice distinciones discriminatorias en procesos de selección; en este sentido, la tutela a la no discriminación indirecta no tiene como principal pretensión la igualdad de logros. Además, la tutela a la discriminación indirecta se concentra no sólo en el momento o en el acto discriminatorio, sino también en el resultado, es decir, en el impacto negativo que ese acto aparentemente neutral podría provocar a un grupo determinado, independientemente de la intención del empleador. (pp. 8-10). María Lidia Suárez explica que el TJCE *“ha tratado la discriminación indirecta centrándose en la idea de discriminación fáctica, no teniendo en cuenta el propósito del empresario de tratar de un modo más desfavorable a sus trabajadores sino el hecho mismo de que se está produciendo un trato desigual, aunque esa no hubiera sido la intención del empleador”*. (Suarez, 2007, p. 6)

La Dirección del Trabajo también entrega un reconocimiento expreso a la discriminación indirecta en las relaciones laborales, específicamente en el ORD N° 3704/134 emitido con fecha 11 de agosto de 2004 en el que se reconoce la existencia de discriminación indirecta en el alcance del artículo 2 del Código del Trabajo, argumentando que lo importante en el acto discriminatorio es el resultado, por lo que la mirada se pone no en si las diferencias son arbitrarias (desde la perspectiva del sujeto activo), sino en las consecuencias que genera el acto para el sujeto pasivo. La importancia de este reconocimiento a la discriminación indirecta por parte de la Dirección del Trabajo radica en que ha sido utilizado por la jurisprudencia como directriz para conceder la

tutela de derechos en casos de discriminación indirecta, permitiendo a los tribunales la aplicación práctica del concepto, lo cual permite identificar con mayor eficacia la presencia de actos discriminatorios en el empleo.

Un ejemplo de la recepción que la jurisprudencia laboral le ha otorgado al concepto de discriminación indirecta se encuentra en la Sentencia N° T-11-2020 del 1er Juzgado de Letras de Rengo con fecha 20 de abril de 2021, en la que un trabajador municipal acude al mecanismo de tutela de derechos fundamentales debido a que la no renovación de su contrato laboral se efectúa porque su opinión política no coincidía con la del alcalde suplente. Sin embargo, el empleador justifica la no renovación del contrato de trabajo aludiendo a “restricciones presupuestarias”.

En este caso, el Tribunal decide aplicar la doctrina de Camaño para determinar a través de sus directrices si efectivamente el actuar del alcalde suplente constituye un acto de discriminación indirecta. De esta forma, en su considerando décimo séptimo el tribunal establece: *“Que es posible determinar un caso de discriminación indirecta, como lo propone Caamaño, en su obra citada en el motivo décimo quinto de esta sentencia (pp.90), a través de las siguientes operaciones:*

- 1. Se debe establecer cuál es la medida que sustenta este tipo de discriminación, formulada neutralmente, pero que, no obstante, ello trae aparejada una exclusión para el trabajador víctima de la discriminación por un criterio sospechoso.*
- 2. Se debe examinar si esta medida de contenido neutro afecta en la realidad a un trabajador perteneciente a esta categoría sospechosa.*
- 3. Si ello resulta cierto se debe dilucidar si esta medida impuesta por el empleador puede explicarse por factores extraños a una discriminación, es decir, se debe alegar y evidenciar que está objetivamente justificada y que se ha respetado el principio de proporcionalidad, en cuanto a que los medios elegidos corresponden a una necesidad verdadera y son apropiados y necesarios para la realización del objetivo perseguido.”*

En ese orden de ideas, el Juzgado de Letras de Rengo con las directrices entregadas por Camaño analiza una medida que es aparentemente neutra, ya que se desvincularon varios trabajadores por la disminución presupuestaria, sin embargo, el trabajador que denunció la medida había manifestado sus opiniones políticas abiertamente en el municipio, lo cual era contrario a la ideología del alcalde suplente. En consecuencia, se determinó que efectivamente a

ese trabajador en específico se le aplicó la medida por un motivo discriminatorio, contenido en las categorías sospechosas del artículo 2 del Código del Trabajo.

El mismo razonamiento aplicó el Juzgado de Letras de Concepción en la Sentencia N° T-303-2018 emitida con fecha 10 de Diciembre de 2018, en la que mediante el mecanismo de tutela de derechos fundamentales una trabajadora denunció que su despido estaba motivado por criterios sospechosos de discriminación, debido a que la trabajadora manifestó sus opiniones políticas contrarias al empleador. Frente a este punto, el tribunal en el considerando cuarto de la sentencia reconoce que en el caso es factible la presencia de discriminación indirecta, y establece que *“El que una medida sea neutra supone que sean destinatarios de ella todos los trabajadores que se encuentren en iguales condiciones y es solo aparentemente neutra cuando en los hechos al momento de su cumplimiento aparece que afecta exclusivamente a uno de estos trabajadores dados motivos de opinión política, en el caso de autos”*.

Lo interesante del fallo se encuentra en que la trabajadora es Directora Regional de la Región del Biobío de Fundación Integra, el cual corresponde a un cargo de exclusiva confianza del Director Nacional de la misma fundación, por lo que su despido fue justificado mediante el artículo 161 inciso 2° del Código del Trabajo, el cual dispone que *el contrato de trabajo de los trabajadores de cargos o empleos de exclusiva confianza del empleador, podrá ser desahuciado por el empleador, pagando las indemnizaciones correspondientes*. El tribunal reconoce que en este caso efectivamente el despido de la trabajadora corresponde a una facultad discrecional del empleador, sin embargo, es importante discernir si de igual forma es plausible considerar que el despido aparentemente neutro fue motivado por una categoría sospechosa de discriminación.

En este caso, el tribunal reconoce que el invocar la facultad discrecional del empleador no lo faculta para despedir a sus trabajadores motivados por categorías sospechosas de discriminación, que en este caso corresponde a la opinión política, por lo que concede la tutela laboral a la trabajadora por haber incurrido el empleador en un acto de discriminación indirecta.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha reconocido a la discriminación indirecta en fallos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo cual ocurre en la Sentencia N° Rol 1720/2010 en la que se discute la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES. Al respecto, Díaz de Valdés (2015) establece que a pesar de que existe un reconocimiento incipiente a la discriminación indirecta por parte del Tribunal Constitucional, en

el fallo el TC en su considerando ciento cuatro invocó las definiciones de discriminación directa e indirecta contenidas en un informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para basar su razonamiento. De esta forma, el TC define a la discriminación indirecta como aquella que *“se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo, en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra”* El autor estima que con el sólo reconocimiento expreso a la discriminación indirecta como un concepto aplicable para desarrollar el razonamiento del fallo, el Tribunal reconoce las nociones de igualdad entre grupos y grupos desaventajados (p.346).

- Por indiferenciación, al tratar de manera igualitaria a personas que se encuentran en situaciones que son sustancialmente diferentes.
- Interseccional o múltiple, la cual, en palabras de Luan Ramos (2020): *“La discriminación interseccional es una diferencia irracional, subjetiva y desproporcionada de trato basada en dos o más causales de discriminación las cuales concurren conjuntamente. Por lo que un mismo acto discriminatorio posee fundamentos compuestos cuya interacción crea una situación discriminatoria, que, al atacar diversos elementos de la identidad del sujeto, presenta una afrenta particular y agravada a su dignidad”*(p.39). De lo anterior es posible extraer que la discriminación interseccional o múltiple se caracteriza por la concurrencia de dos o más categorías sospechosas de discriminación en un mismo contexto; por lo que, a la luz de la doctrina de Luan Ramos, al atacar diversos elementos de la identidad del sujeto se presenta una afrenta particular y un agravio a su dignidad. (Luan Ramos, 2021, p. 39).

La discriminación interseccional o múltiple no se encuentra expresamente reconocida normativamente, sin embargo, existe un reconocimiento de este tipo discriminatorio por parte de la jurisprudencia laboral.

Un ejemplo de la recepción de la jurisprudencia para este concepto se encuentra en la Sentencia RIT T-29-2020 emitida por el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, con fecha 12 de abril de 2021, la cual corresponde a una denuncia por vulneración de derechos fundamentales con ocasión de despido injustificado y discriminatorio hacia una Docente que estuvo embarazada, dando a luz una hija que padecía una enfermedad que requería cuidados

especiales. En el considerando décimo de la sentencia, el tribunal reconoce que la Docente se encuentra dentro de varias categorías sospechosas, entre ellas, ser mujer, haber estado embarazada, encontrarse actualmente al cuidado de una hija recién nacida o lactante y el encontrarse asumiendo un cargo directivo en su lugar de trabajo, lo cual la posiciona en un grupo susceptible de discriminación. En este orden de ideas, el tribunal en el considerando vigésimo de la sentencia reconoce que la docente se encontraba en una categoría sospechosa que debía analizarse desde una perspectiva de interseccionalidad, puesto que presentaba varios factores de vulnerabilidad.

Un punto clave de la sentencia es que, para analizar el acto discriminatorio a la luz de la interseccionalidad, el tribunal considera como un factor determinante de vulnerabilidad el que la trabajadora se encontraba realizando funciones directivas, lo cual genera en la trabajadora mayores probabilidades de sufrir actos discriminatorios por encontrarse en un puesto de trabajo dominado mayoritariamente por hombres.

Sin embargo, a pesar de que el tribunal reconociera la presencia de discriminación interseccional o múltiple por parte de la empleadora al efectuar el despido, las medidas de tutela que fueron aplicadas correspondían a las que habitualmente se aplican para todos los actos discriminatorios en materia laboral, debido a que no están contemplados en la legislación mecanismos de tutela específicos para grupos desaventajados por discriminación interseccional o múltiple ni tampoco políticas preventivas que disminuyan las brechas entre trabajadores afectados por este tipo de discriminación.

- Estructural o sistemática, al no considerar que existen grupos históricamente perjudicados por prácticas discriminatorias. Al respecto, Luan Ramos (2020) agrega: *“Entendiendo que todos los seres humanos podemos eventualmente encontrarnos en una situación de vulnerabilidad, corresponde analizar la situación en que se encuentran ciertos grupos de individuos quienes debido a una condición inalterable propia de su naturaleza han sido históricamente discriminados y excluidos”*(p.43).

Por otro lado, autores como Severín (2012) identifican que la discriminación laboral no solamente se materializa durante la relación laboral, sino que puede producirse en etapas previas a la contratación, al momento de contratar, durante la relación laboral y con motivos de terminación de la relación laboral (p.73).

2.3 Incorporación de “identidad de género” como categoría sospechosa de discriminación laboral

Al estudiar la incorporación de la identidad de género en el ordenamiento jurídico nacional, es imprescindible considerar, en primer lugar, la importancia de los Principios de Yogyakarta para el desarrollo del principio de no discriminación hacia categorías sospechosas relacionadas con la identidad de género y la orientación sexual. Al respecto, los principios de Yogyakarta constituyen estándares internacionales vinculantes a los Estados en cuanto a la aplicación de normas que reconozcan y resguarden la igualdad y la no discriminación por razones de género.

En este sentido, los Principios de Yogyakarta abarcan las violaciones de derechos humanos de los colectivos LGBTIQ+, entregando un especial énfasis en las regulaciones normativas para prevenir crímenes de odio como asesinatos, tortura, maltrato, ataques, abuso sexual, detenciones arbitrarias, exclusión laboral y discriminación cuando se utiliza para perturbar otro derecho fundamental. Los y las especialistas coinciden en que los Principios de Yogyakarta reflejan el estado actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en lo que concierne a la orientación sexual y la identidad de género. Asimismo, reconocen que los Estados podrían contraer obligaciones adicionales conforme el Derecho Internacional continúa evolucionando. (Yogyakarta, 2016).

En cuanto al ordenamiento jurídico chileno, tal como fue previsto los párrafos precedentes respecto a las primeras aproximaciones sobre normativa laboral que resguardan el principio a la no discriminación en el empleo, se mencionó la ley 20.940 publicada el 8 de septiembre del año 2016, la cual moderniza el sistema de relaciones laborales.

Anterior a la promulgación de la ley 20.940, la orientación sexual no estaba expresamente reconocida como categoría sospechosa de discriminación; sin embargo, es atinente señalar que podía desprenderse a través del artículo 19 N° 16 inciso 3° de la Constitución Política de la República, en el que se establece que *“se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*. En este orden de ideas, Fuenzalida (2012) establece que el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago en la causa RIT T-4-2009 emitida con fecha 25 de Noviembre de 2009 siguiendo la doctrina de la Dirección del Trabajo, reconoce que el artículo 19 N° 16 al establecer

como única motivación para llevar a cabo diferencias de trato en el ámbito laboral la capacidad o idoneidad personal reconoce que la enumeración de categorías sospechosas contenida en el Código del Trabajo no es taxativa, ya que se podrán abarcar otras conductas discriminatorias que reflejen un disvalor social del mismo tipo, como lo es la discriminación en razón de la orientación sexual del trabajador. (p. 103)

La importancia de esta ley 20.940 para la materia que trata la presente investigación radica en que amplía las categorías sospechosas contenidas en el artículo 2 del Código del Trabajo, agregando “identidad de género” dentro de los criterios prohibidos con los que se configuran los actos discriminatorios. Lo cual genera la posibilidad de establecer políticas públicas más inclusivas en el empleo para la comunidad LGBTQ+.

El mensaje presidencial establece que *“la negociación colectiva es también un instrumento clave para promover la no discriminación y la igualdad, incluida la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, dado que integra al mundo del trabajo la garantía de los derechos fundamentales en el campo laboral para todo el colectivo, a efectos de lograr que más productividad redunde en una mayor equidad, promoviendo así más justicia social”*. El mensaje tiene especial armonía con lo dispuesto por la Dirección del Trabajo en diversas ordenanzas, en las que establece que el principio a la no discriminación es uno de los objetivos fundamentales para quienes legislan en materia laboral, ya que constituye un derecho subjetivo irrenunciable e irreductible que ampara y tutela los espacios de libertad de los trabajadores. (Ord. 2856/162, de 30.08.2002).

Por otra parte, un segundo objetivo de los legisladores para ampliar las categorías sospechosas en la discriminación laboral se encuentra en la necesidad de la normativa laboral de estar en sintonía con la normativa general antidiscriminación; es así como la senadora Muñoz señaló que: *“Apunta a adecuar las disposiciones relativas a los actos de discriminación que pudieren verificarse en el ámbito laboral con aquellas contenidas en la ley N°20.609, publicada el año 2012, que establece medidas contra la discriminación.”*

2.4 Acción de tutela laboral de derechos fundamentales.

De la misma forma como ha sido aproximado en los párrafos precedentes, el principio a la no discriminación laboral en el ordenamiento jurídico chileno está resguardado por Convenciones Internacionales, la Constitución Política de la República, la normativa general

antidiscriminación y el Código del Trabajo; en ese sentido, el Código del Trabajo contempla una acción de tutela para resguardar al trabajador frente a vulneraciones de derechos fundamentales; entre ellas, la igualdad y no discriminación. Las normas relativas al procedimiento de tutela laboral están reguladas principalmente en el párrafo 6º, del Capítulo II, del Libro V, del Código del Trabajo.

El procedimiento de tutela laboral fue incorporado al artículo 485 del Código del Trabajo por la ley 20.087 el 3 de enero del año 2006, con la finalidad de entregar a los trabajadores una protección más eficaz, rápida y directa para los casos en los que exista una perturbación arbitraria al ejercicio de sus derechos laborales fundamentales, durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión de su término (Franchi Muñoz, 2015, p. 32).

Mediante el procedimiento de tutela laboral se persigue que el tribunal declare la existencia de perturbación de derechos fundamentales. Además, considera una dimensión reparatoria, ya que el tribunal debe indicar concretamente las medidas dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluyendo la determinación de indemnizaciones. Además, en el caso que el tribunal determine la existencia de prácticas discriminatorias por parte del empleador, el tribunal podría solicitar que se inhiba la conducta discriminatoria; y en algunos casos, que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a la manifestación del acto discriminatorio. (Severín, 2012, p. 78). Por último, la norma considera una dimensión sancionatoria, aplicando las multas que sean pertinentes. (Severín, 2012, p. 80).

Una característica crucial de la acción de tutela de derechos fundamentales se encuentra contemplada en el artículo 493 del Código del Trabajo, la cual consiste en una variación, desviación o desplazamiento de la carga probatoria en beneficio del trabajador mediante la prueba indiciaria (Severín, 2012, p. 81); bajo esta perspectiva, si los antecedentes entregados por el trabajador muestran claros indicios de que se ha afectado un derecho fundamental por una actuación de su empleador, corresponderá al propio empleador justificar debidamente los fundamentos y la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Esta característica de la acción de tutela laboral de derechos fundamentales es imprescindible para salvaguardar a los trabajadores de las consecuencias negativas que provoca el despido justificado por necesidades de la empresa contenido en el artículo 161 del Código del Trabajo.

No es sorprendente que las “necesidades de la empresa” se utilicen como fundamento a despidos arbitrarios motivados por percepciones discriminatorias e irracionales del empleador. Ugarte sostiene este punto “*Es perfectamente posible que el empleador teniendo efectivas necesidades de la empresa haya decidido utilizar esa justificación para despedir, precisamente, al trabajador que efectuó un reclamo en la Inspección del Trabajo, o al que hizo declaraciones públicas sobre la empresa, o al que es homosexual.*” (Ugarte, 2009, p. 226).

Sin embargo, Severín (2012) destaca que la variación de la carga probatoria no significa que el trabajador no debe aportar con medios probatorios, ya que debe aportar antecedentes que muestren indicios suficientes para considerar la existencia de un acto discriminatorio; en esta misma línea, tampoco significa que el empleador no tenga posibilidad de obtener una resolución favorable, por el contrario, puede obtener una resolución favorable si prueba la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que llevó a cabo (p.81).

Por otro lado, cabe tener presente que la tutela de derechos fundamentales tiene características específicas cuando es aplicada en la etapa de terminación de la relación laboral en los que ha existido un despido injustificado; en este sentido, si el empleador ocasiona un despido motivado por causas discriminatorias, el trabajador podrá interponer la denuncia tutelar en un plazo de sesenta días hábiles desde la terminación de la relación laboral, plazo que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168 del Código del Trabajo.

Si el empleador no prueba que el despido se llevó a cabo de manera justificada, se acogerá la denuncia tutelar, ante lo cual, cuando el juez declare que efectivamente el despido es discriminatorio por infracción al Artículo 2º inciso 4 del Código del Trabajo y éste sea calificado como un caso grave mediante resolución fundada, el trabajador afectado por el despido podrá escoger entre la reincorporación a su puesto de trabajo o el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. En caso de optar por la indemnización, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa (Dirección del Trabajo, 2012).

Por otro lado, es atinente visibilizar que al contrario de lo establecido en el Convenio 111, el mecanismo de tutela de derechos para los trabajadores contenido en el artículo 485 del Código

del Trabajo no tutela los actos discriminatorios que surgen en las ofertas de trabajo. Además, existe una protección limitada en las relaciones laborales informales e independientes (Rodríguez Burr, 2018, pp. 137-138). En este sentido, existe un déficit en la protección integral hacia el empleo y la ocupación, lo que limita de sobremanera a los trabajadores que se encuentran en una situación distinta a la contratación en el empleo formal.

CAPÍTULO II: DISCRIMINACIÓN LABORAL EN PERSONAS TRANSGÉNERO Y SU TUTELA A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY 20.609.

1. Análisis de la “Ley Zamudio” 20.609.

La discriminación en razón de género ha sido una problemática que históricamente ha afectado a un grupo de personas en Chile y el mundo. Durante la década de los años noventa en la que comienza un periodo de cambios y reconstrucción política los legisladores tenían como uno de sus grandes objetivos tipificar normas que consagren el respeto a la democracia, a la igualdad, a los Derechos Humanos y a la dignidad de todas las personas. (Díaz García, 2013)

Sin embargo, no fue hasta el año 2005 en el que el Ejecutivo envía una iniciativa de proyecto de ley que define el concepto “discriminación arbitraria” y contempla medidas especiales para aplicar a aquellos casos en los que existieran actos discriminatorios. La fundamentación del Presidente de la Cámara de Diputados para impulsar el proyecto de ley antidiscriminación o “Ley Zamudio” se encontraba en responder a los desafíos que la globalización y el aumento de la diversidad en la sociedad le planteaba a los Estados, y en materia normativa, establecer procedimientos más ágiles de tutela en cuanto a vulneración de derechos por actos discriminatorios; de la misma forma, con la tipificación del proyecto de ley se buscaba disminuir al máximo los llamados “delitos de odio” hacia grupos que históricamente han sido víctimas de la discriminación por su orientación sexual, género, etnia o situación socioeconómica (Historia de la ley 20.609). El proyecto de ley estuvo siete años en tramitación parlamentaria, promulgándose el 12 de julio de 2012, impulsado por el homicidio calificado de Daniel Zamudio; el cual fue un delito de odio motivado por su orientación sexual.

En cuanto al término “discriminación”, la ley 20.609 entrega una definición muy similar a las que el Derecho Internacional y el Código del Trabajo ya habían consagrado, estableciendo en su Artículo N° 2 que *“Se entiende por discriminación arbitraria toda **distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se 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 maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”

Es imprescindible efectuar apreciaciones acerca de las características de la discriminación arbitraria contenida en la ley 20.609 para una correcta aplicación en la labor jurisdiccional: En un primer punto, no toda distinción efectuada por el Estado o particulares conlleva necesariamente a una discriminación arbitraria, por lo que resulta lógica la aparición de interrogantes acerca de los criterios que deben ser considerados por los jueces para precisar que en una situación determinada existe, en primer lugar discriminación y, en segundo lugar, que la discriminación identificada es ilegítima.

De la misma forma, es importante enfatizar en que el artículo 18 de la normativa general antidiscriminación establece de manera explícita que no reemplaza a los procedimientos especiales de tutela de derechos en materias específicas; tales como el procedimiento contemplado en el Código del Trabajo para la vulneración de derechos en la etapa contractual. (Díaz de Valdés, 2014, p.150).

Seguido de lo anterior, para comprender el alcance y la aplicación práctica de la acción de tutela para la discriminación arbitraria existen ciertos criterios claves que maneja la doctrina y la jurisprudencia para ayudar a esclarecer si un acto discriminatorio es razonable y justificado o, por el contrario, corresponde a una manifestación de discriminación arbitraria ilegítima. En este sentido, existe un consenso doctrinal respecto a que la definición de “discriminación arbitraria” entregada por la ley 20.609 establece ciertas “categorías sospechosas” (Díaz de Valdés, 2014, p.177), entregando una serie de características personales (tales como la raza, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la sindicación, entre otras) que pueden indicar la presencia de discriminación arbitraria al ser utilizadas para legitimar situaciones en las que se llevó a cabo un trato distinto a un sujeto, ya que carecen de razonabilidad.

Por otro lado, si retrocedemos a analizar las disposiciones que definen la discriminación arbitraria, es posible identificar una aproximación a otro punto clave: Hay presencia de discriminación arbitraria si la diferencia efectuada por el Estado o por agentes particulares es con el objetivo de **privar, perturbar, amenazar o excluir a otro el ejercicio legítimo de un**

derecho fundamental. Es decir, es necesaria una conexión entre el trato desigual que se llevó a cabo y el impacto que ese trato desigual le generó al ejercicio de un derecho fundamental reconocido en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el criterio a evaluar para determinar la presencia de discriminación arbitraria en una situación determinada no se encuentra en el acto discriminatorio en sí mismo, sino la afectación que ese acto discriminatorio le podría generar a otro derecho distinto (Díaz de Valdés, 2014, p.152). Sobre este punto, Díaz de Valdés (2014) entrega un ejemplo: *“Así, por ejemplo, si un Estado reconoce la libertad de culto a todas las religiones, salvo a los judíos, estaríamos frente a una discriminación que debería prohibirse en cuanto daña el ejercicio del derecho a la libertad de culto de los judíos. (p.151)”*

En efecto, para la labor jurisdiccional resulta clave la relación entre el acto discriminatorio y la perturbación al ejercicio de un derecho fundamental. Lo anterior es esclarecido por la Corte Suprema (en adelante, CS) en la causa Rol N° 41884-2017, la cual corresponde a un recurso de casación en el fondo en el que la cuestión jurídica se basa en determinar si se incurrió en un acto de discriminación arbitraria por parte de la Municipalidad de Ñuñoa no permitir a una persona con discapacidad física llevar a cabo la evaluación exigida por la ley para renovar su licencia de conducir en condiciones que fueran compatibles con la limitación de movilidad en sus brazos y piernas. Es específicamente en el considerando undécimo, en el que la CS afirma este punto *“Que, como esta Corte señaló en la sentencia dictada en la causa mencionada, la acción u omisión discriminatoria para ser sancionable conforme a la citada ley, debe vulnerar necesariamente un derecho fundamental establecido en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes...”*

Sin embargo, otro punto importante que debe ser considerado y que es destacado por la CS en fallo es el deber que reside en los jueces de llevar a cabo un adecuado análisis de los antecedentes del caso, de manera que se identifique correctamente el derecho fundamental que ha sido vulnerado por el acto discriminatorio. En este sentido, en los razonamientos del tribunal de primera instancia en la sentencia impugnada se determinó que no se configura discriminación arbitraria por falta de requisitos, ya que la municipalidad de Ñuñoa (a la luz del tribunal de primera instancia) vulneró un derecho inexistente, ya que el derecho a renovar la licencia de conducir para un vehículo motorizado no existe, por lo que bajo su razonamiento no se reunían los requisitos establecidos en el art. 2 de la ley 20.609 para sancionar el acto discriminatorio por vulnerar un derecho fundamental.

En cambio, la Corte Suprema en un examen más exhaustivo sobre los antecedentes del caso, estimó que efectivamente no existe en el listado de derechos y garantías constitucionales el derecho a renovar la licencia de conducir aludido por el tribunal de primera instancia en su razonamiento, sin embargo, de forma implícita la Municipalidad en su acto discriminatorio vulneró un derecho fundamental del demandante; que en este caso corresponde a la igualdad ante la ley contenida en los artículos 1 N° 1 y 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. En consecuencia, es crucial que en la labor jurisdiccional se identifiquen no sólo las garantías que de manera evidente han sido vulneradas, sino que se lleve a cabo una evaluación del caso en el que se consideren los derechos que fueron amenazados por el acto discriminatorio o que de forma implícita pudieron ser privados, perturbados o excluidos.

Por otro lado, para la labor jurisdiccional es crucial analizar todos los antecedentes pertinentes y el contexto en el que se llevó a cabo el acto discriminatorio. En este sentido, para Díaz de Valdés (2014), las principales circunstancias relevantes que deben ser consideradas en la labor jurisdiccional para establecer la presencia de un acto discriminatorio son: La repetición en el tiempo de la conducta, el tipo de lugar (público o privado) en el que excluyó al sujeto afectado, la visibilidad del acto discriminatorio, el tipo de daño que el hecho discriminatorio provocó al sujeto afectado, la finalidad que tuvo el autor del acto discriminatorio, entre otras circunstancias específicas que pueden ser relevantes en casos puntuales (p.181).

Además, es imprescindible destacar la existencia de un consenso doctrinal en cuanto a la importancia de distinguir la discriminación arbitraria en directa o indirecta. Díaz de Valdés (2014) señala que *“La primera consiste en el trato menos favorable que recibe un individuo en razón de una característica personal, tales como el sexo o la raza. Un ejemplo sería la exclusión de toda clase de discapacitados de una empresa. La discriminación indirecta, en cambio, prohíbe prácticas que formalmente se aplican a todos pero que tienen el efecto de afectar negativamente a individuos pertenecientes a ciertos grupos protegidos, a menos que pueda demostrarse que tales prácticas pueden ser objetivamente justificadas por un fin legítimo”*(p.170)

En este sentido, en la discriminación directa es posible visualizar una diferencia de trato injustificada hacia otro individuo que vulnera su dignidad y el ejercicio legítimo de un derecho fundamental; mientras que en el concepto de discriminación indirecta el trato desigual no parece a simple vista una medida discriminatoria, ya que se origina en normas de alcance general que pueden estar contenidas en la legislación, reglamentación o instrumentos colectivos y que son aparentemente neutras, por lo cual resulta dificultoso identificarla en casos concretos, sin

embargo, crean desigualdades, brechas y perjuicios hacia ciertos grupos de personas con determinadas características. (Rodríguez Burr, 2013, p. 10)

Sin embargo, cabe destacar que la distinción anterior no se encuentra de manera explícita en la definición de discriminación arbitraria que entrega la ley 20.609, por lo que no existe un reconocimiento normativo a la discriminación indirecta en la normativa general antidiscriminación.

1.2 Acciones positivas entregadas por la ley 20.609 aplicables a la discriminación laboral en razón de identidad de género.

Tal como se introdujo en los primeros párrafos de la investigación, para efectuar un acercamiento eficaz a la disminución de la discriminación en el empleo para los grupos desventajados no basta con la tipificación de normas que establezcan derechos igualitarios para todas las personas, sino que es necesario establecer mecanismos que en la práctica equiparen la situación de personas que por sus características han sido históricamente oprimidas por la discriminación laboral, tales como las mujeres, los inmigrantes, pueblos originarios, la comunidad LGBTIQ+, etc. (Navarro Barahona, 2006).

En este sentido, se comprenderán como acciones positivas aquellos programas, medidas o mecanismos que se diseñan para lograr la igualdad real de los grupos que han sido históricamente desaventajados, no solamente hombre-mujer, sino algunas étnicas, personas discapacitadas, personas con preferencias sexuales hasta ahora no toleradas, etc. (Navarro Barahona, 2006, p. 111). Navarro (2006) destaca la importancia de acciones positivas en la normativa antidiscriminatoria *“La acción positiva tiene como fin el superar los obstáculos y las condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad, otorgando beneficios a aquellas personas que en la realidad han sido desfavorecidos como consecuencia de la discriminación, resultado de las prácticas sociales o sistemas sociales y culturales, dando mayores posibilidades y oportunidades de acceso a los derechos que como personas corresponde en igualdad de condiciones.”* (Navarro Barahona, 2006, p.112).

Seguido de lo anterior, tal como ha sido previsto en los párrafos precedentes es importante explicitar que la ley Zamudio 20.609 no contiene normas dedicadas específicamente a resguardar el principio de no discriminación en el empleo; por el contrario, es una ley de aplicación general, en consecuencia, no establece acciones positivas específicas para el empleo

en Chile, pero sí podrán ser aplicables sus disposiciones en determinados casos durante las etapas de la relación laboral. Lo anterior es establecido en la propia historia de la ley 20.609 *“La reforma que se plantea a la Ley N° 20.609 busca posicionarla como una ley general antidiscriminación, sentando las bases y lineamientos generales para todas las leyes relacionadas y formar de esta manera un compendio de normas que se relacionan entre sí de forma coherente y consistente con una verdadera política de lo discriminación y derechos humanos.”*

Existen dos mecanismos contemplados por la ley 20.609 que responden a acciones positivas instauradas por los legisladores para disminuir la brecha discriminatoria en el ámbito laboral:

- **Acción de no discriminación arbitraria:** Esta acción tiene como objetivo facilitar el acceso a justicia por parte de la persona que ha sido afectada por acciones u omisiones discriminatorias. Posibilita la interposición de la acción frente a un juez ordinario, establece plazos más amplios para su interposición y faculta al juez a adoptar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y para resguardar la protección al afectado por el acto discriminatorio.

En cuanto a medidas reparatorias, mediante la acción de no discriminación arbitraria se establece que se podrá dejar sin efecto el acto que contiene la acción u omisión discriminatoria, o bien, se ordenará la realización del acto omitido. Sin embargo, la ley 20.609 no concibe indemnizaciones pecuniarias en favor del afectado; por el contrario, si se constata la existencia de discriminación arbitraria, el tribunal aplicará una multa a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatoria.

- **Incorpora el acto de discriminación arbitraria como causal de destitución en el Estatuto Administrativo para funcionarios públicos y en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales:** Este mecanismo comprende una sanción extra para quienes cometen actos discriminatorios en empleos del sector público; entendiéndose que quienes cometen actos discriminatorios carecen de la probidad que debe caracterizar a un funcionario que representa al Estado al ejercer sus funciones.

Por otro lado, para comprender la aplicación supletoria de la ley 20.609 en materia laboral, José Castro en Boletín N°146/2001 de la Dirección del Trabajo establece que la discriminación laboral consiste en 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 irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Castro, 2001, p. 2). En este mismo punto, la doctrina distingue entre la discriminación laboral producida dentro de la relación laboral propiamente tal y la discriminación laboral producida fuera de la relación laboral, ya sea porque se produce en una etapa previa a la contratación o porque la relación laboral se ha extinguido (Castro, 2001, p. 2-4).

Durante la etapa previa a la contratación que ocurre posterior a la oferta de empleo y anterior a la celebración del contrato de trabajo se producen actos discriminatorios reiterados, tales como la aplicación de test pre- ocupacionales en los que el empleador prive de la oportunidad laboral a una persona transgénero que se encuentra óptimamente capacitada, por motivos discriminatorios. En este tipo de casos es aplicable la tutela contenida en la ley 20.609, la cual permitirá dejar sin efecto el acto discriminatorio cuando no esté basado en la capacidad o la idoneidad personal del postulante (Castro, 2001, p. 8).

Sin embargo, durante la contratación también es posible aplicar la acción de no discriminación en subsidio de las acciones contempladas en el Código del Trabajo para subsanar actos discriminatorios, lo cual ha sido positivamente aceptado por la jurisprudencia; principalmente en casos en los que no se le permita al trabajador utilizar su nombre social mientras presta servicios a la empresa o en los que se le prive al trabajador utilizar el baño del sexo que más le acomode según su identidad de género. Con esta misma idea, en la etapa posterior a la contratación en la que se extinguió la relación laboral también es posible interponer la acción de no discriminación, para dejar sin efecto despidos arbitrarios, motivados por alguna de las categorías sospechosas establecidas en la propia ley 20.609, entre ellas, la identidad de género.

Ahora bien, es trascendente considerar que en la acción antidiscriminación contemplada en la ley 20.609 no se efectúa una disminución en la carga probatoria para determinar con mayor facilidad la presencia de categorías sospechosas en un acto determinado. Este punto es atingente, debido a que potencia la subsistencia de actos en los que existe discriminación indirecta, la cual, como ya ha sido previsto, es compleja de probar en un juicio al ser a simple vista implícita, debido a que formalmente pueden ser vistas como prácticas justas pero que al ejecutarlas son discriminatorias para un grupo determinado de personas, al ocasionarles una desventaja injustificada (Fuenzalida, 2012, p. 100).

Por otro lado, la acción antidiscriminación en sus acciones positivas no contempla mecanismos prácticos que permitan equiparar la situación de desigualdad en la que se encuentran los grupos desaventajados por más de una categoría sospechosa. En este caso, la discriminación múltiple se caracteriza por la concurrencia de dos o más categorías sospechosas de discriminación en un mismo contexto. En este sentido, es importante establecer no sólo un reconocimiento a la discriminación múltiple, sino también medidas prácticas para restablecer el imperio del derecho de los grupos desaventajados por este tipo de discriminación. (Luan Ramos, 2021, p. 39).

A continuación, es de crucial importancia hacer hincapié en que la acción de tutela laboral de derechos fundamentales es incompatible con la acción de no discriminación contemplada en la ley 20.609 (Severín, 2012, p.82); esto es especificado en los requisitos de admisibilidad de la acción de no discriminación arbitraria contenidos en el artículo 6 de la norma, el cual establece que no se admitirá a tramitación la acción de no discriminación: a) cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido o cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo. En consecuencia, si se tramita y admite la acción de tutela laboral de derechos fundamentales no podrá iniciarse un proceso mediante la acción de no discriminación arbitraria.

Es por lo anterior que, a la luz de las consideraciones que han sido vistas en los párrafos precedentes, en el caso que exista discriminación laboral en un contexto de relación de trabajo formal resulta más estratégico acceder a la tutela laboral de derechos fundamentales, ya que en ámbitos procesales se contempla una menor carga probatoria para la persona afectada por el acto discriminatorio (Severín, 2012. P.84), lo que posibilita en gran medida la obtención de resultados favorables en el juicio sobre todo para los casos en los que se presencia discriminación indirecta. Además, la imprecisión de la ley 20.609 dificulta en gran medida probar la existencia de discriminación arbitraria y el nexo causal entre el acto discriminatorio y la perturbación al ejercicio de un derecho fundamental distinto. En este mismo punto, la normativa general antidiscriminación no consagra la posibilidad de obtener indemnizaciones reparatorias al obtener resultados favorables en el juicio (Severín, 2012, p.84).

2. Discriminación laboral en razón de identidad de género en trabajadores transgénero.

El término “persona transgénero” es empleado para describir a las personas cuyo sexo asignado al nacer no coincide con su género (CIDH, 2015 p.32). Así mismo, según la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), una persona transexual es alguien cuya conducta no se condice con el comportamiento asociado culturalmente al género asignado a partir de sus genitales, y que a la vez manifiesta un conflicto entre su identidad de género o la percepción subjetiva de sentirse hombre o mujer y su anatomía genital sexual. (Citado en Altamirano, Araya, Arias, Ruiz, y Orellana, 2012).

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema ha definido el término “transgenerismo” en la sentencia N°38238- 2016, en la que establece en su considerando primero que: *“El transgenerismo, por su parte, es un término que se usa para describir la diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la disconformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que de manera tradicional ha sido asignado a éste; existe cierto consenso en los especialistas en la materia que para referirse o auto referirse a las personas transgénero, es correcto referirse como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans si el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; y persona trans o trans cuando no existe convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino”*. La Corte Suprema en este mismo fallo reconoce de manera expresa el derecho a la identidad de género, el cual no se encuentra reconocido de forma explícita por el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, la Corte Suprema conecta el derecho a la identidad de género con la dignidad humana reconocida expresamente en la Constitución, alineándose con el reconocimiento que los organismos internacionales han establecido en sus convenciones para la identidad de género.

Por otro lado, la Corte entrega lineamientos sustentados por normas explícitas y convenciones internacionales, lo cual permite a los tribunales de menor jerarquía reconocer de forma más eficaz a la comunidad transgénero y la importancia jurídica de resguardar la identidad de género al ser un derecho implícito que se encuentra ligado a otros derechos que están explícitamente reconocidos por la legislación vigente.

Además, autores como Espinosa (2022) que llevaron a cabo un análisis del fallo en cuestión, consideran que el entregar una definición del término “transgénero” que concuerda con los

estándares internacionales ayuda a disminuir las brechas de acceso efectivo a la justicia en la comunidad, aportando a la despatologización de las personas trans y visibilizando sus derechos en el sistema de justicia (Espinosa, 2022, pp. 157-159).

En Chile, es indudable que la protección a los derechos de las personas transgénero ha tenido un desarrollo favorable a lo largo de los años, impulsado por los avances que entrega la ley 20.609, la cual, como ya ha sido mencionado anteriormente, incluye a la orientación sexual e identidad y expresión de género en sus categorías sospechosas; y la ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, la cual permite a las personas trans mayores de 14 años rectificar su nombre y género registral.

Bajo esta perspectiva, es importante destacar que la ley 21.120 sobre identidad de género en sus artículos 3° y 5° establece ciertos principios que deben ser protegidos por el Estado y las empresas; entre ellos, la no patologización, la no discriminación arbitraria y la dignidad de trato.

En armonía con los principios establecidos en la ley 21.120, la Dirección del Trabajo en el Dictamen ORD. N° 823/26 de 17.02.2017 establece que cualquier trabajador o trabajadora que emigre de género tiene derecho a ser respetado en su auto percibida identidad de género. En este mismo orden de ideas, la doctrina institucional de la Dirección del Trabajo contenida en el Dictamen ORD. N° 147 de 26.01.2022 establece que el reconocimiento a la identidad de género del trabajador no podrá significar una disminución a otros derechos que por sus características biológicas posee legítimamente; esto en razón de una consulta realizada por un empleador en cuanto a si un trabajador transgénero embarazado goza igualmente de las normas protectoras contenidas en el título II del libro II del Código del Trabajo, en favor de la maternidad, paternidad y vida familiar.

Sin embargo, a pesar de los avances normativos en materia de discriminación arbitraria, una encuesta realizada en el año 2013 por el Movimiento de Liberación Homosexual establece que la discriminación laboral o educacional ha afectado al 23,4% de la población de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales (LGBT), la familiar al 15,7% y la propinada por amigos/as al 3,5%, siendo particularmente grave el hecho de que el 11,2% dice haber sido discriminado/a en todos los espacios donde se desenvuelve (MOVILH, 2013, p. 21). Además, actualmente no existe ninguna norma que establezca medidas concretas para reducir la exclusión laboral que sufre este grupo de personas históricamente discriminadas

Bajo esta perspectiva las personas transgénero experimentan una situación especialmente desventajosa de discriminación y exclusión en el ámbito del empleo formal, de las cuales son afectadas en mayor medida mujeres, inmigrantes y personas de bajo nivel socioeconómico por la discriminación histórica y estructural que no ha dejado de estar vigente, motivado por estigmas que en la práctica afectan a su dignidad y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

El Informe de la Comisión Europea, “Reconocimiento legal de género en la UE: los caminos de las personas trans hacia la plena igualdad”, agrega que son varios los factores que agravan la posición de las personas transgénero frente al empleo, entre ellos: la discriminación, los documentos que no coinciden con su identidad de género, el sexismo y aspectos que pueden sumarse a otros factores; como la discapacidad o migración que configuran la discriminación interseccional o múltiple (MOVIHL, 2013, p. 29).

De lo anterior es posible reflexionar que es común en la comunidad transgénero sufrir los perjuicios de la discriminación no solo por su identidad de género en sí misma, sino también por otras características que posicionan a estos grupos en una categoría aún más desventajosa. En consecuencia, es posible considerar que existe una tendencia en la comunidad transgénero a sufrir discriminación interseccional o múltiple. Este punto dificulta aún más el establecimiento de un marco normativo que subsane no sólo la discriminación arbitraria, estructural e histórica que padece la comunidad transgénero dentro de los diversos contextos a los que están sometidos (laboral, familiar, económico, educacional, etc.); sino también, que se haga cargo de la multiplicidad de otros factores que posicionan a una parte de la comunidad transgénero en un lugar aún más desventajoso y desprotegido.

Luan Ramos (2021), sostiene que también es relevante considerar la pobreza como un factor determinante para establecer la presencia de discriminación múltiple cuando se complementa con otra categoría sospechosa, debido a que la pobreza exacerba las situaciones de vulnerabilidad, aumenta las brechas discriminatorias y potencia la necesidad de obtener acciones estatales efectivas que consideren la vida en sociedad en condiciones de igualdad para los ciudadanos (p.56). Este punto es clave, ya que según una encuesta realizada en el año 2020 por la Organización Trans-Diversidades, más del 50% de los trabajadores transgénero encuestados cuenta con una remuneración menor a \$400.000, más del 40% de los encuestados pertenecen a empleos informales y el 13,69% de las personas encuestadas asegura que les falta dinero para comprar comida e insumos básicos. (OTD, 2020, pp. 82-101).

En este sentido, a pesar de la tendencia a sufrir discriminación interseccional o múltiple en la comunidad transgénero, la problemática de multiplicidad de categorías sospechosas en un mismo acto discriminatorio es abarcada por los mismos mecanismos contemplados en la normativa general antidiscriminación, sin considerar que en los grupos desventajados existen subgrupos en situaciones más vulnerables y desventajosas.

En la actualidad hay ciertos legisladores que han dado cuenta de la problemática que subsiste en el empleo respecto de personas transgénero, por lo que en junio del año 2021 con el objetivo de subsanar un déficit en las acciones positivas contempladas por la normativa laboral respecto a la discriminación previa a la contratación que dificulta el acceso libre de las personas transgénero al empleo formal, se presentó un proyecto de ley que establece mecanismos para incluir a las personas transgénero en el sector público mediante cuotas de participación. Lo anterior responde a las exigencias los principios de Yogyakarta, los cuales establecen en el principio 12 que toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (Yogyakarta, 2007). Sin embargo, el proyecto de ley actualmente continúa en tramitación y no ha obtenido un apoyo significativo por parte de los legisladores ni ha sido cubierto por la publicidad mediática.

En consecuencia, la ausencia de apoyo y promoción por parte de los legisladores nacionales a proyectos de ley que buscan la realización de acciones positivas que disminuyan las brechas de acceso al empleo formal hacia la comunidad transgénero responde a los escasos mecanismos que equiparen la situación desventajosa que padecen las comunidades afectadas por la discriminación, específicamente en cuanto a la exclusión en el empleo formal, las condiciones laborales y ascensos.

Por otro lado, tal como ya ha sido previsto anteriormente, la discriminación hacia personas transgénero se lleva a cabo en todos los ámbitos y sobre todo de forma indirecta. Lo anterior se ilustra en la causa N° 12341-2019, en la cual se cuestiona si debe considerarse un acto de discriminación arbitraria impedir a una persona el uso del baño en razón de su identidad de género; así, la Corte Suprema en el considerando noveno sostiene *“Que, al respecto, conforme ya se expresó, está Corte estima que la conducta acreditada, descrita en el motivo tercero, configura una discriminación arbitraria que carece de justificación plausible, por cuanto, la acción consistente en la distinción de trato que se materializó con la solicitud arbitraria a la demandante del documento de identidad para consultar el baño*

que eventualmente se dispondría a usar en el interior del local comercial, configura en sí un acto de humillación que no es posible justificar de modo racional, generando una conducta calificable como discriminación arbitraria que satisface los parámetros que establece la Ley N° 20.609". A pesar de la vigencia de la ley de identidad de género, la ley general antidiscriminación y las normas que tutelan el ejercicio de los derechos fundamentales en el contexto laboral, en la actualidad sigue vigente una tendencia en los empleadores de mantener las barreras que existen en los empleos formales para acceder a una inclusión integral de las personas transgénero.

De la misma forma, otra manifestación de discriminación laboral durante la contratación se encuentra en la Causa N° 21393-2019, respecto a una funcionaria de Gendarmería que solicitó a la institución la modificación de su correo electrónico a uno que coincidiera con su identidad de género y nombre registral, ante lo cual obtuvo la negativa de su empleadora y la institución.

Al respecto, la Corte Suprema en el considerando octavo sostiene que la negativa a la solicitud de modificar su correo electrónico institucional *"importa un acto arbitrario que afecta la integridad psíquica de la recurrente y el derecho a la protección de su vida privada, protegido por el artículo 19 N° 1 y 4 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado implica que la autoridad recurrida, pudiendo hacerlo, no adoptó las medidas necesarias en resguardo a su derecho de ser tratada socialmente de acuerdo a su convicción interna de ser mujer, tal y como se percibe a sí misma, lo que afecta su integridad psíquica y su derecho a la protección a su vida privada, al mantener sus antecedentes personales al alcance de los demás funcionarios de la institución."* La Corte Suprema resolvió en conformidad a la acción de no discriminación contemplada en la ley 20.609, estableciendo que el empleador de la funcionaria debía deshacer el acto discriminatorio, permitiendo que la afectada utilizara un correo electrónico que coincida con su identidad de género.

Seguido de lo anterior, otro fallo que visibiliza las prácticas discriminatorias contra la comunidad trans está contenido en la sentencia de casación N°38238- 2016, en que la Corte Suprema resolvió de oficio que la ex alcaldesa de Lampa, Graciela Ortúzar Novoa, debía cesar en su conducta discriminatoria hacia una concejala transgénero, puesto que se negaba a llamarla por su nombre social. La Corte de Apelaciones de Santiago en el fallo de primera instancia negó la presencia de criterios discriminatorios en el acto efectuado por la demandada en calidad de empleadora, ya que la demandada no había efectuado el cambio de nombre legalmente.

En esta sentencia, la Corte Suprema estima que efectivamente la alcaldesa de Lampa incurrió en un acto discriminatorio, por lo que se aplica lo dispuesto en la ley 20.609, obligando a la alcaldesa a dirigirse a la concejala con su nombre social, además del pago de una multa equivalente a 5 UTM a beneficio fiscal. Para justificar su razonamiento, la Corte Suprema conecta el derecho a la identidad de género con el de la dignidad humana, la cual corresponde a la base sobre la que se construyen los derechos y garantías consagrados en la Constitución, por lo que no es posible conceder barreras que limiten su acceso. Además, la Corte Suprema razona que el cambio de nombre corresponde a una de las manifestaciones de la identidad de género, más no es un requisito para ejercer un derecho legítimo.

En armonía con la sentencia N°38238- 2016, la Dirección del trabajo en el Dictamen ORD N° 1533 5.09.2022 reconoce el derecho a la identidad de género en relación con la dignidad humana, por lo que no existen barreras que no permitan la utilización de nombre social en el contrato de trabajo, incluso si aún no se ha realizado el cambio de nombre registral (pp.2-5).

De los fallos anteriores es posible enfatizar una primera apreciación sobre la judicialización de la discriminación laboral en personas transgénero: La discriminación laboral hacia personas transgénero se encuentra mayoritariamente radicado en la negativa de los empleadores de respetar los nombres sociales de sus trabajadores que se encuentran en transición de género; argumentando que se les entrega un trato igualitario a todos sus trabajadores, aun cuando la Dirección del Trabajo ha estipulado de manera explícita que permitir y respetar el uso de nombre social en la vida laboral del trabajador es una manifestación del derecho legítimo a la identidad de género vinculado estrechamente al concepto de dignidad humana consagrado en la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales, la normativa general antidiscriminación y la normativa laboral antidiscriminación (Dirección del Trabajo, ORD N° 1533 5.09.2022, pp. 2-5).

Una segunda apreciación tiene relación con que la discriminación laboral en razón de identidad de género en personas transgénero es tratada principalmente a la luz del mecanismo de protección instaurado en la ley 20.609; esta idea es especialmente conflictiva debido a que la acción antidiscriminación propuesta por la ley 20.609 tiene escasas probabilidades de éxito según las cifras. En efecto, según un análisis cuantitativo efectuado por Díaz de Valdés (2018) de las doscientas ochenta y cuatro causas consideradas, solo ochenta y seis (30%) habían alcanzado una sentencia de fondo a noviembre de 2017. A ello, deben agregarse diecinueve causas (7%)

terminadas por acuerdo entre las partes. En contraste, la mayoría de las acciones (51%) fueron desestimadas por distintas razones antes de la sentencia y quedaban aún pendientes un 8% (p. 24). En relación con este mismo punto, tal como fue previsto en el acápite anterior, el mecanismo establecido en la normativa general antidiscriminación no contempla indemnizaciones directas a la persona que ha sido afectada por el acto discriminatorio; por el contrario, las medidas pecuniarias reconocidas por la ley 20.609 corresponden a pagos de multas a beneficio fiscal, lo cual posiciona al mecanismo general antidiscriminación en una medida que está lejos de ser reparatoria para los afectados.

En conclusión, la discriminación laboral en razón de identidad de género es un fenómeno que a pesar de toda la normativa vigente que resguarda y reconoce a la identidad de género como un derecho legítimo ligado a la dignidad humana de los individuos, sigue presente en todas las etapas de la relación laboral, por lo que es necesario profundizar en las deficiencias del ordenamiento jurídico en materia de discriminación para comprender de mejor forma la subsistencia del fenómeno discriminatorio laboral.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LOS DÉFICITS EN LA PROTECCIÓN NORMATIVA QUE ENTREGA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO A LAS PERSONAS TRANSGÉNERO EN EL EMPLEO

1 Déficit de la normativa laboral contemplada en el Código del Trabajo a la luz de las exigencias establecidas por el Convenio N° 111 de la OIT.

A pesar de la normativa vigente dedicada a resguardar el principio a la no discriminación, Fuentealba et al. (2022) establece que el fenómeno discriminatorio en el ámbito laboral persiste y se encuentra radicada principalmente por motivos de género, edad, características étnicas, características físicas, educación, nacionalidad, experiencia laboral, entre otros y se materializa principalmente en brechas precontractuales para acceder a empleos formales, brechas salariales y dificultades de ascenso (pp.61-63).

También, Fuentealba et al. (2022) reconoce que el fenómeno discriminatorio se encuentra inclusive en instituciones encargadas de administrar justicia (p.61). Lo anterior también es confirmado por investigaciones similares que identifican la existencia en la actualidad de estereotipos de género y diversidad sexual en el PJUD, lo que dificultaría aún más la protección a la no discriminación laboral en integrantes mujeres y disidencias sexuales en los organismos de administración de justicia (Fuentealba et al. 2022, p. 62).

Ahora bien, en un primer punto, la recomendación de la OIT al Convenio N° 111 establece que la discriminación en el empleo abarca todos los tipos de discriminación, “tanto las que se ejercen en el derecho como en la práctica, sean directa o indirectas” (Ugarte, 1997, p.4). En este sentido, una primera apreciación en la doctrina de Rodríguez (2018) respecto a los déficits de la normativa laboral chilena en contraste con el Convenio N° 111 se visibiliza en cuanto a que el Convenio N° 111 contempla la discriminación interseccional o múltiple; sin embargo, el marco normativo nacional que regula el derecho a la no discriminación en el empleo no contempla una regulación específica en esta materia (p.133). Por su parte, Severín hace hincapié en este mismo punto; *“La OIT llama la atención sobre el hecho de que “las personas viven la discriminación en el mercado de trabajo de diversas maneras” y que “la intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan dependen del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que estas actúan entre sí”* (Severín, 2018, p.68). Bajo esta perspectiva, que el ordenamiento jurídico cuente con un reconocimiento normativo expreso a este tipo de discriminación es una base para la implementación de políticas públicas estatales que resguarden a las personas transgénero en el empleo y que contemplen acciones positivas para su inclusión. Tal como fue previsto en el

capítulo anterior, una gran parte de las personas transgénero son víctimas de este tipo específico de discriminación, la cual aumenta sus perjuicios debido al alto índice de pobreza en esta población específica.

Sin embargo, es sabido que la discriminación múltiple en el contexto laboral es un desafío para los Estados, ya que abarca un gran espectro discriminatorio por el sinnúmero de combinaciones de categorías sospechosas que pueden existir en un mismo acto discriminatorio. En palabras de la Corte IDH: *“La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos.”* (Corte Interamericana Derechos Humanos, caso Gonzales Lluy vs. Ecuador, 2015, párrafo 12.).

En segundo lugar, al analizar los déficits de la tutela laboral para personas transgénero, resulta crucial examinar la protección normativa a la discriminación indirecta en el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, el Código del trabajo comprende los actos discriminatorios como “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en determinados motivos **que tengan por objeto** anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; mientras que, de forma similar, el Convenio N° 111 señala como actos discriminatorios aquellos **que tengan por efecto** anular o alterar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Las doctrinas de Rodríguez (2013) y Severín (2012), establecen, en atención a tales definiciones, que en el ordenamiento jurídico nacional serán discriminatorias las conductas (sean activas u omisivas) que tengan dicho propósito, incluso cuando éste no haya sido alcanzado. También serán discriminatorias aquellas conductas que, aunque no tengan tales propósitos discriminatorios, tengan dicho efecto en la práctica. Bajo esta perspectiva, los autores concuerdan en que en los conceptos de discriminación que consagra el ordenamiento jurídico se encuentra incluida la noción de discriminación indirecta, aunque no se contemple una regulación normativa que la reconozca de manera explícita. Esta misma idea comparten la jurisprudencia chilena y la Dirección del Trabajo; quienes también reconocen que la tutela laboral es aplicable para los casos de discriminación indirecta (Rodríguez, 2013, p. 27).

Sin embargo, la doctrina concuerda en que la tutela laboral para la discriminación indirecta queda excluida en los procesos anteriores a la contratación. Esto es especialmente problemático,

ya que genera un déficit respecto a medidas estructurales que ayuden a corregir la segregación laboral en personas transgénero. Tal como fue previsto anteriormente, es en la etapa previa a la contratación en la que existen la mayor cantidad de exclusiones discriminatorias para este grupo de personas, sin embargo, es en esta etapa en la que existe el menor resguardo normativo, lo que propicia la subsistencia de brechas discriminatorias en el empleo formal.

Lo anterior lleva al tercer déficit; respecto a la exclusión expresa de las ofertas de trabajo del artículo 2 inciso 2° del Código del Trabajo, conforme al artículo 485 (Rodríguez, 2018, p.134). Expresamente en el inciso primero del artículo 485 el legislador limita la tutela de derechos a las cuestiones suscitadas dentro de la relación laboral, por lo que son excluidos aquellos actos discriminatorios que se produzcan con anterioridad a la contratación. De la misma manera, el inciso 2° exceptúa la aplicación del procedimiento a los actos discriminatorios contemplados en el inciso 6° del mismo artículo, los cuales corresponden a las ofertas de trabajo efectuadas por el empleador (Severín, 2017, p. 175).

En este sentido, los legisladores a lo largo de los años han comprendido que la discriminación laboral no se encuentra concentrada únicamente en la etapa posterior a la contratación laboral, sino que también está presente en las fases previas a la contratación, al momento de contratar y durante la terminación de la relación laboral. Es por lo anterior, que se han llevado a cabo reformas normativas que tienen como objetivo expandir la tutela laboral hacia los actos discriminatorios en las ofertas de trabajo y prohibir el condicionamiento de la contratación a motivos que no se basen en la capacidad o idoneidad personal para el ejercicio de la actividad laboral. Respecto a este punto, a pesar de existir fiscalización por parte de la Dirección de Trabajo, la exclusión normativa de la oferta en el mecanismo de tutela de derechos contemplado en el Código de Trabajo limita la esfera de protección para los grupos de personas que han sufrido perjuicios por la segregación laboral que generan los actos discriminatorios en la etapa precontractual. En el caso de la oferta, las multas y sanciones administrativas que contempla la ley bajo ningún punto responden a un mecanismo de reparación, ni permiten la invalidación del acto discriminatorio, por lo que, en términos prácticos, los perjuicios prevalecen y no son subsanados cuando son ocasionados antes de la contratación (Severín, 2017, p. 176).

El cuarto déficit es reconocido por Rodríguez (2018), en atención a que la normativa laboral antidiscriminatoria no contempla la “ocupación”, a diferencia de lo que ocurre en el Convenio N° 111, en el cual sí es reconocida y protegida. En consecuencia, en Chile la tutela laboral para

actos discriminatorios se limita al empleo formal, lo cual deriva en que los trabajadores informales o independientes no cuentan con una tutela explícita frente a actos discriminatorios en el empleo informal (p. 134). Este punto es especialmente problemático, ya que, según las estadísticas de las encuestas realizadas por MOVILH, el mayor porcentaje de personas transgénero que trabajan lo hacen a través de empleo informal (OTD, 2020, pp. 82-101); por ende, se facilita la presencia de malas prácticas por parte de los empleadores hacia trabajadores informales de la comunidad transgénero, así como también los perjuicios hacia la comunidad, sin una protección expresa ante la presencia de desigualdad salarial y de trato, vulneración de derechos laborales, acoso laboral, violencia discriminatoria, etc.

Un quinto déficit identificado por la doctrina a la luz del Convenio N° 111 y que efectivamente afecta a los derechos de la comunidad transgénero en el empleo se relaciona con la falta de acciones positivas que asistan a grupos de personas que por sus características específicas requieran de una protección especial para compensar sus desventajas reales de grupos vulnerables (Rodríguez, 2018, p.133). Esta materia ha tenido ciertos avances para algunos grupos vulnerables, como es el caso de la ley 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad y las normas de inclusión laboral y cuotas de contratación para personas con discapacidad contenidas en los artículos 157 bis, ter y quáter del Código del Trabajo. Sin embargo, en el caso de personas transgénero no existe una normativa específica que tenga como principal preocupación establecer un marco de igualdad e inclusión en la práctica. Esto se ve evidenciado en varias aristas del empleo; por ejemplo, en la falta de baños inclusivos para disidencias sexuales, la inexistencia de protocolos internos para casos de discriminación en razón de género y acoso laboral hacia la comunidad LGBTIQ+, falta de normativa para abordar los derechos de maternidad para trabajadores que biológicamente cuenten con sexo femenino, aunque su identidad de género sea masculina, etc.

Además, otro déficit en las acciones positivas de la normativa laboral se relaciona con el limitado alcance del artículo 62 bis del Código del Trabajo respecto a la igualdad salarial entre hombres y mujeres, el cual resguarda situaciones en las que hombres y mujeres realicen un trabajo igual o similar (Severín, 2012, p.202). Sin embargo, la norma no entrega un reconocimiento a las personas transgénero o a las disidencias sexuales, a modo de efectuar tutela y políticas públicas para resguardar a una comunidad que estadísticamente es afectada a gran escala por la desigualdad salarial y la pobreza.

A la vista de Severín (2012), la normativa antidiscriminatoria no sólo tiene funciones simbólicas y tutelares, sino también cuenta con un rol promocional o corrector; es por este motivo que las medidas de acción positiva desempeñan un papel activo de fomento de la paridad y de remoción de los obstáculos materiales o sociales que impiden que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (p. 233) En este sentido, esta igualdad promocional se deriva de los incisos tercero y final del artículo 1 de la Constitución Política de Chile. Al respecto, Nogueira Ácala (2006) establece que el sistema de valores y principios que se encuentra reconocido y consagrado en las bases de la institucionalidad chilena obliga a interpretar la Carta Fundamental y la legislación vigente desde un carácter sistemático y finalista, lo cual fundamenta la exigencia constitucional de una tutela positiva de la igualdad (p.822).

Por último, desde la perspectiva de Muñoz (2018), es necesaria una construcción de estrategias de conceptualización, reconocimiento, análisis y razonamiento jurídico que posibilite a los legisladores la integración de todas las fuentes normativas antidiscriminatorias en una misma corriente jurisprudencial efectiva (p.178), que permita el cumplimiento de los estándares internacionales y los principios de igualdad en todas sus aristas, con medidas de acción positiva que promuevan la igualdad de trato y de oportunidades y proteja a los grupos vulnerables que son víctimas de varios tipos de discriminación, además de fomentar políticas públicas que promuevan la integración laboral de disidencias sexuales en el empleo formal y entreguen tutela efectiva hacia los grupos vulnerables que pertenecen al empleo independiente o informal.

2 Déficits en la protección normativa que entrega la ley 20.609 a las personas transgénero en el empleo.

Tal como fue explicitado en los capítulos precedentes, la ley 20.609 contempla un mecanismo general antidiscriminación. Si bien, la normativa no es específicamente laboral (ya que, tal como se ha explicitado, el empleo cuenta con tutela antidiscriminatoria propia), no existen prohibiciones para aplicar la normativa general antidiscriminación de manera supletoria en ciertas materias que no se encuentran adecuadamente protegidas por una regulación normativa específica del Código del Trabajo.

Sin embargo, a lo largo de la investigación se ha podido evidenciar que efectivamente en la normativa laboral antidiscriminatoria existe un vacío normativo respecto de los actos discriminatorios realizados en la etapa anterior a la contratación. Frente a esta problemática, sería

crucial que el mecanismo antidiscriminatorio contenido en la “Ley Zamudio” 20.609 complemente a la normativa laboral entregando una protección eficaz frente a los déficits del Código del Trabajo.

En Chile, la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación considera explícitamente en su catálogo de motivos discriminatorios la orientación sexual e identidad de género, lo cual resulta un gran avance para la comunidad LGBTIQ+. Sin embargo, de la misma forma como ocurre con la normativa laboral, la ley 20.609 ha recibido cuantiosas críticas desde su promulgación, en las que diversos autores han identificado que la norma es reiterativa respecto a garantías que ya se encontraban protegidas en la constitución, ambigua para la labor jurisdiccional, sin medidas reparatorias para los grupos afectados por los actos discriminatorios y poco eficaz en la aplicación de la acción de no discriminación arbitraria.

Un primer déficit identificado por la doctrina es respecto a que el artículo 1 de la ley establece que tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho, toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Vial (2013) destaca que la misión que se establece no se abarca de manera concreta; por el contrario, abarca ambiguamente un deber impuesto a los organismos públicos de instaurar las políticas públicas pertinentes para salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales libremente sin discriminación arbitraria. Por el contrario, la obligación que la ley impone a los entes públicos es considerablemente genérica, debido a que no precisa la forma en la que deben construirse las políticas públicas, los organismos fiscalizadores, los plazos, quienes pueden participar en su elaboración, etc (p. 83).

Seguido de lo anterior, otro déficit se encuentra respecto a la necesaria vinculación del acto discriminatorio con la perturbación a un derecho fundamental, crítica que es fundamentada por Díaz de Valdés (2013) en su artículo ***¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?*** El autor establece que el vincular el acto discriminatorio con la vulneración a un derecho fundamental para que la discriminación sea impugnabile limita el acceso y ejercicio de las medidas antidiscriminatorias establecidas en la ley, invisibilizando actos discriminatorios que pueden ser socialmente nocivos pero que no necesariamente perturban algún derecho de una persona o de la colectividad. *Así, por ejemplo, si el Estado decide otorgar instrucción militar sólo a los jóvenes colorines, ello es un acto discriminatorio que no vulnera, al menos directamente, algún derecho adicional (a menos que se invoque, algo rebuscadamente, la integridad psíquica de los excluidos, su*

derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, etc.) (Díaz de Valdés, 2013, p. 281). De la misma forma, el focalizar únicamente la privación de los derechos fundamentales a los actos discriminatorios desconoce los daños que puede provocar la discriminación por sí misma, sobre todo cuando se trata de discriminación interseccional o múltiple en el contexto de brechas en el empleo.

Bajo esta misma perspectiva, Díaz de Valdés analiza que el principio de no discriminación contenido en el Art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República no requiere la vulneración de otro derecho distinto para ser protegido mediante el recurso de protección, inclusive, la misma norma concibe a la igualdad y la no discriminación como derechos independientes, por lo que la ley 20.609 no es armoniosa con la Carta Fundamental, lo que a ojos de Díaz de Valdés (2013) provoca que sea contraria a las disposiciones que la propia Constitución Política de la República establece (p.282).

Por otro lado, Díaz de Valdés (2014) establece que otro déficit en la normativa es no distinguir entre discriminación directa e indirecta. La problemática de no tipificar la diferenciación doctrinal de los dos tipos principales de discriminación es que la normativa invisibiliza actos discriminatorios que no son explícitos y que se producen mayoritariamente entre privados. A la vista de Díaz de Valdés (2014), la discriminación indirecta se materializa en tratos que formalmente se aplican a todos por igual (por lo que a simple vista no son discriminatorios), pero que afectan desproporcionadamente a los miembros de un grupo desventajado (p.170). Este tipo de discriminación tiene un carácter implícito, por lo que al no encontrarse salvaguardada por la normativa general y laboral antidiscriminación se ignora la existencia de una cuantiosa cantidad de actos discriminatorios.

En cuanto a la labor jurisdiccional, la discriminación indirecta es difícil de reconocer, probar y sancionar (Díaz de Valdés, 2013 p. 289), por lo que es crucial para los jueces la existencia de un marco normativo que oriente y facilite en la práctica el hacerse cargo de este tipo de discriminación. En efecto, este punto también fue criticado por el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, publicado en el año 2013 y elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales: *Lo más llamativo del debate legislativo fue la total ausencia, durante la tramitación del proyecto, de los conceptos de discriminación indirecta, de facto, institucional o estructural. Las únicas ocasiones en que consta algún debate sobre la discriminación indirecta se dieron a propósito del informe de la Comisión Mixta, en que hay una breve alusión al artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo*

Europeo, del 15 de diciembre de 1997, que habla explícitamente de discriminación indirecta. (Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2013 p. 293).

Otro déficit identificado por Díaz de Valdés (2013) en la ley 20.609 se materializa en la exigüidad de la ley en cuanto a un tratamiento efectivo de la discriminación interseccional o múltiple. Al respecto, el autor señala que es frecuente en los grupos comúnmente discriminados que exista un subgrupo aún más afectado por el acto discriminatorio (p. 293); de modo ilustrativo, es necesario comprender que no existe el mismo grado de desventaja en un grupo de personas transgénero si dentro de ese mismo grupo existe un subgrupo de personas que, además de ser transgénero, pertenecen a pueblos originarios, son de bajo nivel socioeconómico y/o, tienen algún grado de discapacidad física. En este orden de ideas, es importante comprender que es imposible para cualquier norma antidiscriminación regular todas las combinaciones posibles de discriminación interseccional o múltiple, sin embargo, en el contexto social de diversidad que actualmente existe, es atingente reconocer normativamente la existencia de este tipo de discriminación, de manera que se contemplen políticas antidiscriminatorias que incorporen a la labor jurisdiccional la exigencia de considerar la situación de las personas que están afectas a discriminación en razón de más de una categoría sospechosa de las que se encuentran contempladas en la ley (Díaz de Valdés, 2013, p. 295).

Otro punto fundamental a considerar en cuanto a los déficits de la ley 20.609, lo establece Severín (2012) al comparar la normativa laboral con los mecanismos de tutela contemplados por la normativa general antidiscriminatoria; en ese sentido, el autor establece que ni la acción constitucional de protección ni la acción de no discriminación arbitraria consideran la prueba indiciaria, sin embargo, en el Código del Trabajo sí se contempla una reducción en la carga probatoria del trabajador al ejercer el mecanismo de tutela de derechos contemplado por la normativa laboral. En consecuencia, para la acción de no discriminación arbitraria existe una dificultad probatoria que constituye un límite para las víctimas de actos discriminatorios (p. 248). Esta dificultad es problemática para los grupos desventajados, ya que autores como Muñoz (2018) al estudiar la eficacia de la acción de no discriminación en sede jurisdiccional, han determinado que la acción ha tenido escasos resultados favorables para las víctimas: *Es posible mencionar que entre diciembre de 2012 y abril de 2017 han existido tan solo 89 sentencias definitivas de primera instancia recaídas sobre demandas tramitadas de acuerdo con la Ley N° 20.609, de estas tan solo 26 han fallado a favor del demandante (p.176).*

Por otro lado, Muñoz (2018) establece que un déficit que debe ser reconocido y subsanado es respecto a que la ley 20.609 en sus medidas antidiscriminatorias carece de reparación patrimonial o indemnización para las víctimas de discriminación arbitraria. En este sentido, el autor establece que para obtener en la normativa una interpretación pro discriminado que cumpla con entregar una tutela jurídica reforzada a los colectivos históricamente desventajados, es imprescindible contemplar un ámbito reparatorio para otorgar debida protección a la víctima y restablecer el imperio del derecho. Para ello, el autor considera que el artículo 12 de la ley 20.609 entrega amplias potestades a los tribunales, entre ellas, “adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. De lo anterior concluye que no existe ninguna prohibición normativa ni consideración relevante que lleve a concluir que no debiese operar la indemnización como método de reparación para el demandado cuando existe una sentencia de término favorable; inclusive, Muñoz (2018) establece que la normativa antidiscriminatoria debiese aplicarse a la luz del principio general establecido en el artículo 2314 del Código Civil, el cual establece la obligación de reparar patrimonialmente de todo aquel que provoque un daño a otro mediante un ilícito (p. 188).

Por último, como último déficit en relación al punto anterior, Muñoz (2018) establece que para restablecer el imperio del derecho no sólo resulta imprescindible la aplicación de medidas de reparación patrimonial para las víctimas, sino también medidas de reparación simbólica que contribuyan a la modificación de estereotipos que sirven de sustrato sociocognitivo para la discriminación. En este sentido, para el autor, la sentencia de la acción antidiscriminación contemplada en la normativa general antidiscriminatoria de la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación arbitraria debiese servir para comunicar al demandante, a los grupos desventajados y a la comunidad en general que existe un reproche jurídico hacia las conductas discriminatorias; para la doctrina de Muñoz, las multas a beneficio fiscal y la reparación patrimonial al demandante son señales que transmiten dicho reproche. Sin embargo, también resulta crucial que se dispongan de otras medidas, tales como las disculpas públicas por parte de la persona u organización que ha realizado el acto discriminatorio. Además, también es importante que los jueces dispongan medidas que acrediten la no reiteración del acto discriminatorio y que, cuando sea apropiado, adopten medidas que permitan adecuar el entorno laboral a las necesidades del grupo discriminado (p. 189).

CONCLUSIONES

Es posible evidenciar del análisis efectuado a lo largo de la investigación, que el fenómeno discriminatorio para las personas transgénero en el empleo se encuentra vigente en la actualidad, y si bien se han hecho diversos avances normativos y estrategias de acción positiva para proteger a la identidad de género en el empleo, aún es evidente que las prácticas discriminatorias subsisten, manifestándose principalmente en la exclusión laboral y las barreras que dificultan a los trabajadores transgénero a una inserción laboral óptima.

En la última década han existido avances legislativos que han fortalecido la protección a la no discriminación en el empleo, sin embargo, la normativa antidiscriminatoria aplicable a los trabajadores transgénero tiene déficits contundentes, los cuales limitan de sobremanera la eficacia de mecanismos de tutela efectivos para la discriminación interseccional y para los actos discriminatorios realizados en la etapa previa a la contratación.

En cuanto a la normativa laboral antidiscriminatoria, sus principales déficits a la luz de las exigencias establecidas por el Convenio N° 111 de la OIT se materializan en ausencia de mecanismos de tutela para las personas transgénero en la etapa previa a la contratación, falta de reconocimiento normativo explícito a la discriminación indirecta, ausencia de acciones positivas que protejan a los grupos desaventajados por discriminación interseccional o múltiple, ausencia de acciones positivas que promuevan la inclusión laboral de la comunidad LGBTIQ+, falta de tutela antidiscriminatoria para trabajadores informales o independientes, escasez de normativas específicas que resguarden a los grupos transgéneros de acoso laboral, carente reconocimiento a las personas transgénero como sujetos de protección en la normativa de igualdad salarial y falta de derechos de maternidad para trabajadores transgénero.

Por su parte, la ley 20.609 también ha sido objeto de críticas por los académicos del Derecho, específicamente fueron reconocidos como déficits normativos la ambigüedad de la ley respecto a los mecanismos que deben realizar los jueces para garantizar la debida protección a la no discriminación arbitraria, las problemáticas que genera para las víctimas vincular el acto discriminatorio a otro derecho distinto, la ausencia de reconocimiento a la discriminación indirecta, la falta de prueba indiciaria que facilite un resultado favorable para los afectados por el acto discriminatorio, la exigüidad de la ley respecto a la discriminación interseccional o múltiple y la ausencia de reparación patrimonial para las víctimas.

En este orden de ideas, en la normativa laboral antidiscriminatoria existe particularmente un déficit en su ámbito de aplicación, el cual no abarca todas las etapas de la relación laboral. Sin embargo, este déficit es subsanado con la aplicación supletoria de la normativa general antidiscriminación contemplada en la ley 20.609, el cual efectivamente es aplicable para los casos que se encuentren fuera de la contratación laboral. Por otro lado, también existen déficits particulares en la ley 20.609 en cuanto a su dificultad probatoria al no contar con prueba indiciaria y que carece de un mecanismo reparatorio para las víctimas de actos discriminatorios; lo cual, en la normativa laboral vigente sí está contemplado, específicamente respecto a reparación pecuniaria cuando existe una sentencia favorable para el trabajador afectado.

Este punto tiene especial importancia, ya que se puede evidenciar que las normas se complementan entre sí, por lo que es imprescindible que exista unificación en las leyes que protegen a los individuos de la discriminación, para así fortalecer colaborativamente la tutela a los grupos desaventajados, permitiendo que se proteja de manera eficaz a los distintos grupos afectados por la discriminación laboral.

Como ya es sabido, los procesos legislativos para efectuar reformas estructurales en las normas jurídicas requieren de largos períodos de evaluación por parte de los legisladores, por lo que a corto plazo sería de gran utilidad para los grupos desaventajados que la doctrina pueda contribuir a interpretar y clarificar las ambigüedades contenidas en la ley 20.609, sobre todo en cuanto a delimitar cuáles podrían ser medidas prácticas factibles para cumplir con el objetivo establecido en el artículo 1 de la ley, el cual es restablecer el imperio del derecho al afectado por el acto discriminatorio. En este sentido, sería deseable que se propusieran medidas específicas para complementar la falta de tutela laboral en la etapa previa a la contratación, tales como medidas de inclusión laboral para la comunidad LGBTIQ+, la promoción de ambientes de trabajo seguros para personas transgénero y contemplar mecanismos de reparación pecuniaria y simbólica cuando ha existido una sentencia favorable para el afectado.

En relación con lo anterior, también sería deseable que las organizaciones sindicales de trabajadores ayuden a garantizar que los trabajadores LGBTIQ+ se sindiquen y puedan ejercer su derecho a la libertad sindical, de modo que se favorezca la representatividad y que las problemáticas que afecten directamente a la comunidad LGBTIQ+ se recojan en los contratos colectivos con los empleadores.

En cuanto a reformas legales que ayuden a mejorar las estadísticas de exclusión laboral en personas transgénero, sería deseable el establecimiento de normas de inclusión laboral y cuotas de género para la comunidad LGBTIQ+ en la contratación laboral, de manera similar a las reformas de inclusión que en el año 2021 introdujeron al Código del Trabajo cuotas de inclusión laboral para personas en condición de discapacidad, específicamente en los artículos 157 y siguientes.

Por otro lado, medir anualmente a través de encuestas y estadísticas la inclusión de la comunidad transgénero en el empleo es una medida imprescindible para verificar si las reformas y las políticas públicas que se implementan son eficaces. En este sentido, existen limitadas fuentes de estadísticas en las que se pueda visualizar los cambios reales en la inclusión de las personas transgénero en el empleo a lo largo de los años. Es importante tener una base de referencia, para así fijar nuevos desafíos y confirmar los progresos que ha tenido la inclusión laboral y la protección a la no discriminación en el empleo.

En relación a lo anterior, un hallazgo importante en la investigación ha sido que las estadísticas demuestran la ineficiencia de los mecanismos de tutela contemplados en la ley 20.609 para proteger la no discriminación laboral en personas transgénero, así las cosas, tal como fue visibilizado a lo largo de la investigación, la doctrina apunta a que no ha existido un avance considerable en la no discriminación hacia personas transgénero en los últimos años, sobre todo en el ámbito laboral en el cual no ha existido una mejora significativa en la inclusión al empleo formal de la comunidad LGBTIQ+. De la misma forma, las encuestas establecen una minoría en los resultados favorables que ha tenido la acción de no discriminación, ante lo cual se puede apuntar a que efectivamente el mecanismo contemplado por la normativa general antidiscriminación tiene déficits en la implementación de acciones positivas que promuevan la inclusión de los grupos desaventajados en el empleo y en las barreras jurisdiccionales que existen para las personas afectadas, debido a la inexistencia de prueba indiciaria en la acción de no discriminación.

Otro hallazgo importante ha sido que la normativa laboral tiene sus mayores déficits en el ámbito de aplicación de la tutela laboral, la cual se limita al ámbito de la contratación. De este punto se deduce que será compleja la generación de cambios considerables en los índices de empleabilidad de la comunidad transgénero mientras no exista una protección adecuada de la no discriminación en la etapa precontractual de la relación laboral.

Por último, un hallazgo relacionado con las categorías sospechosas ha sido que el reconocimiento normativo de la discriminación múltiple es importante para los grupos desaventajados, ya que contemplaría identificar que la discriminación no es un fenómeno lineal que ocurre para todas las personas de la misma forma y con la misma intensidad, por el contrario, el fenómeno discriminatorio afecta en con mayor intensidad a ciertos subgrupos más victimizados, que se encuentran dentro de los grupos desaventajados. En este orden de ideas, es imprescindible reconocer la discriminación interseccional a nivel normativo para establecer políticas públicas que contemplen las situaciones más desventajosas de personas particularmente marginadas por más de una categoría sospechosa de discriminación. De no ser así, el fenómeno discriminatorio en ciertos grupos de personas subsistirá a pesar de los intentos de establecer políticas más inclusivas para la comunidad LGBTIQ+ en el empleo.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

1. Jurisprudencia

Sentencia Rol N° 12341-2019 (Corte Suprema 15 de marzo de 2021).

Sentencia Rol N° 21393-2019 (Corte Suprema 5 de noviembre de 2019).

Sentencia Rol N° 38238- 2016 (Corte Suprema 19 de Diciembre de 2017).

Sentencia Rol N° 38238-2016 (Corte Suprema 19 de diciembre de 2016).

Sentencia N° T-11-2020 (1° Juzgado de Letras de Rengo 20 de Abril de 2021).

Sentencia N° T-29-2020 (Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena 12 de Abril de 2021).

Sentencia n° T-303-2018 (Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción 10 de Diciembre de 2018).

Sentencia Serie C No. 239 Átala Riffo y niñas vs. Estado de Chile (Corte IDH, 24 de febrero de 2012).

2. Ordinarios Dirección del Trabajo

ORD N° 1533 5.09.2022. Sobre no discriminación, identidad de género y facultad de administración. Obtenido de https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-122709_recurso_pdf.pdf

ORD. 2856/162, de 30.08.2022. Fija el sentido y alcance del inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo. Obtenido de <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-76653.html>

ORD. N° 147 de 26.01.2022. Sobre protección a la maternidad, trabajador transgénero embarazado. Obtenido de https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-121817_recurso_pdf.pdf

ORD. N° 823/26 de 17.02.2017. Sobre Derechos fundamentales; Idenidad de género; Uso de servicios higiénicos; Empleador; Facultad de administración; Reglamento Interno y Género. Obtenido de https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-111255_recurso_1.pdf

ORD. N° 3704/134 de 11.08.2004. Fija el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2°, del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral. Obtenido de <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-68527.html>

3. Artículos, revistas y libros

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2014, Agosto 18). *Principio de igualdad y no discriminación en Chile, Argentina y España: legislación e institucionalidad*. BCN. Retrieved Noviembre 21, 2023, from <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20677/6/FINAL%2520-%2520Informe%2520-%2520Comparado%2520institucionalidad%2520antidiscriminacion.pdf>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2015, Junio 2). *Estándares de la OIT y la reforma de modernización de las relaciones laborales*. BCN. <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21789/1/Est%C3%A1ndares%20de%20la%20OIT%20y%20la%20reforma%20de%20modernizaci%C3%B3n%20de%20las%20relaciones%20laborales.pdf>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2017, Septiembre 14). *Evolución del concepto de género: Identidad de género y la orientación sexual*. Cámara de Diputados. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=56104>

Colegio de Abogados de Chile, Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados, & Walker, E. (2022). *IGUALDAD SUSTANTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES* [Informe sobre diversidad e inclusión y nueva constitución]. <https://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2022/01/05.-Igualdad-sustantiva-entre-hombres-y-mujeres.docx.pdf>

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2019). *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)*. Observación general año 2019. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_717516.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe sobre el 154 Período de sesiones de la CIDH*. Washington.

Díaz de Valdés, J. (Julio de 2018). Análisis cuantitativo de la acción especial antidiscriminación de la ley Zamudio. *Actualidad Jurídica*(38), 15-33.

Díaz de Valdés, J. M. (2017). Cuatro años de la ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 447-488.

Díaz de Valdés, J. M. (2013). ¿Es la ley Zamudio una ley general antidiscriminación? *Actualidad jurídica* N° 28, 279-295.

Díaz de Valdés, J. M. (2014). La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados. *Revista de Derecho*, 149-186.

Díaz de Valdés, J. M. (2015). LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL: MÚLTIPLE Y COMPLEJA. *Revista Chilena de Derecho*, 153-187.

Díaz de Valdés, J. M. (2015, junio). ¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional? *Revista Ius et Praxis*, 21(2), 317-372. <https://app-vlex-com.bibliotecadigital.uv.cl/vid/clase-igualdad-reconoce-tribunal-643830593>

Díaz García, I. (2013). Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos Internacional y Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 635-668.

Dulitzky, A. (2005, Noviembre 29). *Algunas reflexiones sobre una futura Convención Interamericana contra la discriminación racial y todas formas de discriminación*. OEA DISCURSOS. https://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=05-0293

Fuentealba Carrasco, P., Sánchez Pezo, G., Gauché Marchetti, X., Bustos Ibarra, C., Domínguez Montoya, Á., Santana Silva, D., . . . Barría Paredes, M. (2022). La discriminación laboral en el poder judicial chileno. Una caracterización de las percepciones al interior de la institución. *Revista ius et praxis*, 60-81.

Fuenzalida Reyes, E. P. (2012, julio 26). La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: Perspectivas y alcances. *Revista actualidad jurídica*, (26), 97-123. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-26-P97.pdf>

García Pino, G. (2021). *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de derecho comparado*. Bruselas: Dirección General de Servicios de Estudios Parlamentarios.

Luan Ramos, D. (2021). Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del Sistema Internacional de Derechos Humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional. *Estudios constitucionales*, 19(2), 38-70.

MOVILH Chile. (2022, Enero 17). *Borrador 4: Igualdad y no discriminación*. Movilh Chile. Retrieved November 21, 2023, from <https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2022/01/Iniciativa-Igualdad-y-no-discriminacion-convencion-constitucional.pdf>

MOVILH. (2013). *Primera encuesta Nacional: Diversidad sexual, Derechos Humanos y Ley contra la Discriminación*.

Muñoz León, F. (2013). No a "Separados pero iguales en Chile": Un análisis del Derecho antidiscriminación a partir de su primera sentencia. *Estudios Constitucionales*, (2), 201-228. ISSN 07180195

Muñoz León, F. (2018, Julio 23). La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación. *Revista de Derecho Valdivia*, XXXI(2), 175-192.

Organización Internacional del Trabajo. (2022). *Inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGBTIQ+) en el mundo del trabajo: Una guía de aprendizaje* (Issue ISBN 9789220371527). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_846431.pdf

Pons, È., Galeote, C., & Lojo, M. (2020, Enero 10). *Trabajar siendo mujer trans: "O trabajamos de prostitutas o encima de un escenario, y esto debe terminar ya" - Catalunya Plural*. Catalunya Plural -. <https://catalunyaplural.cat/es/trabajar-siendo-mujer-trans-o-trabajamos-de-prostitutas-o-encima-de-un-escenario-y-esto-debe-terminar-ya/>

Ravletlat Ballesté, I. (2018). Igualdad de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes de Chile. *Ius et praxis*, 24(1), 397-436.

Rodríguez Burr, M. (2018). El convenio num. 111, sobre discriminación (empleo y ocupación), y el derecho a la no discriminación en el empleo en Chile.

Rodríguez Burr, M. (2013). *Nociones sobre Discriminación Laboral Indirecta. Reconocimiento legal en Chile*. [Artículo para optar al título de Magister en Derecho Laboral en la Universidad Adolfo Ibáñez].

Rodríguez Burr, M. (2020). Principios y Criterios Normativos para Justificar la Elección de los Motivos Sospechosos no Listados en el Derecho a la No Discriminación en el Empleo: Una Aproximación desde el Derecho Comparado. (P. Arellano Ortíz, Ed.) *Discriminación en la legislación social*.

Severín Concha, J. P. (2015). Derechos fundamentales en el trabajo y derecho internacional [TESIS DOCTORAL]. In *UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID FACULTAD DE DERECHO*. Madrid. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38301.pdf>

Severín Concha, J. P. (2012). Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional. *Revista de Derecho Constitucional*, 59-86.

Ugarte Cataldo, J. L. (2013). *El derecho a la no discriminación en el trabajo*. Legal Publishing.

Vial Del Solar, T. (2013). La nueva ley antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento. *Anuario de Derechos Humanos*, 183-191.