

**¿Existen garantías adecuadas para proteger el derecho a la no discriminación precontractual en Chile?**

**Profesor guía**

Matías Rodríguez Burr.

**Integrantes**

Antonia Cabezas Núñez.

Valentina Valdenegro Villalobos

***Dedicatoria***

*A nuestros seres queridos, quienes con su amor y apoyo constante nos han sostenido  
en cada paso de este camino académico.  
Y a nosotras, compañeras y amigas inseparables.*

***Antonia y Valentina.***

## Índice

<b>Capítulo I: tratamiento de la discriminación precontractual.....</b>	<b>4</b>
I. Introducción.....	4
II. Discriminación: origen y conceptualización.....	6
a. Origen del derecho a la no discriminación.....	6
b. Conceptualización de discriminación.....	6
III. Tratamiento normativo nacional e internacional del derecho a la no discriminación precontractual en el empleo.....	8
a. Normativa chilena.....	8
b. Tratados internacionales.....	13
IV. Modelo antidiscriminatorio establecido en Chile y comparación con el de la Organización Internacional del Trabajo.....	14
a. Modelo chileno.....	14
b. Modelo establecido por la Organización Internacional del Trabajo.....	15
<b>Capítulo II: obstáculos en la normativa antidiscriminatoria y análisis de acciones judiciales frente a vulneraciones al derecho de no discriminación precontractual.....</b>	<b>17</b>
I. Obstáculos normativos a una adecuada protección al derecho de no discriminación precontractual.....	17
a. Problema de la delimitación de conceptos “capacidad e idoneidad”.....	17
b. Posible exclusión del procedimiento de tutela laboral de los actos discriminatorios ocurridos en etapa precontractual.....	19
c. Competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo.....	22
II. Eventuales acciones judiciales frente a vulneraciones del derecho a la no discriminación precontractual.....	23
a. Acción constitucional de protección.....	23
b. Acción de indemnización de perjuicios.....	25
c. Tutela de Derechos Fundamentales.....	26
d. Acción de no discriminación arbitraria.....	29
III. Relación entre los obstáculos normativos y la eficacia de las acciones judiciales presentadas.....	31
<b>Capítulo III: vías alternativas o complementarias a la judicialización de vulneraciones del derecho a la no discriminación.....</b>	<b>32</b>
I. Aplicación amplia del artículo 420 e interpretación restrictiva del artículo 485.....	32
II. Fiscalización de cumplimiento de la legislación laboral por parte de la Dirección del Trabajo.....	34
III. Transparentar puestos de trabajo.....	34
IV. Esfuerzos legislativos con el objeto de robustecer la normativa antidiscriminatoria.....	36

a. Boletín 13924-13: Extensión del Procedimiento de Tutela Laboral a la etapa precontractual. ....	36
b. Boletín 12748-17: Fortalecimiento de la Ley Zamudio (N° 20.609) contra la discriminación. ....	37
c. Creación de Defensoría contra la Discriminación .....	38
<b>Conclusiones finales .....</b>	<b>39</b>

# Capítulo I: tratamiento de la discriminación precontractual

## I. Introducción.

La discriminación en ámbitos laborales ha aumentado notablemente en las últimas décadas, siendo facilitada por una polarización e intolerancia creciente, tanto en la sociedad chilena como en el extranjero. Diversas manifestaciones de lo señalado se reflejan en el exponencial aumento de casos de exclusión de la fuerza laboral de colectivos protegidos o victimizados sistemáticamente, tales como personas jóvenes, mujeres, personas integrantes de minorías étnicas, o adultos mayores, como se evidencia, por ejemplo, en la Encuesta Nacional del Empleo, correspondiente al año 2024, donde existe una considerable brecha entre la contratación de personas mayores entre 55 y 65 años<sup>1</sup>.

Para contrarrestar este tipo de situaciones es que surgen diversas protecciones constitucionales, legales, entre otras, para la defensa del derecho a la no discriminación, tales como las contenidas en los artículos artículo 19, N°16 de la Constitución Política de la República, el artículo 2 del Código del Trabajo, el artículo 2 de la Ley 20.609 y diversos dictámenes de la Dirección del Trabajo.

El mecanismo principal consagrado en el Código del Trabajo consta del procedimiento de tutela laboral, regulado en el Libro V, capítulo II, párrafo VI, artículos 485 y siguientes, aplicable respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, es decir, los consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, particularmente el numeral primero, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; numeral cuarto; numeral quinto, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; numeral sexto, inc. primero; numeral décimo segundo, inciso primero; y numeral décimo sexto, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

---

<sup>1</sup> Encuesta Nacional de Empleo (ENE) (2024): Población ocupada nacional y regional, según tramo.

Sin embargo, el mismo artículo 485 señala que este procedimiento no será aplicable a los actos discriminatorios del artículo 2, inciso sexto del Código, es decir, ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto, esto es, distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, género, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, entre otros motivos similares o análogos.

Si bien esto se tratará en un próximo acápite, es necesario destacar que aunque la gran parte de situaciones de discriminación son generadas durante la misma relación laboral, por ejemplo, con ocasión del despido, no es menor la cifra de personas discriminadas con anterioridad incluso de la contratación, siendo denegados la oportunidad de trabajar. De esta manera, y siguiendo la normativa antidiscriminatoria, toda persona que sea deliberadamente excluida del proceso de selección de un puesto de trabajo a causa de los criterios ya mencionados, no podrá, en principio, impetrar una acción de tutela laboral contra la discriminación sufrida<sup>2</sup>.

El objetivo de este trabajo será comprobar si existen o no mecanismos de protección al derecho de no discriminación precontractual, consagrado en el artículo 19, N°16 de la Constitución Política de la República, además del artículo 2° del Código del Trabajo y el artículo 2° de la Ley 20.609, entre otros. De esta forma intentaremos proponer nuevos mecanismos de protección que fortalezcan su efectiva aplicación en esta etapa.

Sin embargo, frente a esta interrogante, se debe adelantar que, si bien el ordenamiento jurídico chileno cuenta con eventuales herramientas contra actos de discriminación en el empleo, estas no resultan ser suficientes para proteger a los sujetos discriminados en una etapa precontractual de las relaciones laborales, siendo necesario para esto recurrir a ciertas maquinaciones o interpretaciones de ciertas figuras legales que permitan extender su ámbito de protección a la etapa anterior a la contratación laboral.

## **II. Discriminación: origen y conceptualización.**

---

<sup>2</sup> Gamonal, S & Guidi, C, “La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo”, DER ediciones, Chile, 2022, p. 129.

### **a. Origen del derecho a la no discriminación.**

El derecho a la no discriminación surge en el siglo XX<sup>3</sup>, posterior a los conflictos armados de tal período, en que se deslumbró la necesidad de los Estados de mecanismos de tutela destinados a facilitar que personas pertenecientes a grupos marginalizados pudiesen ejercer los derechos básicos que se garantizaban a toda la comunidad, en igualdad de condiciones<sup>4</sup>.

La primera expresión de la discriminación tiene lugar en textos internacionales que tienen por objeto la protección de los Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, para luego ser definida en el Convenio N°111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre “Discriminación (empleo y ocupación)” de 1958. En esta línea, diversos instrumentos internacionales han prohibido la discriminación, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 26; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el artículo 2.2; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, en su artículo primero; y el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del año 1969, entre otros instrumentos internacionales. Todos estos convenios han sido ratificados en Chile y son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico en razón del artículo 5 de la Constitución Política de la República.

### **b. Conceptualización de discriminación.**

Previo a entregar una conceptualización del concepto de discriminación, se hace necesario precisar que la idea de discriminación no es ilegítima si es entendida como la sola posibilidad de diferenciar o distinguir, pero un caso distinto es cuando esta distinción o diferencia de trato es arbitraria o injusta<sup>5</sup>.

En este sentido, discriminar arbitraria o injustamente consta en “conferir un trato privilegiado o de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquel con quien se compara, incidiendo el trato precisamente en aquello con que se equipara; o en tratar igual

---

<sup>3</sup> Rodríguez, M., “Nociones sobre la Discriminación Laboral Indirecta”, en *Revista Laboral y de Seguridad Social* (Thomson Reuters) Vol. III (2013), p. 15.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Gamonal & Guidi (2022), p. 122.

a dos entidades, en circunstancias que entre ellas media una diferencia que, como tal, debe ser considerada, ya que el trato recae, justamente, en lo que los hace distintos”<sup>6</sup>. Adicionalmente, se señala que “la configuración del ilícito discriminatorio en materia laboral supone un trato diferente a una persona en base a un criterio sospechoso o prohibido, que sea objetivamente perjudicial a la igualdad de oportunidades y trato en el empleo y trabajo, sin justificación suficiente, sea en la capacidad o idoneidad o en algún otro motivo de relevancia constitucional”<sup>7</sup>.

Por tanto, resultan prohibidas todas aquellas diferenciaciones, exclusiones o preferencias carentes de justificación o razonabilidad, como son, en términos generales, las que se basan en aspectos tales como la nacionalidad, el idioma, el sexo o la religión de las personas; estas son repudiadas y prohibidas por diferentes instrumentos internacionales y nacionales sobre derechos humanos.

Atendidas estas definiciones, se pueden encontrar diversas clases de discriminación, las que se desglosarán a continuación.

Naturalmente, se puede identificar una primera categoría de división, en que se encuentra la discriminación contractual y precontractual, en que el factor de diferenciación corresponde a la etapa del iter contractual en que se genera el trato diferente en base a un criterio sospechoso o prohibido; de esta forma, la discriminación contractual refiere a aquellas diferencias de trato producidas durante la relación laboral, mientras que la precontractual supone una forma de discriminación anterior a la contratación, generalmente dada en procesos de ofertas de trabajo, selección y capacitación de personal<sup>8</sup>.

En segundo término, se distingue entre discriminación directa e indirecta, ambas contenidas por el ámbito de protección del derecho fundamental a la no discriminación.

La discriminación directa está vinculada con diferencias de “trato, de consideración o tratamiento, sin una circunstancia o situación objetiva que la justifique o explique, lesionando con tal conducta la dignidad de la persona y sus derechos humanos garantizados”<sup>9</sup>. Esta puede ser, a su vez, abierta o encubierta<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Fernández, M., “Principio constitucional de igualdad ante la ley”, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p.58.

<sup>7</sup> Rodríguez, (2013), p. 18.

<sup>8</sup> Diez Ferre, P. “El principio de no discriminación en la fase preparatoria del contrato de trabajo”, Santiago, 2004, p. 29-37.

<sup>9</sup> Castro, J., “Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares”, en *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 146/2001, 2001, p. 2.

<sup>10</sup> Rodríguez (2013), p. 19.

La directa abierta implica la existencia de un criterio prohibido, el cual motiva el trato o condiciones menos favorables para un trabajador, frente a otro trabajador que se encuentra en una situación comparable<sup>11</sup>. Por otra parte, la discriminación directa encubierta, si se utiliza el sexo a modo de ejemplo, “es aquella en que el trato menos favorable se vincula a atributos personales que de manera exclusiva, o en gran medida, solo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado”<sup>12</sup>.

La discriminación laboral indirecta “se vincula con la teoría del impacto o efecto adverso, donde la medida en sí no aparece como discriminatoria, pero no cabe duda que conlleva esa intención”<sup>13</sup>. Esta constituye una forma de discriminación, que surge de normas, prácticas o estándares aparentemente neutrales, pero que, en los hechos, producen un impacto adverso significativamente mayor en personas pertenecientes a colectivos protegidos o victimizados, sin justificación objetiva<sup>14</sup>.

En cuanto al ilícito antidiscriminatorio, la doctrina y jurisprudencia han apuntado los siguientes aspectos como elementos configuradores del ilícito discriminatorio<sup>15</sup>.

1. Una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias).
2. Que dicha diferenciación se base en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social o cualquier otro motivo. A dichas motivaciones debemos agregar, por mandato constitucional, cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal.
3. Que se produzca como resultado una desigualdad de trato.

### **III. Tratamiento normativo nacional e internacional del derecho a la no discriminación precontractual en el empleo.**

#### **a. Normativa chilena**

---

<sup>11</sup> Caamaño, E., *El derecho a no discriminación en el empleo*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 83

<sup>12</sup> Rodríguez (2013), p. 19.

<sup>13</sup> Castro (2001), p. 2.

<sup>14</sup> Caamaño (2005), p. 86

<sup>15</sup> Dictamen 3704/134 de la Dirección del Trabajo, p. 7.

En cuanto al tratamiento normativo del derecho a la no discriminación y de la no discriminación precontractual en el ordenamiento jurídico chileno, cabe decir que no existe una estructuración de la normativa antidiscriminación, ni mucho menos respecto la regulación en contra de las distinciones realizadas en la etapa precontractual, sino que existen diversas disposiciones esparcidas a lo largo del ordenamiento jurídico chileno, en el plano constitucional, legal y administrativo referidas a estos asuntos, sin embargo, se intentará realizar una sistematización de estas a continuación<sup>16</sup>.

En primer término, en ámbito constitucional, el artículo 19, numeral décimo sexto de la Constitución Política de la República, en su inciso tercero, prohíbe “cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”<sup>17</sup>.

En el ámbito legal, existen múltiples normas pertinentes, como las que se citan a continuación:

En primer lugar, se encuentra el artículo 2 del Código del Trabajo, “que efectúa una declaración de suma importancia en la materia de protección al principio de no discriminación, esto es, que resultan contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, y acto seguido, en su inciso cuarto, indica un catálogo de criterios que revestirían un carácter discriminatorio y que en ningún caso hacen distingo de si estos se producen antes, durante o al finalizar la relación laboral”<sup>18</sup>. Adicionalmente, este artículo señala que:

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

---

<sup>16</sup> Diez Ferre, P. “El principio de no discriminación en la fase preparatoria del contrato de trabajo”, Santiago, 2004, p. 19-22.

<sup>17</sup> Constitución Política de la República de Chile. Art. 19, N°16, inc. 3.

<sup>18</sup> Iturriaga, C., “Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral” en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Volumen IV, N°1, 2016, p. 60.

*administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.*

*Ningún empleador podrá condicionar la contratación de un trabajador o trabajadora, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, al hecho de no padecer o no haber padecido cáncer, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno”<sup>19</sup>.*

En esta línea, el artículo 194 del mismo texto legal dispone que “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”<sup>20</sup>.

Por último, en lo que respecta al Código del Trabajo, es de especial relevancia el artículo 485, que, como ya fue mencionado, regula el procedimiento de tutela laboral. Este procedimiento es aplicable cuando diversos derechos ya mencionados en la disposición resultan lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador<sup>21</sup>. Su inciso segundo dispone que también se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 de este Código, es decir, los criterios sospechosos ya nombrados, con excepción de los contemplados en su inciso sexto, estos son las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto, del mismo artículo.

Es de esta forma, que, en principio, puede considerarse que las distinciones ocurridas en una etapa preocupacional a la relación de trabajo no estarían bajo la protección brindada por el procedimiento tutela de derechos fundamentales.

Ahora, en leyes especiales también se contemplan medidas contra la discriminación en la etapa precontractual de la relación de trabajo.

---

<sup>19</sup> Artículo 2, Código del Trabajo.

<sup>20</sup> Artículo 194, Código del Trabajo.

<sup>21</sup> Gamonal & Guidi (2022), p. 80.

De esta manera, el artículo 7 de la Ley 19.779 dispone que “no podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen”<sup>22</sup>.

Asimismo, se debe tomar en consideración la ley 21.422, que señala que “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores, su permanencia o la renovación de su contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia de mutaciones o alteraciones en su genoma que causen una predisposición o un alto riesgo a una patología que pueda llegar a manifestarse durante el transcurso de la relación laboral, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno que permita verificar que el trabajador no posee en su genoma humano mutaciones o alteraciones de material genético que puedan derivar en el desarrollo o manifestarse en una enfermedad o anomalía física o psíquica en el futuro”<sup>23</sup>.

Adicionalmente, y en concordancia con diversos cuerpos internacionales, como el Tratado de Versalles, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio N° 100 de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, es que la Ley 20.348 agrega el artículo 62 bis al Código del Trabajo, prescribiendo que los empleadores “deberán dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo”<sup>24</sup>, señalando, al igual que la Constitución y el Código del Trabajo, que “no serán consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”<sup>25</sup>.

En esta misma línea se encuentra el artículo 7 de la Ley N°20.422, que establece el derecho a la igualdad de oportunidades para personas en situación discapacidad, entendida como “la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva

---

<sup>22</sup> Artículo 7, Ley 19.779.

<sup>23</sup> Artículo 1, Ley 21.422.

<sup>24</sup> Artículo 1, Ley 20.348

<sup>25</sup> Ídem.

orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”<sup>26</sup>

Por último, especial relevancia toma la Ley 20.609, que, además de brindar una definición de discriminación arbitraria, contempla en su artículo tercero el ejercicio de la denominada acción de no discriminación arbitraria, en los casos en que el derecho a no discriminación arbitraria se vea lesionado. Esta acción puede constituirse como un medio de defensa para todo postulante que haya sido descartado arbitrariamente de una posición laboral por razones inherentes a su persona u originarias a la relación laboral.

La Dirección del Trabajo también ha intervenido en la protección del derecho a no discriminación precontractual, con la emisión de diversos dictámenes, tales como:

1. Dictamen 1782/30, también denominado “listas negras”. En este la Dirección del Trabajo considera “contrario a Derecho utilizar los datos de carácter personal otorgados con ocasión de la relación laboral, para construir registros o listas negras de trabajadores que prohíban su contratación en otras empresas”<sup>27</sup>.
2. Dictamen 3704/134, en el que la Dirección del Trabajo afirma que “el derecho a la no discriminación emerge como límite a los poderes empresariales tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes, en los procesos de selección de personal, como durante su desarrollo y en su conclusión”<sup>28</sup>.
3. Dictamen 698/16, en que la institución afirma que “la publicación de avisos en medios de prensa señalando como requisito para acceder a un determinado puesto de trabajo algunas de las condiciones o calidades previstas en el artículo 2 del Código del Trabajo, entre ellas, la edad, configura la infracción laboral tipificada en el inciso quinto del mismo artículo, debiendo ser sancionada por este Servicio con las multas administrativas contempladas en el artículo 477 del Código del Trabajo”<sup>29</sup>.
4. Dictamen 850/29 del año 2005 y dictamen 3712/39 del año 2013, ambos referidos a la atribución fiscalizadora de la Dirección del Trabajo en torno al cumplimiento de la legislación laboral y la interpretación de esta<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Artículo 7, ley N°20.422.

<sup>27</sup> Dictamen 1782/30 de la Dirección del Trabajo.

<sup>28</sup> Dictamen 3704/134 de la Dirección del Trabajo.

<sup>29</sup> Dictamen 698/16 de la Dirección del Trabajo.

<sup>30</sup> Dictámenes 850/29 del año 2005 y el 3712/39 del año 2013.

5. Dictamen 3840/194 en que el servicio se pronuncia señalando que “si bien la Constitución, permite al oferente de trabajo, calificar cuáles son los elementos o las destrezas que componen la aptitud o idoneidad personal de cada puesto de trabajo, dicha determinación no debe ser arbitraria, debiendo entenderse, por estar en potencial riesgo algunos de los derechos fundamentales del trabajador, como la no discriminación y la intimidad del trabajador, dicha facultad de modo restrictivo”<sup>31</sup>.

## **b. Tratados internacionales.**

En lo que respecta a la regulación internacional del derecho de no discriminación, se hará referencia únicamente a tratados y convenios internacionales, a pesar de que este derecho también es regulado en diversas directivas de la Unión Europea y regulaciones internas de Estados Unidos.

El instrumento internacional más importante en materia de discriminación en el empleo es el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que en su artículo 1 entrega una definición de discriminación, además de señalar que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

Adicionalmente, el numeral tercero indica que:

*“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”<sup>32</sup>.*

Para poder entender que esta protección abarca todo el iter contractual, se realiza una interpretación amplia de los términos “empleo y ocupación”, entendiendo que estos “comprenden la formación y capacitación para el empleo y las condiciones de trabajo. De esta manera, todo el iter contractual queda cubierto por la prohibición de discriminación: la etapa precontractual, la selección y contratación, las condiciones laborales y el despido”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Dictamen 3840/194 de la Dirección del Trabajo

<sup>32</sup> Según Iturriaga, a partir de este numeral, parte de la doctrina afirma que el Convenio se encarga de enfatizar que el amparo que se le debe entregar al trabajador procede en cualquier etapa de la relación de trabajo: la etapa precontractual, la selección y contratación, las condiciones laborales y el despido.

<sup>33</sup> Lizama Portal, L., y Ugarte Cataldo, J., *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1998, p. 219

Asimismo, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 11 establece que los Estados Partes “adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos”<sup>34</sup>, garantizando “el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo”<sup>35</sup>.

En seguida, el Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 27 prohíbe la “discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables”<sup>36</sup>.

#### **IV. Modelo antidiscriminatorio establecido en Chile y comparación con el de la Organización Internacional del Trabajo.**

##### **a. Modelo chileno**

Como ya señalamos en un acápite anterior, se identifican como elementos configuradores del ilícito discriminatorio<sup>37</sup>: una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias); dicha diferenciación debe basarse en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social o cualquier otro motivo. A dichas motivaciones debemos agregar, por mandato constitucional, cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal; y que se produzca como resultado una desigualdad de trato (anulación o alteración de la igualdad de oportunidades).

---

<sup>34</sup> Artículo 11, Convenio sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> Artículo 27, Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>37</sup> Dictamen 3704/134 de la Dirección del Trabajo, p. 7.

En cuanto al elemento objetivo del tipo infraccional, cabe señalar que el acto no requiere intencionalidad por parte del empleador, sino que basta la existencia de un trato diferenciado sobre la base de un motivo discriminatorio<sup>38</sup>. Según la Dirección del Trabajo, todas estas conductas comprenden el conjunto y totalidad de la relación contractual laboral, esto implica que cubre todos los aspectos del iter contractual<sup>39</sup>, incluida la etapa de ofertas de trabajo y selección de personal.

Relativo al elemento subjetivo, este comprende los motivos discriminatorios, es decir, refiere a los grupos de personas que quedan comprendidas bajo la tutela antidiscriminatoria, dado que se identifican con criterios sospechosos<sup>40</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se contemplan diversas excepciones, en que se permitiría ejercer diferencias en el trato, siempre y cuando correspondan a diferencias justificadas en:

1. La capacidad, idoneidad o calificaciones exigidas para un empleo determinado.
2. Nacionalidad y edad.
3. La doctrina ha incluido cualquier otro valor o interés constitucional que sea capaz de superar el test de proporcionalidad.

#### **b. Modelo establecido por la Organización Internacional del Trabajo.**

La Organización Internacional del Trabajo define la discriminación en su artículo 1, letras a, b y c, en que se distinguen tres elementos constitutivos de esta definición<sup>41</sup>, tales como la existencia de exclusión, motivos prohibidos de discriminación y una anulación o alteración de la igualdad de oportunidades de trato en el empleo o la ocupación.

Asimismo, el Convenio N°111 contempla 3 excepciones para otorgar un trato menos favorable basado en motivos discriminatorios<sup>42</sup>, las cuales constan de distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado; actos de discriminación justificados por la protección de la seguridad del Estado. Esta excepción no se

---

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> Dictamen 3704/134 de la Dirección del Trabajo, p. 8.

<sup>40</sup> Rodríguez, M., "El Convenio núm. 111, sobre discriminación (empleo y ocupación), y el derecho a la no discriminación en el empleo en Chile" en Arellano, P. & Severín J., *Chile y la Organización Internacional del Trabajo*. Tirant Lo Blanch, España, 2020, p. 130.

<sup>41</sup> Rodríguez (2013), p. 122.

<sup>42</sup> Rodríguez (2013), p. 124.

encuentra recogida por el ordenamiento jurídico chileno y medidas especiales de protección y asistencia para grupos que requieren asistencia y protección especial. Esta excepción no se encuentra recogida por el ordenamiento jurídico chileno.

A propósito del modelo nacional, e internacional, y con miras a realizar una comparación entre ellos, cabe señalar que su diferencia más relevante consta en la regulación de las denominadas categorías sospechosas, constitutivas de actos discriminatorios.

En primer lugar, a nivel constitucional y referido a lo contenido en el inciso tercero del artículo 19, N°16 de la Constitución Política de la República, esta podría considerarse una cláusula abierta, pues determina como “criterios inadmisibles para fundar en ellos distinciones de trato laboral “cualquier” motivo que no sea la capacidad o idoneidad personal”<sup>43</sup>, contrario a lo regulado por el Convenio N°111 de la Organización Internacional del Trabajo, “que establece un catálogo de criterios estrictamente enumerados, en consideración a los cuales la distinción es considerada discriminatoria”<sup>44</sup>. De esta forma, “el criterio **constitucional** es uno general y formal, lo que permite su amplitud para subsumirse al caso particular, pero que no presenta rasgos o indicios que permitan una más fácil delimitación”<sup>45</sup>.

Esto, en principio, se distingue del modelo legal, asentado por el segundo del Código del Trabajo y, de forma supletoria, por el segundo de la Ley 20.609, donde las categorías discriminatorias son enumeradas, asimilándose, por tanto, al antiguo modelo cerrado fijado por la Organización Internacional del Trabajo.

Sin embargo, este modelo cerrado, existente hasta el año 2024, se ve alterado con la promulgación de la Ley 21.643, denominada como Ley Karin, que en su artículo primero, numeral primero, letra b, modifica el artículo segundo del Código del Trabajo, incorporando las palabras “origen social o cualquier otro motivo”, al listado de actos discriminatorios contenidos en tal disposición.

De esta forma, se amplía el modelo legal, incluyendo las categorías listadas en la disposición. Así, se puede afirmar que el modelo legal existente es uno **abierto**, que contempla

---

<sup>43</sup> Castro (2004), p. 5.

<sup>44</sup> Ídem

<sup>45</sup> Ídem.

**cualquier otro motivo** que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

## **Capítulo II: obstáculos en la normativa antidiscriminatoria y análisis de acciones judiciales frente a vulneraciones al derecho de no discriminación precontractual.**

### **I. Obstáculos normativos a una adecuada protección al derecho de no discriminación precontractual.**

En definitiva, en el ordenamiento jurídico chileno se contempla cierto grado de protección al derecho de no discriminación precontractual, sin embargo, existen diversas problemáticas a nivel normativo que dificultan una adecuada protección de este derecho.

#### **a. Problema de la delimitación de conceptos “capacidad e idoneidad”.**

A partir de la regulación del derecho a no discriminación en el empleo, surge el problema de la delimitación de los conceptos “capacidad e idoneidad exigidos para un empleo determinado”, prescritos como los criterios formales y generales respecto a los cuales se pueden realizar distinciones en el ámbito laboral, contemplados por la legislación en los artículos 19, N°16 de la Constitución Política de la República y el artículo 2 del Código del Trabajo, además del artículo 1, numeral segundo del Convenio N°111 de la Organización Internacional del Trabajo.

La inclusión de estos criterios en nuestro ordenamiento implica la instauración de un modelo antidiscriminatorio sospechoso abierto<sup>46</sup>, que implica la sospecha de que cualquier

---

<sup>46</sup> Cabe remitirse a la discusión sobre el modelo nacional mencionada en el acápite anterior.

discriminación en el acceso, promoción o movilidad en el empleo que se efectúe en base a otro criterio que no sea la capacidad o idoneidad personal del candidato a un empleo o del trabajador, en su caso, constituye una distinción o preferencia arbitraria y debe estar sujeta a un examen calificado<sup>47</sup>, es decir, la Constitución ha optado por una determinación negativa de dichos criterios, señalando el único criterio positivo y admisible: la capacidad e idoneidad personal<sup>48</sup>.

En cuanto a la determinación del sentido y alcance de las expresiones capacidad e idoneidad, Gamonal, por una parte, plantea que estos términos pueden utilizarse indistintamente, y que debe entenderse por ellos “la preferencia o diferenciación hecha sobre la base de la preparación técnica o educacional que requiere el trabajador para cumplir con las funciones encomendadas en el contrato de trabajo”<sup>49</sup>.

Diez Ferre, por otra, afirma que capacidad “debe entenderse como la aptitud de la persona para realizar una determinada actividad laboral en atención a los requerimientos propios de la labor a desarrollar y a los exigidos por el empleador dentro de un margen de razonabilidad”<sup>50</sup>, mientras que la idoneidad “dice mayor relación con la aptitud física, ética o moral para desempeñar un empleo”<sup>51</sup>. Además, señala que “estos criterios son aceptables en cuanto pretenden resguardar la vida, salud o integridad de la persona, o aquellos que son prerequisite legal para un empleo”<sup>52</sup>.

Ahora bien, es importante delimitar ambas expresiones, pues, si bien, el empleador debe tener cierto margen de discrecionalidad al momento de elegir a sus trabajadores, no puede entenderse bajo ningún respecto que esta facultad de decisión le permite discriminar abiertamente so pretexto de la utilización de las facultades que el propio Código del Trabajo les concede<sup>53</sup>; situación que puede generarse si no se limita el poder del empleador, pues se le permitiría diferenciar utilizando motivos discriminatorios y encubrirlos por supuestos juicios respecto a la capacidad e idoneidad de los potenciales trabajadores.

---

<sup>47</sup> Lizama Portal, L., y Ugarte Cataldo, J., *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1998, p. 234

<sup>48</sup> Lizama P. & Ugarte (1998), p. 234.

<sup>49</sup> Gamonal, S. “Los derechos del trabajador en la Constitución chilena”, *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N°3, 2004, pp. 33 y ss.

<sup>50</sup> Diez, P. El principio de no discriminación en la fase preparatoria del contrato de trabajo. Santiago, 2004, p. 44.

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> Ídem.

<sup>53</sup> Iturriaga (2016), p. 59

**b. Posible exclusión del procedimiento de tutela laboral de los actos discriminatorios ocurridos en etapa precontractual.**

Un segundo problema, generado a partir de la normativa chilena, refiere al artículo 485 en relación al artículo 2, ambos del Código del Trabajo. El artículo 485 dispone en sus incisos primero y segundo:

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

*También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”<sup>54</sup>.*

Es en la redacción del inciso segundo donde se genera una segunda problemática, en relación con la protección contra la discriminación laboral, pues, si bien, la disposición contempla sujetos a la protección del procedimiento de tutela a los actos discriminatorios enumerados en el inciso cuarto del artículo 2 del Código, en principio, no resguardaría aquellas diferenciaciones generadas con ocasión de las ofertas de trabajo, comúnmente entendida, como la etapa precontractual o preocupacional de la relación laboral, es decir, no contemplaría protección alguna contra la discriminación ocurrida en el momento anterior a la contratación.

---

<sup>54</sup> Artículo 485, Código del Trabajo.

Al respecto, se presentan diversas posturas en la doctrina y jurisprudencia, en torno a si sería aplicable o no este procedimiento en caso de vulneraciones al derecho a no discriminación en la etapa previa a la contratación.

Ugarte, por una parte, afirma que los empleadores en Chile podrían ser objeto de la acción judicial de tutela laboral si otorgan un trato discriminatorio a los trabajadores durante el desarrollo de la relación laboral, o al momento de su despido, pero ella no podría ejercerse si la práctica discriminatoria se produce antes de la celebración del contrato<sup>55</sup>.

De esta forma, según diversos autores, se reflejaría uno de los mayores déficits del Derecho del Trabajo chileno y del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, pues el ordenamiento jurídico chileno no contempla una acción judicial con el objeto de “proteger al postulante a un empleo frente a las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que pueda sufrir en la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo”<sup>56</sup>.

Parte de la doctrina afirma que “el declarar la inoperancia de acción de tutela en esta etapa implica dejar al descubierto y sin limitación alguna el ejercicio de la posición de supremacía con que cuenta el empleador respecto del trabajador”<sup>57</sup>.

Mientras que autores como Camilo Iturriaga, Sergio Gamonal y Caterina Guidi, sostienen que la acción de tutela laboral que consagra nuestra legislación laboral es plenamente procedente respecto de los actos de discriminación que se produzcan durante una entrevista de selección personal, esto es, durante una etapa precontractual<sup>58</sup>.

Este sector de la doctrina señala que la “excepción alude única y exclusivamente a un tipo específico de discriminación que puede ocurrir en la etapa precontractual laboral, esto es, a las ofertas de trabajo que establecen como requisito de postulación criterios de exclusión, preferencia o distinción que la ley considera ilícitos, por no tener relación alguna con la capacidad o la idoneidad personal del candidato, y en ningún caso hacerse extensiva al resto

---

<sup>55</sup> Ugarte, J., *El derecho a la no discriminación en el trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 70

<sup>56</sup> Gamonal & Guidi (2022), p. 129.

<sup>57</sup> Iturriaga (2016), p. 57.

<sup>58</sup> Iturriaga (2016), p. 66.

de situaciones discriminatorias posibles de ocurrir durante este período, como es el caso de las actuaciones lesivas que con dicho caracter acaezcan en una entrevista de selección personal”<sup>59</sup>.

Adicionalmente, si el artículo 485 se interpreta a contrario sensu, podría declararse procedente la acción de tutela laboral<sup>60</sup>. En este sentido, “si el legislador hubiera querido que los actos de discriminación suscitados en la etapa precontractual hayan quedado excluidos del ámbito de resguardo de acción de tutela, se habría referido a ellos en inciso primero del artículo 485 del Código del Trabajo, y no habría hecho alusión a estos, de manera separada y especial, en el inciso segundo de norma”<sup>61</sup>. Esto, ya que el inciso primero de la disposición indica que es “condición esencial para la aplicación del procedimiento de tutela laboral la existencia de una relación laboral”<sup>62</sup>, por lo que, el inciso segundo, al expresar que “también” será aplicable el procedimiento para el conocimiento de actos discriminatorios del artículo 2 del Código (con excepción de los contenidos en ofertas de trabajo), indicaría que los casos de tutela por este tipo de actos son “una suerte de excepción”<sup>63</sup> a la regla general del ámbito de aplicación del artículo 485.

De esta manera, podría hacerse aplicable el procedimiento de tutela laboral a la etapa preocupacional, lo que supondría efectuar una “interpretación armónica y coherente de la normativa legal, constitucional e internacional”<sup>64</sup> referida al tema, además de entender que “el estatuto de responsabilidad apropiado para ventilar estas situaciones es el contractual”<sup>65</sup>, y comprender que “el principio de buena fe que inspira todo el ordenamiento jurídico, entre ellos, el laboral, ciertamente obliga al empleador a no efectuar discriminación alguna que no se base en la capacidad e idoneidad personal, tanto antes, durante y después de la relación laboral”<sup>66</sup>.

Esto pues la buena fe precontractual se traduce principalmente en “un comportamiento honesto, transparente, solidario, leal y veraz, al cual deben ajustar su comportamiento los contratantes”<sup>67</sup> e implica que los contratantes deben comportarse de tal manera desde el inicio de las entrevistas e incluso hasta la terminación del contrato de trabajo, evitando en todo

---

<sup>59</sup> Iturriaga (2016). p. 59.

<sup>60</sup> Iturriaga (2016), p. 61.

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> Iturriaga (2016), p. 62.

<sup>63</sup> Ídem.

<sup>64</sup> Iturriaga (2016), p. 66

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> Ídem.

<sup>67</sup> Iturriaga (2016), p. 65

momento y en especial durante el proceso de selección incurrir en discriminaciones arbitrarias hacia los postulantes.

### **c. Competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo.**

Uno de los obstáculos más importantes frente a la protección del derecho a no discriminación precontractual por nuestro ordenamiento consta de los artículos referidos a la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo.

El artículo 420 del Código del Trabajo establece el ámbito de competencia correspondiente a los Juzgados de Letras del Trabajo, contemplándose en su letra A, el conocimiento de las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral<sup>68</sup>.

Este precepto permitiría a la doctrina asumir que, dado que en ámbito precontractual no se verifica la existencia de un contrato de trabajo entre el potencial empleador y trabajador, y que, por tanto, las partes aún no asumen las calidades de empleador y trabajador, el conocimiento de estos asuntos no corresponde a los Juzgados de Letras del Trabajo.

Señalando, adicionalmente, que “ninguna de las reglas de competencia del Código del Trabajo, entre ellos el artículo 420, 421 y 466, menciona expresamente que se contemplan excepciones para situaciones fuera de las relaciones laborales (es decir, del ámbito precontractual)”<sup>69</sup>. Por lo que se excluiría del espectro de conocimiento de los tribunales y, por tanto, de la protección de estos, a todo el ámbito preocupacional.

Frente a esto, se encuentran posturas doctrinarias diversas.

En primer término, autores como Pedro Irureta, Diego Palomo, Jordi Delgado y Gonzalo Cortez sostienen, por una parte, que los Juzgados de Letras del Trabajo sí serían competentes para conocer estos asuntos, pues se relacionan directamente con la preparación

---

<sup>68</sup> Artículo 420, Código del Trabajo.

<sup>69</sup> Hidalgo, E., Una lectura de la precontractualidad laboral en Chile. Santiago, 2022, p. 4.

del contrato de trabajo<sup>70</sup>, y, por otra, que “los tribunales podrían conocer por discriminaciones descritas en el artículo 2 inciso 7°, por no excluirse expresamente (como sí se hace con el inciso sexto)”<sup>71</sup>.

Una postura que podría llegar a sustentar esta idea tiene relación con la teoría del bloque de constitucionalidad propuesta por Sergio Gamonal, pues, en función de esta, se integran a nuestro ordenamiento jurídico diversos tratados internacionales, tales como el Convenio N°111 y N°190<sup>72</sup>.

De esta forma, es de opinión de esta tesina que, siguiendo interpretaciones extensivas de las disposiciones de los Convenios señalados, se puede entender que los magistrados estarían facultados para conocer de las distinciones ocurridas en la etapa precontractual a la relación de trabajo.

## **II. Eventuales acciones judiciales frente a vulneraciones del derecho a la no discriminación precontractual.**

Así pues, habiendo realizado un análisis respecto a la normativa antidiscriminatoria y las eventuales problemáticas que esta supone, cabe estudiar qué acciones judiciales podrían ofrecer protección frente a la discriminación precontractual.

Para llevar a cabo este objetivo, se examinará los diversos procedimientos pertinentes, tales como el procedimiento civil, mediante la interposición de una acción de indemnización de perjuicios, la acción constitucional de protección, el procedimiento de tutela laboral, y, por último, la posibilidad de impetrar la acción de no discriminación arbitraria.

### **a. Acción constitucional de protección.**

---

<sup>70</sup> Ver Irureta, P. (2008). Estudios previos al contrato de Trabajo: tratos preliminares y precontrato. En Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (coord.). Estudios Laborales. Santiago: LegalPublishing. p, 64 y Cortez, G., Palomo, D. Delgado, J. (2021). Proceso Laboral. Legal Publishing.

<sup>71</sup> Hidalgo (2022), p. 15.

<sup>72</sup> Gamonal, S. (2020). *Derecho colectivo del trabajo* (3ª ed.). DER Ediciones.

Esta corresponde a aquella acción que “cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”<sup>73</sup>.

Esta acción fue establecida primeramente en el Acta Constitucional de 1976<sup>74</sup>, encontrándose actualmente regulada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y reglamentada por el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales de 2015, modificado el año 2018.

Mediante esta herramienta jurídica se busca entregar tutela de manera expedita y urgente, considerando la magnitud de los derechos vulnerados, a las personas que sufren una afectación en el legítimo ejercicio de uno o más de los derechos expresamente consagrados<sup>75</sup>. En cuanto a su contenido, este solo contempla algunos numerales del artículo 19 de la Constitución Política de la República, tales como el 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 8°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16°, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25°.

En atención a los derechos protegidos, cabe señalar que el artículo 20 de la Constitución Política de la República excluye del resguardo del recurso de protección el derecho a la no discriminación, restringiendo su aplicación respecto a la garantía del artículo 19, N°16 sólo en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación y lo establecido en su inciso cuarto<sup>76</sup>. Sin embargo, la interposición del recurso sería procedente fundándose en la tutela a la garantía del artículo 19, N°2 del mismo texto constitucional, de esta forma, se podría pretender “que los Tribunales Superiores de Justicia, por infracción a esta garantía constitucional pudieran dejar sin efecto el proceso de selección de personal llevado a cabo por el empleador”<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Mosquera, M. & Maturana, C. *Los recursos procesales*. Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2012, p. 411.

<sup>74</sup> Navarro, E. “35 años del recurso de protección, notas sobre su alcance y regulación normativa” en *Estudios constitucionales*, 10(2), 2012, p. 617-642.

<sup>75</sup> Segall, A., *Análisis crítico de la acción de protección por actos arbitrarios o ilegales lesivos del derecho a la honra. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2020.

<sup>76</sup> Caamaño, E. El derecho a la no discriminación en el empleo, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 109.

<sup>77</sup> Caamaño (2005), p. 110.

A pesar de esto, la doctrina ha descartado la utilización de esta acción tutelar, por diversas razones.

En primer término, no se considera una vía idónea, pues el recurso de protección involucra la protección de derechos de contenido **patrimonial**, por lo que no ha sido acogido frente a la vulneración de derechos fundamentales de carácter laboral<sup>78</sup>.

Adicionalmente, el procedimiento en que se conoce este recurso desconoce la posición más débil en que se encuentra el trabajador respecto del empleador.

Un último argumento esgrimido en contra de la interposición de la acción señalada tiene relación con su falta de eficacia real, pues para contar con esta se requiere, entre otras, el pago de indemnizaciones al afectado, lo que sólo puede lograrse a través de un proceso judicial complementario a este recurso<sup>79</sup>, es decir, se requeriría la tramitación de un procedimiento ante tribunales laborales.

Ahora, si bien, el sujeto afectado no recibiría una indemnización por parte del infractor a la normativa antidiscriminatoria, esto no obsta a un eventual resultado favorable en el proceso, que implique la nulidad de la decisión discriminatoria y la posterior incorporación de la persona discriminada al lugar del trabajo del que fue excluido por razones discriminatorias inherentes a su persona.

#### **b. Acción de indemnización de perjuicios.**

Una segunda alternativa para ofrecer protección al derecho a no discriminación se presenta con la interposición de acciones civiles que tengan por objeto obtener el resarcimiento de los perjuicios (materiales e inmateriales), sufridos por el postulante discriminado por cualquier razón ajena a su capacidad o idoneidad personal<sup>80</sup>. En este sentido, según una teoría moderna civilista, desarrollada principalmente por Rudolf von Ihering, “la responsabilidad que se origina durante el iter precontractual tiene su fundamento en la inobservancia del deber de cuidado que las partes contratantes deben emplear durante todo el período de negociaciones”<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Caamaño (2005), p. 111.

<sup>79</sup> Caamaño (2005), p. 112.

<sup>80</sup> Caamaño (2005), p. 114.

<sup>81</sup> Iturriaga (2016), p. 62

Cabe señalar, que el iter precontractual se sitúa en la etapa de tratativas preliminares, en que, si bien, se puede abandonar libremente las negociaciones, se entiende la existencia de una voluntad concordante de las partes de continuar lo que ya se encuentra en curso<sup>82</sup>. De esta forma, la responsabilidad originada durante las tratativas preliminares se extiende más allá del deber general de responsabilidad de no dañar a otro, y resulta ser la obligación de “responder por los daños ocasionados respecto una persona determinada”<sup>83</sup>, que, en estos casos, resulta ser el postulante discriminado en el acceso a un empleo.

Si bien esta teoría abre la puerta para la interposición de acciones civiles tales como una acción de indemnización de perjuicios, en sede contractual, según Iturriaga<sup>84</sup>, por daño moral cuando se acredite un hecho que cause un menoscabo no patrimonial al afectado, se descarta por un sector mayoritario de la doctrina, pues, además de suponer un procedimiento de lato conocimiento y con altos costos monetarios, situación que disminuye la eficacia de la protección del derecho a no discriminación, se genera el problema de la prueba del dolo, pues el peso de la prueba recaería en la persona discriminada, lo que dificultaría satisfacer su pretensión de resarcimiento<sup>85</sup>, y si ya es sumamente complejo probar un acto discriminatorio durante la relación laboral, acreditar la existencia de uno previo a la contratación se hace prácticamente imposible.

### **c. Tutela de Derechos Fundamentales.**

La acción de tutela laboral supone el ejercicio de una acción en ámbito laboral que tiene por objeto la protección de uno o varios derechos fundamentales del trabajador.

La norma fundamental de esta acción corresponde al artículo 485 del Código del Trabajo, que comprende situaciones generadas en la relación laboral cuando, al aplicar normas laborales, el empleador vulnera los derechos fundamentales protegidos por dicho artículo<sup>86</sup>. Este procedimiento permite la tutela de los derechos fundamentales durante la ejecución del contrato de trabajo, al término del mismo, e incluso, según algunos autores, abarcando la etapa precontractual.

---

<sup>82</sup> Ídem.

<sup>83</sup> Ídem.

<sup>84</sup> Ídem.

<sup>85</sup> Caamaño (2005), p. 115

<sup>86</sup> Gamonal & Guidi (2022), p. 98.

Se entenderá entonces que “estos derechos y garantías resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limite el pleno ejercicio de aquellos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”<sup>87</sup>.

Ahora, el que el procedimiento de tutela en los Juzgados de Letras del Trabajo sea aplicable o no en la etapa precontractual de la relación laboral consta de una consideración caso a caso, pues, como existen sentencias que concuerdan con la tesis planteada con Iturriaga, en orden a que sí es aplicable, también están las que se oponen a estos planteamientos, y rechazan toda demanda en esta materia.

En el primer sentido es que es de especial consideración la sentencia de la causa ROL T-2-2020 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Buin. En esta oportunidad, la actora interpone una denuncia en procedimiento de tutela laboral, indemnización de perjuicios y cobro de prestaciones laborales en contra de su ex empleador, pues, luego de un día de haber trabajado para este, se le informa que, por razones anteriores a la contratación e inherentes a su persona, no continuaría en el cargo que ya ostentaba.

La parte demandada sostuvo que, según el artículo 485 del Código del Trabajo, el procedimiento de tutela no es el adecuado para conocer los hechos, pues este sería aplicable únicamente respecto de cuestiones suscitadas en el marco de la relación laboral, afirmando que la vulneración alegada no existiría, ya que los hechos denunciados se habrían producido durante el proceso de postulación.

No obstante lo anterior, y conforme a los criterios de Iturriaga, el Tribunal estima que resulta aplicable el procedimiento de tutela laboral en la etapa precontractual, sustentándose en los siguientes argumentos.

En primer lugar, porque de una interpretación armónica habría que sostener que el artículo 485, inciso segundo del Código del Trabajo, debe ser interpretado de manera restrictiva, refiriéndose de forma exclusiva a las “ofertas de trabajo” que establecen como requisitos de postulación criterios de exclusión, por tanto, al no haberse producido la

---

<sup>87</sup> Ídem.

vulneración de derechos en el contexto de una oferta de trabajo, sí sería procedente la aplicación de este procedimiento.

Por otra parte, frente a los daños ocasionados sería aplicable el régimen de responsabilidad contractual, sosteniendo parte de la doctrina que el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual origina la responsabilidad contractual. Finalmente, el principio de buena fe se encuentra ligado a la prohibición constitucional de efectuar en contra de toda persona cualquier tipo de discriminación arbitraria<sup>88</sup>.

Por estas razones, el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Buin acoge la demanda. Frente a esto, la parte demandada interpone recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones San Miguel.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso y confirma la sentencia recurrida, sosteniendo que la acción de tutela laboral es plenamente procedente respecto de los actos de discriminación que se produzcan durante la etapa precontractual, pues de una interpretación armónica habría que sostener que el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo, debe ser interpretado de manera restrictiva, refiriéndose solo a las “ofertas de trabajo” que establecen como requisitos de postulación criterios de exclusión. Asimismo, señala que frente a los daños ocasionados sería aplicable el régimen de responsabilidad contractual, sosteniendo parte de la doctrina que el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual origina la responsabilidad contractual; finalmente vincula el principio de buena fe a la prohibición constitucional de efectuar en contra de toda persona cualquier tipo de discriminación arbitraria<sup>89</sup>.

En sentido contrario, es decir, considerando que el procedimiento de tutela laboral no es aplicable para conflictos suscitados en la etapa preocupacional, se dicta la sentencia de la causa ROL S-14-2014 Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta. En el fallo se rechaza la demanda interpuesta por un grupo de trabajadores sindicalizados, que plantean que las razones de su no contratación y no renovación de contrato se debe a su sindicalización, es decir, una condición originaria, en este caso, a la relación de trabajo. Ante esto, el tribunal considera que, de acuerdo con el artículo 485 del Código del Trabajo, son sustraídos del procedimiento de tutela los actos discriminatorios del artículo 2, inciso sexto del Código del ramo, esto supone

---

<sup>88</sup> Sentencia T-2-2020 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Buin.

<sup>89</sup> Sentencia Rol 446-2021, Corte de Apelaciones de San Miguel.

ser “razón suficiente para rechazar la demanda intentada por no serle aplicables las normas del procedimiento en que se ha intentado la demanda”<sup>90</sup>.

Teniendo estas causas en consideración, cabe mencionar, en primer lugar, la poca densidad jurisprudencial en la materia, pues, como ya se mencionó, los trabajadores no interponen demandas o denuncias por actos discriminatorios en la etapa precontractual; en segundo lugar, se refleja una diversidad de criterios en los escasos fallos al respecto, es decir, la jurisprudencia no es pacífica, pues algunos jueces aceptan la aplicabilidad del procedimiento de tutela a la discriminación precontractual, mientras que otros se encuentran más reacios a esta opción.

Por último, es necesario destacar que, si bien, estos casos se pronuncian por situaciones ocurridas en fase precontractual, no implicaría tutela precontractual por parte de los jueces, sino que una tutela con ocasión del despido que sanciona una discriminación previa al inicio del contrato. En este sentido, no es posible distinguir una línea jurisprudencial que, verdaderamente, refleje la existencia de tutela precontractual por parte de los tribunales, pues la tramitación de estas causas por estos es sumamente escasa.

#### **d. Acción de no discriminación arbitraria.**

Creada con la publicación de la Ley 20.609 en el año 2012, la acción de no discriminación arbitraria implica la posibilidad de impetrar una acción judicial por parte de los directamente afectados por “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”<sup>91</sup>, en que pueden solicitar una “tutela reactiva ante casos en que se ha lesionado el derecho a no ser discriminado arbitrariamente -o preventiva, cuando el derecho se ve amenazado”<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Sentencia S-14-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.

<sup>91</sup> Artículo 2°, Ley 20.609.

<sup>92</sup> Jenkins, G. “La Acción de No Discriminación Arbitraria a la Luz de la Tutela Judicial Efectiva” en *Estudios constitucionales*, vol. 18, N°1, 2020, p. 3.

En este sentido, la acción “busca determinar si ha existido o no una discriminación arbitraria, y en caso afirmativo, ordenar se deje sin efecto el acto discriminatorio y disponer, ya sea su no reiteración, o bien que se realice el acto omitido”<sup>93</sup>.

La interposición de esta acción merece diversas observaciones, en cuanto a su efectiva protección a los sujetos discriminados precontractualmente.

En primer término, en cuanto a la eficacia real de la acción de no discriminación arbitraria, es necesario realizar dos distinciones, pues, por una parte, se puede obtener la nulidad de la decisión discriminatoria mediante el ejercicio de esta acción, lo que, por tanto, podría implicar la obligación de contratar al sujeto discriminado o repetir el proceso de postulación; sin embargo, por otro lado, aún con un resultado favorable, la persona discriminada no podrá obtener ningún tipo de indemnización, pues estas son cuestiones que, en materia laboral, sólo pueden entregar los Juzgados de Letras del Trabajo competentes.

A esto se suma, que la única sanción contemplada en la Ley 20.609 consta de una multa a beneficio fiscal (incluso se contempla una multa para el demandante, si el tribunal considera que la denuncia carece de todo fundamento), y la gran dificultad generada en aspectos probatorios, dado que la carga de probar la existencia de discriminación recae en el demandante, en circunstancias en que, como ya fue mencionado, es sumamente complejo acreditar actos discriminatorios por parte del empleador en la etapa precontractual de la relación laboral.

Respecto al conocimiento de esta materia en los juzgados civiles, cabe mencionar dos cosas.

En primer lugar, dadas las deficiencias ya señaladas, es que las demandas interpuestas por ejercicio de la acción de no discriminación arbitraria son sumamente escasas; en segundo lugar, en torno al punto anterior, dentro de las demandas interpuestas por ejercicio de esta acción, se genera un rechazo generalizado a estas, principalmente por problemas referidos a la carga de la prueba, que recae en el demandante.

---

<sup>93</sup> Casas, L., & Lagos, C. “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos” en *Anuario De Derechos Humanos*, (10), 2018, p. 128.

Es así como en diversas causas, iniciadas por el ejercicio de la acción de no discriminación arbitraria por los actores, se rechaza la demanda<sup>94</sup>, pues los actores no consiguen probar de forma adecuada el vínculo entre los efectos de la discriminación arbitraria (excluir, privar, amenazar o restringir) y el aparente de motivo de no contratación o desvinculación de la relación laboral<sup>95</sup>, por tanto, no logrando el convencimiento del tribunal de la efectiva existencia de actos discriminatorios que hayan impedido el igual acceso a un puesto de trabajo o la continuidad de prestación de servicios en el mismo.

### **III. Relación entre los obstáculos normativos y la eficacia de las acciones judiciales presentadas**

Dadas las diversas acciones judiciales presentadas para hacer frente a vulneraciones del derecho a la no discriminación en la fase precontractual, resulta imperativo cuestionar la eficacia real de estas acciones, a la luz de los obstáculos normativos ya señalados.

En primer término, tanto la acción constitucional de protección como la acción de no discriminación arbitraria (Ley 20.609) carecen de eficacia real frente a vulneraciones precontractuales, ya que ambas se limitan a la tutela de derechos fundamentales pero carecen de reparaciones patrimoniales, lo anterior debido a que las indemnizaciones son reservadas exclusivamente a Juzgados de Letras del Trabajo en materia laboral, lo que convierte a estas acciones en vías poco idóneas para resolver la problemática de la discriminación precontractual.

Por otra parte, el procedimiento de tutela laboral se ve fuertemente restringido en lo que respecta a la protección de la etapa precontractual de las relaciones laborales, a raíz de la concordancia entre los artículos 2, 485 y 420 del Código del Trabajo.

Mientras el artículo 2 y 485 excluyen, preliminarmente, de este procedimiento el conocimiento de las ofertas discriminatorias, el artículo 420 limita la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo al conocimiento de las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y

---

<sup>94</sup>Sentencia de causa rol N°C-2652-2017, del 1° Juzgado Civil de San Miguel, sentencia de causa rol N°C-1072-2018 del 1° Juzgado de Letras de Coyhaique, causa rol C-1931-2015 del 3° Juzgado de Letras de Punta Arenas y sentencia de causa Rol N°145-2015 del Juzgado de Letras y Familia de Lautaro.

<sup>95</sup> Sentencia de causa ROL C-1931-2015 del 3° Juzgado de Letras de Punta Arenas.

aplicación de los contratos individuales de trabajo, en la circunstancia en que, en la etapa precontractual aún no se materializa la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por lo que las problemáticas que surjan en este momento no podrían someterse al conocimiento de estos tribunales, al no ser de su competencia.

Por último, respecto a la acción de indemnización de perjuicios, esta carece de idoneidad y eficacia real frente a la discriminación precontractual, pues impone al demandante, es decir, la persona discriminada, la carga probatoria de la ruptura abusiva de las tratativas, lo que sería extremadamente difícil de acreditar dada la escasez de evidencias que hay en los procesos de selección, lo que constituye un gran obstáculo a la hora de satisfacer la pretensión indemnizatoria que comprende esta acción.

## **Capítulo III: vías alternativas o complementarias a la judicialización de vulneraciones del derecho a la no discriminación**

Así las cosas, si tenemos en consideración los ya mencionados preceptos legales que generan trabas a una verdadera protección del derecho a la no discriminación precontractual y una nula eficacia real de las acciones constitucionales, civiles y laborales ya presentadas, cabe preguntarse si existen vías alternativas o complementarias a la judicialización de las vulneraciones ocurridas en la etapa precontractual, con el fin de proteger los derechos fundamentales de las víctimas de discriminación precontractual.

En este sentido, se ofrecen las siguientes propuestas.

### **I. Aplicación amplia del artículo 420 e interpretación restrictiva del artículo 485.**

En primer término, para sortear la exclusión de la etapa precontractual del procedimiento de tutela laboral (artículo segundo relacionado con el artículo 485) y, asimismo, superar la restricción de la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo (artículo 420), es que se propone que los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia se enfoquen en generar

un criterio uniformado en orden a no aplicar la letra A del artículo 420 en el conocimiento de cuestiones precontractuales, sino que se rijan por lo dispuesto en la letra G de la misma norma.

La letra G del artículo 420 establece que serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo “todas aquellas materias que las leyes entreguen a juzgados de letras con competencia laboral”<sup>96</sup>. Así, el ámbito de asuntos que será conocido por los tribunales se amplía de manera importante, pues, en virtud de esta letra, se puede entender que estos tribunales conocerán sobre la totalidad de materias respecto a los cuales el Código del Trabajo suponga el ejercicio de una acción judicial destinada a la protección del derecho vulnerado en cada caso.

Siguiendo este razonamiento, dentro de este artículo, se incluiría el conocimiento de los asuntos precontractuales, pues en virtud del inciso segundo del artículo 485, se contempla el ejercicio de la acción de tutela de derechos fundamentales a los actos de discriminación señalados en el artículo segundo del código del ramo, con las salvedades respecto a su inciso sexto ya hechas. Es decir, dado que el artículo 485 contempla el ejercicio de una acción judicial para estas situaciones, es que se pueden considerar estos actos como una de las materias respecto a la cual la ley entrega la competencia de su conocimiento a los Juzgados de Letras del Trabajo y, que, por tanto, merecen protección mediante un procedimiento judicial.

A este ejercicio, se le debe sumar una arista adicional, sin la cual esta nueva aplicación del artículo 420 no tendría sentido: la interpretación restrictiva del artículo 485, en orden a entender que, dado que el artículo incluye los actos discriminatorios del artículo segundo del Código, y que, por tanto, excluye únicamente a las ofertas discriminatorias de la tutela de derechos fundamentales, estos últimos son los únicos actos discriminatorios en etapa precontractual que se encuentran sustraídos del procedimiento, por lo que todas las demás actuaciones discriminatorias suscitadas en la etapa anterior a la contratación sí podrían someterse al conocimiento y competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo.

Si bien esta solución implicaría que, de igual forma, las personas vulneradas en la etapa preocupacional en razón de ofertas discriminatorias queden desprotegidas, se debe señalar que generar este nuevo criterio supondría un avance importante en la materia, en miras de lograr la protección integral de la etapa precontractual de las relaciones laborales.

---

<sup>96</sup> Artículo 420, letra G, Código del Trabajo

## **II. Fiscalización de cumplimiento de la legislación laboral por parte de la Dirección del Trabajo.**

Entendiendo que la formación de un nuevo criterio jurisprudencial uniformado que proteja a los vulnerados en la etapa preocupacional puede tomar años, se propone, en el intertanto, que la Dirección del Trabajo haga pleno uso de su atribución de fiscalización de cumplimiento de la legislación laboral, consagrada en el artículo 505 del Código del Trabajo y el artículo primero del Decreto con Fuerza de Ley N°2 del año 1967, a través de sus respectivas Inspecciones del Trabajo provinciales, departamentales y comunales.

En las respectivas disposiciones se establece como atribución de este servicio la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación<sup>97</sup>, por lo que frente a actuaciones discriminatorias ocurridas en cualquier etapa del iter contractual, la Dirección del Trabajo cuenta con facultades de fiscalización de vulneraciones a derechos de los trabajadores y sancionatorias contra el empleador que las haya cometido.

Ahora, la Dirección del Trabajo en los dictámenes 850/29 del año 2005 y el 3712/39 del año 2013, frente a los requerimientos de víctimas de discriminación precontractual, en que se condicionaba la contratación de estos trabajadores a sus antecedentes financieros, se pronuncia señalando que “aún cuando la oferta de trabajo sea un acto precontractual, su fiscalización, conforme a las reglas generales, corresponde a este Servicio y que, de constatarse alguna condición discriminatoria, se aplicará la multa genérica frente a infracciones laborales que contempla el artículo 506 del Código del Trabajo”<sup>98</sup>.

Esto implicaría un medio alternativo de control para las empresas infractoras del derecho a no discriminación precontractual.

## **III. Transparentar puestos de trabajo**

---

<sup>97</sup> Artículo 505 del Código del Trabajo.

<sup>98</sup> Dictamen 850/29 del año 2005, Dirección del Trabajo.

Como tercera propuesta, que no excluye las anteriores presentadas, se plantea la transparencia de los puestos de trabajo, tanto en el sector público como en el privado.

En cuanto al sector público, esta es una medida que ya se ha adoptado de forma sistemática por la Administración del Estado, mediante la Ley de Transparencia, lo que involucra la publicación de las bases de postulación a los cargos ofrecidos por esta.

Por lo que es en el sector privado donde se genera la mayor fuente de actos discriminatorios en la etapa precontractual.

De esta forma, se propone que, al momento de ofrecer un trabajo, uno de los requisitos a cumplir por los empleadores debería ser remitir los requisitos del cargo, las funciones a realizar y la remuneración correspondiente, tanto a los postulantes como a la Inspección del Trabajo respectiva, con el objeto de prevenir sanciones en posteriores fiscalizaciones.

En este línea, el ordenamiento jurídico debería incentivar a los empleadores y órganos del Estado a aplicar el principio de transparencia y generar la trazabilidad de los cargos ofrecidos, indicando los antecedentes de la postulación, sus requisitos, postulantes y seleccionados, en orden a determinar la existencia o no de una distinción entre los trabajadores postulantes que no se base en su capacidad e idoneidad para ejercer el cargo respectivo.

De esta forma, la aplicación de transparencia en la descripción de puestos laborales previene la discriminación indirecta al eliminar filtros subjetivos entre los postulantes.

Estos mismos principios se han aplicado en diversas legislaciones en el mundo al momento de reglamentar las postulaciones a puestos de trabajo.

En este sentido, se tiene el caso de Estados Unidos, en que la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo es el órgano encargado de aplicar las leyes federales antidiscriminatorias<sup>99</sup>, fiscalizando, de igual forma, las ofertas de trabajo discriminatorias. En este sentido, el postulante discriminado podrá presentar un reclamo frente a una oferta laboral discriminatoria o que no se ajuste a los principios establecidos por la ley, además, la descripción del cargo al momento de comenzar el proceso de postulación puede ser jurídicamente vinculante y susceptible de ser presentado como medio de prueba en un proceso judicial iniciado por el sujeto discriminado en contra de la empresa infractora<sup>100</sup>.

Asimismo, la Unión Europea también cuenta con diversos cuerpos normativos con el objeto de evitar los actos discriminatorios en las entrevistas de trabajo y asegurar la transparencia de las ofertas laborales, tales como la Directiva 2000/78/CE del Consejo<sup>101</sup>, en que prohíbe tanto las discriminaciones directas como indirectas en las condiciones de acceso al trabajo y la formación profesional, de empleo y ocupación y la Directiva 2002/73/CE<sup>102</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa

---

<sup>99</sup> [Información General | Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo.](#)

<sup>100</sup> [Are Job Descriptions Legally Binding?](#)

<sup>101</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre del 2000.

<sup>102</sup> Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

#### **IV. Esfuerzos legislativos con el objeto de robustecer la normativa antidiscriminatoria.**

##### **a. Boletín 13924-13: Extensión del Procedimiento de Tutela Laboral a la etapa precontractual.**

El Boletín 13924-13 es un proyecto de ley que tiene por objeto modificar el Código del Trabajo para establecer el derecho a solicitar tutela judicial por parte de cualquier persona que se vea afectada por actos discriminatorios o de intromisión indebida de su intimidad o privacidad, en el contexto de una oferta de trabajo o de cualquier proceso previo a la contratación laboral<sup>103</sup>.

La idea de este proyecto es agregar un nuevo párrafo 7° al Libro V, Título I, Capítulo II, Párrafo 6°, del Código del Trabajo, en particular tres nuevos artículos que serían el 495 bis, 495 ter y 495 quáter.

El artículo 495 bis que busca introducir el proyecto de ley, protege a los postulantes de actos de discriminación que ocurran en alguna de las etapas del proceso de contratación laboral y los faculta para interponer una denuncia de tutela laboral ante el Juzgado de Letras del Trabajo que corresponda. En particular, el artículo 495 bis dispone que:

*“Quien, en alguna de las etapas del proceso de contratación laboral, tales como la oferta de trabajo o el procedimiento de selección, incluyendo las entrevistas y la realización de pruebas de carácter psicológico, sea afectado por algún acto de discriminación de los señalados en el artículo 2°, inciso cuarto, del Código del Trabajo, o por alguna conducta que vulnere su derecho a la intimidad o privacidad con injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, o ataques ilegales a su honra o reputación, ejecutados por un empleador, sea directamente o a*

---

<sup>103</sup> Boletín 13.924-13

*través de terceros, podrá interponer demanda de tutela laboral ante el juez del trabajo que corresponda.”<sup>104</sup>*

Por otro lado, el artículo 495 ter establece la competencia los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer y resolver los juicios que deriven de los dispuesto en el artículo 495 bis. Por último, el artículo 495 quáter dispone que, una vez que el juez declare la existencia de algunas de las conductas señaladas, deberá el juez condenar al demandado a pagar al afectado por el acto discriminatorio una indemnización de perjuicios.

#### **b. Boletín 12748-17: Fortalecimiento de la Ley Zamudio (N° 20.609) contra la discriminación.**

El boletín 12748-17 tiene por objeto introducir modificaciones a la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, con el fin de “fortalecer la prevención de la discriminación y promover y garantizar de mejor manera el principio de igualdad, dotando de mayor eficacia a la acción de no discriminación que consagra esta ley”<sup>105</sup>.

Con este propósito, se plantea realizar una serie de modificaciones a la ley actualmente vigente, las cuales apuntan a:

- A. Ampliar el objeto de la ley, incluyendo explícitamente la prevención de la discriminación arbitraria y la promoción del principio de igualdad;
- B. Modificar la definición de discriminación arbitraria, y eliminar excepciones al principio de no discriminación;
- C. Propone una indemnización directa dentro del mismo juicio de no discriminación;
- D. Incrementar el monto de las multas y suprimir la sanción a quien pierde el juicio por discriminación;
- E. Y propone modificar los Códigos del Trabajo y Penal para armonizar los textos con la legislación propuesta.

Es particularmente interesante el establecimiento del deber del juez de otorgar una indemnización de perjuicios a la persona afectada por un acto u omisión de discriminación arbitraria. Actualmente, esta posibilidad no existe y quien obtiene una sentencia favorable debe iniciar un nuevo juicio para conseguir la reparación del daño sufrido, por lo que en este sentido

---

<sup>104</sup> Boletín 13924-13

<sup>105</sup> Boletín 12748-17

se propone que el juez, en la misma sentencia que establece la existencia de discriminación arbitraria, ordene el pago de una indemnización<sup>106</sup>.

### **c. Creación de Defensoría contra la Discriminación**

En Chile, diversos parlamentarios, respaldados por Movilh, presentaron en 2023 la idea de legislar acerca de la creación de una nueva institución estatal denominada Defensoría contra la Discriminación, como corporación autónoma para prevenir, promover y proteger el derecho a la no discriminación en los ámbitos público y privado. Con esto, se buscaría fiscalizar políticas antidiscriminatorias, incluyendo procesos laborales precontractuales, con un Directorio y Consejo Consultivo de sociedad civil<sup>107</sup>.

No hay evidencia de avances recientes de su ingreso como proyecto en 2025, aunque se relaciona con la reforma para fortalecer la Ley Zamudio contra la discriminación arbitraria debido a indicaciones<sup>108</sup> que se presentaron para crear la Defensoría, estas no fueron tomadas en consideración y finalmente el proyecto de reforma de la Ley 20.609 fue rechazado.

---

<sup>106</sup> Boletín 12748-17

<sup>107</sup> [Hito: presentan proyecto de reforma constitucional que crea una Defensoría contra la Discriminación – Movilh Chile](#)

<sup>108</sup> [Presentan indicación para crear una Defensoría contra la Discriminación – Movilh Chile](#)

## **Conclusiones finales**

A lo largo de este trabajo, hemos podido evidenciar la existencia de una problemática real y actual: la falta de protección a las personas excluidas de puestos de trabajo por razones discriminatorias en relación a sus condiciones originarias o inherentes a su persona en la etapa precontractual de las relaciones laborales, es decir, en una entrevista de trabajo, proceso de postulación a un cargo u proceso de formación, etc. Esta deficiencia se traduce en uno de los vacíos más importantes en el ámbito de protección del Derecho del Trabajo.

Tal como se ha abordado a lo largo de estos acápites, esta vulneración se produce por la relación entre el artículo segundo y el artículo 485 del Código del Trabajo, que, en principio, excluye del conocimiento de tribunales los actos discriminatorios suscitados en las ofertas discriminatorias realizadas por un empleador.

Por esta razón, ha sido nuestro objetivo la determinación de eventuales mecanismos de protección a los sujetos afectados por tales actos discriminatorios. De esta forma, contemplamos la acción constitucional de protección, la acción de indemnización de perjuicios, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y la acción de no discriminación arbitraria, abordando sus respectivas ventajas y problemáticas en los apartados correspondientes.

Adicionalmente, consideramos la inclusión de medidas complementarias, como las expuestas a continuación.

En primer lugar, promover en los Juzgados de Letras del Trabajo la utilización del artículo 420, letra G al momento de conocer actos discriminatorios suscitados en la etapa precontractual, en conjunto con una interpretación extensiva del artículo 485 del Código del Trabajo.

Asimismo, se propone la transparencia sistemática de los requisitos para acceder a un puesto de trabajo, tanto en el sector público, dado por la Ley de Transparencia, como en el sector privado, en que se señala como alternativa plausible la entrega de los requisitos del cargo a los postulantes y a la Inspección del Trabajo respectiva.

Por último, señalamos el esfuerzo conjunto que se debe realizar en materia legislativa en orden a impulsar proyectos de ley que amplíen el ámbito de protección del Derecho del Trabajo a la etapa precontractual, materializado en el boletín 13924-13 que tiene por objeto la extensión del procedimiento de Tutela Laboral a la etapa precontractual, el boletín 12748-17 que pretendía fortalecer la Ley Zamudio (N° 20.609) contra la discriminación y en la creación de una Defensoría contra la Discriminación.

Ahora, si bien se han planteado diversas medidas destinadas a hacerle frente a los actos discriminatorios originados en la etapa precontractual de la relación laboral, esto es sin perjuicio de la creencia de que, en orden a garantizar una efectiva protección de trabajadores discriminados en la etapa anterior a la contratación laboral, es necesario contar con una legislación más robusta y un criterio jurisprudencial uniforme en miras de aceptar la discriminación precontractual como una problemática real y presente en el actual Derecho del Trabajo y, por tanto, merecedora de un igual sistema de protección que el contemplado para los actos de discriminación ocurridos dentro o después de la relación laboral.

## **Bibliografía**

[Are Job Descriptions Legally Binding?](#), sitio web de Job Information Management Platform.

Boletín legislativo 12748-17

Boletín legislativo 13924-13

Caamaño, E., *El derecho a no discriminación en el empleo*, LexisNexis, Santiago, 2005.

Casas, L., & Lagos, C. “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos” en *Anuario De Derechos Humanos*, (10), 2018, p. 128.

Castro, J., “Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares”, en *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 146/2001, 2001.

Corte Suprema, 25 de septiembre de 1970, RDJ, t. LXVII, sec. 1ª, p 409 a través de Romero Seguel, A. (2009). Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile

Dictamen 698/16 de la Dirección del Trabajo.

Dictamen 850/29 de la Dirección del Trabajo.

Dictamen 1782/30 de la Dirección del Trabajo.

Dictamen 3704/134 de la Dirección del Trabajo.

Dictamen 3712/39 de la Dirección del Trabajo.

Dictamen 3840/194 de la Dirección del Trabajo.

Diez, P. El principio de no discriminación en la fase preparatoria del contrato de trabajo. Santiago, 2004, p. 44.

Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre del 2000.

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

ENCUESTA NACIONAL DE EMPLEO (ENE) (2024): Población ocupada nacional y regional, según tramo. Disponible en [https://de.ine.gob.cl/vis?df\[ds\]=ds-lmisrelease&df\[id\]=DF\\_OCU\\_EDAD&df\[ag\]=CL01&df\[vs\]=1.0](https://de.ine.gob.cl/vis?df[ds]=ds-lmisrelease&df[id]=DF_OCU_EDAD&df[ag]=CL01&df[vs]=1.0)

Fernández, M., “*Principio constitucional de igualdad ante la ley*”, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001.

Gamonal, S. “*Derecho colectivo del trabajo*” (3ª ed.), DER Ediciones, Chile, 2020.

Gamonal, S & Guidi, C, “*La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo*”, DER Ediciones, Chile, 2022.

Gamonal, S. “Los derechos del trabajador en la Constitución chilena”, Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°3, 2004.

Hidalgo, E., Una lectura de la precontractualidad laboral en Chile. Santiago, 2022, p. 4

[Información General | Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo](#), sitio web de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo.

Iturriaga, C., “Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral” en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Volumen IV, N°1, 2016.

Jenkins, G. “La Acción de No Discriminación Arbitraria a la Luz de la Tutela Judicial Efectiva” en *Estudios constitucionales*, vol. 18, N°1, 2020, p. 3.

Lizama Portal, L., y Ugarte Cataldo, J., *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1998.

Mosquera, M. & Maturana, C. *Los recursos procesales*. Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2012, p. 411.

Navarro, E. “35 años del recurso de protección, notas sobre su alcance y regulación normativa” en *Estudios constitucionales*, 10(2), 2012, p. 617-642.

Rodríguez, M., “El Convenio núm. 111, sobre discriminación (empleo y ocupación), y el derecho a la no discriminación en el empleo en Chile” en Arellano, P. & Severín J., *Chile y la Organización Internacional del Trabajo*. Tirant Lo Blanch, España, 2020.

Rodríguez, M., “Nociones sobre la Discriminación Laboral Indirecta”, en *Revista Laboral y de Seguridad Social* (Thomson Reuters) Vol. III (2013).

Segall, A., *Análisis crítico de la acción de protección por actos arbitrarios o ilegales lesivos del derecho a la honra. Doctrina y jurisprudencia.* Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2020.

Sentencia de causa Rol C-1931-2015 del 3° Juzgado de Letras de Punta Arenas.

Sentencia de causa Rol S-14-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.

Sentencia de causa Rol T-2-2020 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Buin.

Sentencia de causa Rol 446-2021, Corte de Apelaciones de San Miguel.

Ugarte, J., *El derecho a la no discriminación en el trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2013.

### **Normativa citada**

Artículo 1, Convenio N°111 de la Organización Internacional del Trabajo.

Artículo 1, Ley 20.348

Artículo 1, Ley 21.422

Artículo 2 del Código del Trabajo.

Artículo 2, Ley 20.609.

Artículo 7, Ley 19.779.

Artículo 7, la Ley 20.422

Artículo 11, Convenio sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Artículo 19, Constitución Política de la República.

Artículo 27, Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Artículo 62 bis del Código del Trabajo.

Artículo 194 del Código del Trabajo.

Artículo 420 del Código del Trabajo.

Artículo 485 del Código del Trabajo.

Artículo 505 del Código del Trabajo.

Artículo 506 del Código del trabajo