

# FUNCIONES DE LAS CATEGORÍAS DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO LABORAL CHILENO

## *FUNCTIONS OF DISCRIMINATION GROUNDS UNDER CHILEAN LABOR LAW*

VICTORIA MARTÍNEZ PLACENCIA\*

**RESUMEN:** El objeto de este trabajo es determinar cuál es el concepto de discriminación que actualmente se aplica en el derecho del trabajo chileno, y con ello, establecer qué funciones cumplen las categorías de discriminación. A partir de la legislación y la dogmática laboral, de las decisiones de la Dirección del Trabajo y de algunos ejemplos jurisprudenciales aquí se sostiene que las categorías cumplen, al menos, dos funciones en sede laboral. Primero, estas forman parte de la definición de discriminación, pues se exige que la diferenciación arbitraria denunciada se vincule a alguna categoría. Segundo, para algunas categorías de personas (mujeres y personas con discapacidad) permiten establecer mecanismos especiales de protección, requiriendo conductas específicas de los empleadores para promover la igualdad.

**Palabras clave:** Discriminación laboral, arbitrariedad, categorías de discriminación.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to define the concept of discrimination currently applicable under Chilean labor law and to clarify which are the functions that discrimination grounds perform. Following the legal and theoretical developments, administrative decisions, and some judicial cases I argue that discrimination grounds perform, at least, two functions in employment discrimination. First, grounds are part of the definition of discrimination, because it is necessary to link the arbitrary differentiation with a protected ground. Second, grounds allow particular levels of protection for some groups (women and persons with disabilities), demanding from employers specific measures to promote equality.

**Keywords:** Employment discrimination, arbitrariness, discrimination grounds.

## I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de discriminación en el trabajo existe desde hace varias décadas en nuestro sistema jurídico, incorporada expresamente por la Constitución de 1980. Junto con una cláusula general de igualdad en el Artículo 19 N° 2, este texto constitucional reforzó la exigencia de igualdad en algunos contextos especiales<sup>1</sup>, incluyendo el trabajo,

---

\* Becaria ANID, LLM Jurisprudence and Legal Theory, University College London. Candidata a doctora en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Dirección Postal: Av. República 105, Santiago. Correo electrónico: victoria.martinez\_p@mail.udp.cl. ORCID ID 0009-0007-3399-7109. Agradezco especialmente los comentarios y sugerencias de los profesores José Luis Ugarte, Claudio Agüero, Judith Schönsteiner, Rodrigo Coloma y Rodolfo Figueroa, así como a todos quienes participaron en el Coloquio Académico de la Universidad Diego Portales en el cual se expuso una versión preliminar de este artículo. Agradezco también la revisión y los comentarios realizados por los árbitros de la Revista. Cualquier error persistente es de mi responsabilidad.

<sup>1</sup> CHILE, *Constitución Política*, Art. 19 N° 16 (discriminación laboral), Art. 19 N° 20 (igualdad tributaria), Art. 19 N° 22 (discriminación económica).

respecto del cual proscribió toda distinción “que no se base en la capacidad o idoneidad personal”<sup>2</sup>. La legislación del trabajo ha hecho eco de esta prohibición, incorporando una definición de discriminación y un listado de categorías<sup>3</sup>. A pesar de su temprana incorporación en el derecho del trabajo chileno, por largo tiempo prácticamente no existieron litigios sobre discriminación laboral. Solo con el establecimiento de la acción de tutela de derechos fundamentales surgió una garantía jurisdiccional efectiva para este derecho<sup>4</sup>, y actualmente constituye alrededor del 20% del total de demandas de tutela<sup>5</sup>.

Lo que se entiende por discriminación en el derecho del trabajo ha sido influenciado por las disposiciones constitucionales sobre igualdad y discriminación, y su interpretación en la jurisprudencia y la dogmática constitucional. Algunos autores han identificado que allí conviven al menos dos conceptos de discriminación; uno que define la discriminación como arbitrariedad, y otro que vincula la conducta discriminatoria con características o categorías prohibidas<sup>6</sup>. La primera conceptualización reprocha la arbitrariedad de la conducta discriminatoria, es decir, que se trate de una diferenciación caprichosa, carente de razón o fundamento<sup>7</sup>. Bajo esta definición las categorías de discriminación no cumplen función alguna, y los listados incluidos en varias legislaciones son vistos como “meras ilustraciones de discriminaciones arbitrarias”<sup>8</sup>. Para la segunda conceptualización, la definición de discriminación entraña una conexión esencial con las categorías, pues determinan qué grupos son especialmente protegidos por este tipo de legislación<sup>9</sup>. La incorporación de listados de categorías, como los que existen en la Ley Zamudio o el Código del Trabajo implica reconocer que en nuestra sociedad existen grupos especialmente marginados o desventajados<sup>10</sup>.

Seguir una u otra definición de discriminación tiene consecuencias teóricas y prácticas relevantes. En un plano más abstracto, la opción por uno u otro concepto se funda-

<sup>2</sup> CHILE, *Constitución Política*, Art. 19 N° 16. Este mismo precepto autoriza al legislador a establecer diferencias fundadas en la nacionalidad chilena o la edad, en determinados casos. Así, el Art. 19 del Código del Trabajo establece que al menos el 85% de los trabajadores de un mismo empleador deben ser de nacionalidad chilena. Asimismo, hay una serie de disposiciones que regulan el trabajo de niños, niñas y adolescentes (Chile, Código del Trabajo, Arts. 15, 15 bis, 16, entre otros).

<sup>3</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 2°.

<sup>4</sup> CHILE, Ley N° 20.087.

<sup>5</sup> Información obtenida por una solicitud de transparencia al Poder Judicial (NR001T0007289), con datos sobre acciones de tutela desde el año 2010 hasta mayo de 2022. En este período se han presentado 27.570 demandas de tutela, de las cuales 5.411 corresponden a acciones por discriminación laboral.

<sup>6</sup> Esta es la opinión de Estefanía Esparza y Soledad Morales, sobre la base del análisis de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia de las acciones de protección y de no discriminación arbitraria. ESPARZA y MORALES-TRAPP (2021) p. 443. En el mismo sentido, MUÑOZ (2021) pp. 95 y ss.

<sup>7</sup> FIGUEROA (2000) p. 34.

<sup>8</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2018) p. 204. En este mismo trabajo, Díaz de Valdés argumenta que las categorías y sus efectos no han sido reconocidos expresamente ni en la Constitución ni en la ley. Sostiene que, aunque el Tribunal Constitucional ha utilizado el concepto de categoría sospechosa, lo ha hecho principalmente en votos de minoría y prevenciones (p. 215). En un sentido contrario, Correa sostiene que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un criterio para determinar si una diferencia es arbitraria es su vinculación con lo que denomina “propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable”. CORREA (2011) pp. 107 y ss.

<sup>9</sup> ESPARZA y MORALES-TRAPP (2021) p. 444. CASAS y LAGOS (2014) p. 132.

<sup>10</sup> MUÑOZ (2013) p. 202.

menta en distintas concepciones sobre la igualdad<sup>11</sup>. La definición de discriminación como arbitrariedad sirve a una concepción formal de igualdad, siguiendo la fórmula aristotélica de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales<sup>12</sup>. En cambio, el segundo concepto de discriminación se relaciona con concepciones sustantivas de igualdad, que buscan la no subordinación de grupos históricamente desventajados u oprimidos<sup>13</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, es posible incorporar ambas concepciones en la interpretación del derecho a la no discriminación, por ejemplo, estableciendo obligaciones negativas que prohíben la arbitrariedad, y obligaciones positivas que obligan a los Estados a crear condiciones reales de igualdad<sup>14</sup>.

Desde un punto de vista práctico, la discriminación como arbitrariedad no reconoce la existencia de grupos o personas más propensas a sufrir discriminación. En cambio, la discriminación vinculada a las categorías se funda en este reconocimiento e impone al Estado un deber de mejorar la posición de esos grupos en la sociedad<sup>15</sup>. Esto incide significativamente en los mecanismos que la legislación antidiscriminación puede adoptar, y, por cierto, en la fundamentación, argumentación y prueba de demandas por discriminación. La noción de discriminación como mera arbitrariedad tiende a oscurecer prácticas sistemáticas de discriminación<sup>16</sup>, y al debilitar la vinculación con las categorías, torna difícil pesquisar prácticas de discriminación indirecta y justificar acciones afirmativas<sup>17</sup>.

El objeto de este trabajo es determinar cuál es el concepto de discriminación que prima en el derecho laboral chileno, y con ello, establecer qué efectos jurídicos o funciones cumplen las categorías de discriminación. Dilucidar esta cuestión es relevante justamente por las consecuencias teóricas y prácticas que conlleva aplicar una noción de discriminación como arbitrariedad o vinculada a la identificación de grupos desventajados. Para lograrlo, en la primera sección se describirá sintéticamente el desarrollo del concepto de discriminación en el derecho del trabajo, a través de la descripción de su evolución legal y

<sup>11</sup> DWORKIN (2003) pp. 90 y ss.; 382 y ss. FIGUEROA (2000) pp. 26 y ss.

<sup>12</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2015) pp. 169-172. En el mismo sentido, CODDOU (2020) pp. 262-270.

<sup>13</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2015) pp. 173-176. ESPARZA (2017) pp. 101-141.

<sup>14</sup> Por ejemplo, la Corte Interamericana ha establecido que “el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, CASO FURLAN y FAMILIARES VS. ARGENTINA, párr. 267. Asimismo, el Comité Derechos Sociales ha establecido que “[p]ara eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 20, N° 8 letra b).

<sup>15</sup> ESPARZA y MORALES-TRAPP (2021) p. 444.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en República Checa también persiste una noción de discriminación como arbitrariedad que ha dificultado a los tribunales locales identificar y sancionar prácticas discriminatorias en contra de las mujeres, o contra miembros del pueblo Romaní. Por esto último, este país ha sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. HAVELKOVA (2019), pp. 76 y ss.

<sup>17</sup> SABA (2019), pos. 1360.

la interpretación dogmática pertinente. En la segunda sección, se intentará definir qué es una categoría de discriminación y cuáles son sus funciones en la arquitectura del derecho antidiscriminación, siguiendo la doctrina comparada de los países pioneros en este tipo de legislación y algunas definiciones del derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, se determinará qué funciones cumplen las categorías en la discriminación laboral en Chile, a partir de la legislación, la interpretación dogmática relevante, la interpretación de la Dirección del Trabajo, y algunos ejemplos de jurisprudencia.

## II. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN CHILE

La Constitución de 1980 no estableció el derecho a la no discriminación como un derecho autónomo, sino que la dogmática nacional lo adscribió al principio de igualdad general reconocido en el Artículo 19 N° 2<sup>o</sup><sup>18</sup>. Una de las dimensiones en que la discriminación fue expresamente prohibida fue en el empleo, proscribiendo en el Artículo 19 N° 16 toda discriminación “que no se base en la capacidad o idoneidad personal”<sup>19</sup>. El constituyente se limitó a prohibir diferenciaciones arbitrarias que no se funden en capacidades y habilidades personales<sup>20</sup>. Esto fue considerado como una manifestación del principio general de igualdad, y como una condición esencial de la libertad de trabajo, pues prohíbe efectivamente la arbitrariedad en el acceso y desempeño del trabajo<sup>21</sup>.

La ausencia de categorías de discriminación en esta disposición constitucional se interpretó como el reconocimiento de una concepción amplia del derecho a la no discriminación, es decir, prohibiendo “cualquier diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable”<sup>22</sup>. Así, se dio cuenta de una cierta particularidad del derecho chileno que, en lugar de establecer criterios prohibidos de discriminación laboral, solo admite dos criterios posibles de diferenciación: la idoneidad y la capacidad personal<sup>23</sup>. Para la doctrina de la época, esto fue considerado un avance respecto de la forma en que instrumentos internacionales configuran la prohibición de discriminación, específicamente respecto del Convenio N° 111 de la OIT<sup>24</sup>. Lo que se prohíbe al empleador es “ejecutar actos odiosos, inaceptables, que en el fondo carecen de razonabilidad”<sup>25</sup>. Con ello se confirmó un concepto de discriminación como arbitrariedad, que no se hace cargo de identificar “aquellos criterios más odiosos y persistentes que la sociedad aspira a erradicar”<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ (2001).

<sup>19</sup> Este mismo precepto autoriza al legislador a establecer diferenciaciones fundadas en la nacionalidad chilena o la edad, en determinados casos. Así, el Art. 19 del Código del Trabajo establece que al menos el 85% de los trabajadores de un mismo empleador deben ser de nacionalidad chilena. Asimismo, hay una serie de disposiciones que regulan el trabajo de niños, niñas y adolescentes (CHILE, Código del Trabajo, Arts. 15, 15 bis, 16, entre otros).

<sup>20</sup> MUÑOZ (2020) p. 82.

<sup>21</sup> IRURETA (2006) p. 74. CAAMAÑO (2005) p. 70.

<sup>22</sup> CAAMAÑO (2003) p. 30.

<sup>23</sup> LIZAMA y UGARTE (1998) p. 233.

<sup>24</sup> CAAMAÑO (2003) p. 30.

<sup>25</sup> IRURETA (2006) p. 81.

<sup>26</sup> SEVERIN (2012) p. 71.

La incorporación de esta disposición constitucional fue interpretada como un reconocimiento explícito de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, al menos en el ámbito laboral<sup>27</sup>. Esto fue confirmado con el establecimiento del Art. 5° del Código del Trabajo, que establece que el ejercicio de las facultades legales del empleador tiene como límite “el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores”<sup>28</sup>. La prohibición de discriminación en el trabajo manifiesta una tensión con principios fundamentales del derecho privado, que reconocen la libertad contractual y un amplio ámbito de autonomía individual<sup>29</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, para la dogmática la eficacia horizontal aceptada se refiere solo a deberes de abstención. El empleador está obligado a no cometer actos discriminatorios, no a una rigurosa aplicación del principio de igualdad<sup>30</sup>. Esto implica que no existe la obligación correlativa del empleador de un trato igual en cualquier circunstancia, sino que “el derecho a no ser objeto de diferencias injustificadas por motivos o criterios prohibidos”<sup>31</sup>. En este sentido, no habría una obligación de uniformidad de trato u homogeneidad absoluta, pues tal exigencia coartaría las libertades empresariales también reconocidas en la Constitución<sup>32</sup>.

A pesar de esta preocupación temprana por la discriminación laboral, por décadas no existió una garantía específica para asegurar el ejercicio de este derecho. La Constitución excluyó expresamente la discriminación laboral del listado de derechos garantizados por la acción de protección<sup>33</sup>, sin perjuicio de que los trabajadores afectados pueden accionar por vulneraciones a la igualdad general. En la práctica, la acción de protección probó ser inadecuada para garantizar los derechos de los trabajadores. En primer lugar, porque se trata de un procedimiento neutro que no considera la asimetría en la relación entre empleador y trabajador, por tanto, no cumple un rol protector de los trabajadores<sup>34</sup>. En segundo lugar, como se trata de un recurso extraordinario y no de lato conocimiento, en caso de acogerse la pretensión del trabajador esto no importa la nulidad del acto denunciado ni el pago de indemnizaciones<sup>35</sup>. Asimismo, nada impide que el ejercicio de esta acción por parte de los trabajadores provoque represalias en su contra, haciendo aún más escaso su uso<sup>36</sup>. Estudios jurisprudenciales en los años noventa demostraron que la naturaleza cautelar de la acción de protección no era adecuada para el tipo de argumentación requerido en casos de discriminación, sumado a la deficiente formación de abogados y jueces, y a la cultura jurídica imperante<sup>37</sup>.

<sup>27</sup> IRURETA (2006) p. 80. CAAMAÑO (2005) pp. 25 y ss. CONTRERAS (2003) pp. 23 y ss. GAMONAL (2018) p. 10. FRANCHI (2020).

<sup>28</sup> CHILE, Ley N° 19.759.

<sup>29</sup> CHAHUÁN y FLORES (2021) pp. 231 y ss.

<sup>30</sup> IRURETA (2006) p. 81.

<sup>31</sup> UGARTE (2013) p. 1.

<sup>32</sup> IRURETA (2006) p. 84.

<sup>33</sup> CHILE, *Constitución Política*, Art. 20.

<sup>34</sup> CAAMAÑO (2003) p. 35.

<sup>35</sup> CAAMAÑO (2003) p. 35.

<sup>36</sup> CAAMAÑO (2003) p. 35.

<sup>37</sup> GÓMEZ y FIGUEROA (2000) p. 164.

A inicios de los años dos mil, la Ley N° 19.759<sup>38</sup> introdujo modificaciones al Código del Trabajo, incorporando efectivamente el Convenio N° 111 de la OIT a la legislación interna<sup>39</sup>. El proyecto presentado por el Ejecutivo replicaba la definición de discriminación del Convenio, y establecía el derecho a accionar por actos discriminatorios y demandar indemnizaciones, incluyendo el daño moral.<sup>40</sup> Durante la discusión parlamentaria esta acción fue desechada, argumentando que la posibilidad de litigios de discriminación pondría en riesgo la administración de las empresas, entorpeciendo la contratación de personal y volviendo cada despido en discriminatorio<sup>41</sup>. Con estas modificaciones legales los actos de discriminación fueron definidos como “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. La prohibición de discriminación se extendió por expresa disposición de la ley a las ofertas de trabajo<sup>42</sup>, alcanzando toda la ejecución del contrato de trabajo y hasta su extinción<sup>43</sup>.

La incorporación de categorías en la definición de discriminación obligó a la dogmática nacional a armonizar este catálogo con el concepto de discriminación importado desde el derecho constitucional. Así, las categorías incorporadas en la legislación laboral fueron entendidas como una confirmación de los criterios de diferenciación más frecuentes en el ámbito laboral<sup>44</sup>, o bien, como ejemplos de “arbitrariedad y capricho empresarial”<sup>45</sup>. Como afirma Gamonal, esta postura interpretativa asimila el concepto de discriminación

<sup>38</sup> CHILE, Ley N° 19.759.

<sup>39</sup> CONVENIO 111 OIT, CONVENIO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN (empleo y ocupación).

<sup>40</sup> “1. Sustituyese el inciso segundo del artículo 2o, por los siguientes: ‘Son contrarias a los principios de las leyes laborales, los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. El afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los tribunales del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones de derecho común, incluso el daño moral’”. CHILE, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República* (boletín N° 2626-13).

<sup>41</sup> El entonces senador Ignacio Pérez Walker expresó que “La administración de una empresa involucra la toma de decisiones y la permanente elección entre alternativas, concepto no siempre claramente distinguido de la discriminación. Esto hace necesario diferenciar la discriminación, entendida como un acto arbitrario, irracional e injusto, del legítimo ejercicio de la potestad de decidir entre alternativas en la administración de la empresa. // Si ello no es claramente delimitado, esta norma se puede prestar, por ejemplo, para impugnar despidos con el argumento que estuvieron motivados en la discriminación. De esta manera, será posible litigar no solo por la indemnización legal, sino también por la compensación del daño moral, cuyo monto se fijará discrecionalmente. // Del mismo modo, la contratación de personal podrá resultar entrabada con esta disposición. Las empresas podrán ser demandadas por daños morales mediante acciones intentadas por los postulantes a trabajar no contratados para un determinado cargo, basados en el argumento de que su no contratación se originó en un acto discriminatorio”. CHILE, SENADO, p. 31.

<sup>42</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 2° actual inciso sexto.

<sup>43</sup> IRURETA (2006) p. 85.

<sup>44</sup> CAAMAÑO (2003) p. 31. LIZAMA y UGARTE (1998) p. 239.

<sup>45</sup> IRURETA (2006) p. 84.

laboral a una prohibición general de arbitrariedad<sup>46</sup>. La posición dogmática mayoritaria considera que la legislación laboral establece un modelo antidiscriminación abierto y residual, en el cual los únicos motivos lícitos para discriminar son la capacidad o idoneidad personal<sup>47</sup>. Esta tesis ha sido refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha afirmado que “las normas que prohíben la discriminación arbitraria contenidas en el Código del Trabajo deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones constitucionales pertinentes, especialmente, los artículos 19 N° 2° y 19 N° 16°, inciso tercero, de la Carta Fundamental”<sup>48</sup>. Asimismo, la Corte Suprema ha establecido que entender el catálogo de categorías sospechosas como uno cerrado

importaría concluir que nuestro procedimiento de tutela laboral protege solo parcialmente el derecho a la no discriminación, excluyendo actuaciones basadas en otros criterios, los no previstos expresamente en la norma laboral, que el legislador nacional sí ha prohibido por otras vías de mayor rango legal, como son la propia Constitución Política de la República y el ya citado Convenio OIT N° 111 de 1958, al cual le resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental [...] el catálogo contemplado en el artículo 2° del Código del Trabajo no puede en caso alguno tener pretensiones de exhaustividad, no solo por resultar más acotado que la protección otorgada por la norma constitucional, sino porque también ha sido superado por normas posteriores que han ampliado dicho catálogo de conductas o criterios sospechosos. Así ocurre por ejemplo con el artículo 2° de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación<sup>49</sup>.

A pesar de que se estableció una prohibición amplia de discriminación tanto en la Constitución como en la legislación laboral, lo cierto es que en la práctica no existió una garantía efectiva de este derecho hasta el establecimiento de la acción de tutela de derechos fundamentales<sup>50</sup>. Esta acción permite garantizar algunos derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en la Constitución, y expresamente para denunciar actos discriminatorios, salvo aquellos cometidos en las ofertas de trabajo<sup>51</sup>. Este procedimiento se caracteriza por proteger al contratante más débil de la relación laboral<sup>52</sup>, revelando su naturaleza tutelar en, al menos, tres elementos. En primer lugar, el establecimiento de la garantía de indemnidad que constituye un derecho a no sufrir represalias por el ejercicio de acciones judiciales, por la participación del trabajador como testigo, o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo<sup>53</sup>. Esta garantía asegura el derecho a la tutela judicial efectiva, y con ello, protege eficazmente todos los derechos fundamentales

<sup>46</sup> GAMONAL (2020) p. 125.

<sup>47</sup> FUENTEALBA y otros (2022) p. 64.

<sup>48</sup> Tribunal Constitucional, 17/11/2011, c. 8°.

<sup>49</sup> Corte Suprema, 05/08/2015, c. 7° y 8°.

<sup>50</sup> CHILE, Ley N° 20.087.

<sup>51</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 485 inciso segundo. Sobre discriminación en el reclutamiento ver DURÁN-TOLEDO (2020).

<sup>52</sup> UGARTE (2009a) p. 18.

<sup>53</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 485 inciso tercero.

garantizados por la acción de tutela<sup>54</sup>. En segundo lugar, este procedimiento incorpora una regla que altera la carga de la prueba, aligerando el peso para el denunciante cuando de los antecedentes entregados “resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales”<sup>55</sup>. Ante tales indicios es el denunciado quien debe explicar los fundamentos y proporcionalidad de las medidas adoptadas. Esta regla “modifica la respuesta a la pregunta de quién debe soportar el sacrificio del hecho que no ha quedado suficientemente probado en el juicio, pero sobre el cual recae una razonable sospecha de su ocurrencia”<sup>56</sup>. En tercer lugar, el juez puede ordenar de oficio o a petición de parte la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando de los antecedentes del proceso aparezca que se trata de una lesión de especial gravedad o pueda causar efectos irreversibles<sup>57</sup>.

Como era de esperarse, las características del procedimiento de tutela de derechos fundamentales permitieron que finalmente existiera una acción apta para garantizar el derecho a la no discriminación de los trabajadores. La creciente jurisprudencia y el interés correlativo de la dogmática han permitido asentar definiciones comunes. De este modo, las primeras sentencias que resolvieron casos de discriminación laboral la definieron como “una diferencia arbitraria, desigualdad de trato carente de justificación objetiva y razonable”<sup>58</sup>. Es factible que esta noción de discriminación como arbitrariedad haya sido importada desde el derecho constitucional, y también desde las directrices interpretativas de la Dirección del Trabajo<sup>59</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha avanzado desde la inicial definición de discriminación como arbitrariedad hacia un concepto que incluye las categorías. La Corte ha afirmado que “[e]l contenido del derecho a la no discriminación es, en estricto rigor, una prohibición, y consiste en la exclusión de cualquier trato en materia laboral que se funde en un criterio sospechoso o prohibido y que no tenga una justificación objetiva y razonable”<sup>60</sup>. Así, en este concepto de discriminación concurren dos elementos: primero, un trato laboral diferenciado entre iguales, y segundo, que dicho trato se funde en un criterio sospechoso o prohibido<sup>61</sup>. La primera condición exige una diferencia de trato negativa, que priva al trabajador/a de un derecho o beneficio, provocando un perjuicio<sup>62</sup>. Además, supone la comparación de la situación del trabajador que alega discriminación con un par en la misma posición o situación<sup>63</sup>. La segunda condición exige que la diferencia de trato se funde en un criterio sospechoso o prohibido<sup>64</sup>.

---

<sup>54</sup> UGARTE (2009a) p. 37.

<sup>55</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 493.

<sup>56</sup> UGARTE (2009b) p. 221.

<sup>57</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 492.

<sup>58</sup> FUENZALIDA (2012), p. 105. Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 10/12/2018.

<sup>59</sup> En los primeros fallos de tutela sobre discriminación fue especialmente relevante el Dictamen N° 3704/134, que fijó el sentido y alcance de los incisos segundo y tercero del Art. 2° del Código del Trabajo.

<sup>60</sup> Corte Suprema, 10/07/2015.

<sup>61</sup> UGARTE (2018) p. 146.

<sup>62</sup> UGARTE (2018) p. 148.

<sup>63</sup> UGARTE (2018) p. 149. Por ejemplo, para determinar si una dirigente sindical había sufrido discriminación por género el tribunal identificó como comparador a un dirigente sindical varón en las mismas circunstancias. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 09/03/2021, c. 10°.

<sup>64</sup> UGARTE (2018) p. 151.

Para algunos autores la actual definición de discriminación aplicable al derecho del trabajo admite también la hipótesis de discriminación indirecta, entendida como la imposición de medidas aparentemente neutras que impactan o afectan desproporcionadamente a personas que comparten una categoría prohibida<sup>65</sup>. Desde los inicios de la jurisprudencia de discriminación existen fallos que acogen demandas de tutela argumentando la existencia de discriminación indirecta<sup>66</sup>. Por ejemplo, se ha estimado que constituye discriminación indirecta cuando se despide a una trabajadora por su edad, aunque se intente justificar con un plan de reestructuración<sup>67</sup>. Asimismo, cuando en aplicación de una facultad legal como el desahucio se discrimina a una trabajadora por su opinión política<sup>68</sup>. Esta aplicación de la noción de discriminación indirecta dista de su conceptualización y uso en el derecho antidiscriminación comparado y del derecho internacional de los derechos humanos. Como bien explica Caamaño, para determinar si existe discriminación indirecta siempre se exige un análisis comparativo colectivo entre los miembros del grupo beneficiado y los miembros del grupo perjudicado por la medida en cuestión. “No se analiza la situación de un trabajador o trabajadora determinada, sino que su situación con relación a un grupo de trabajadores”<sup>69</sup>. Lo que ha existido en estos casos es una discriminación directa que se intenta encubrir con el uso de facultades legales lícitas, pero cuya verdadera motivación fueron categorías prohibidas<sup>70</sup>.

Respecto de la justificación de la discriminación en el ámbito laboral, el propio texto constitucional establece los parámetros: la capacidad e idoneidad personal. Estos criterios se relacionan con los requisitos vinculados al cargo o función que se espera que el trabajador desempeñe<sup>71</sup>. El Código del Trabajo reitera que las “exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”<sup>72</sup>. Asimismo, respecto de las remuneraciones establece que no son consideradas arbitrarias las diferencias que se funden en “las capacidades calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”<sup>73</sup>. Para una parte de la doctrina el estándar que permite determinar si se ha incurrido o no en una discriminación es la razonabilidad de la medida<sup>74</sup>. Lo que busca el orden jurídico laboral es que las diferencias de trato tengan una fundamentación objetiva y razonable<sup>75</sup>. Para otros autores, el estándar para determinar si una medida es o no discriminatoria es la proporcionalidad<sup>76</sup>. Así, no es suficiente que el empleador de razones para justificar una diferencia de trato, sino que además es necesario

<sup>65</sup> CAAMAÑO (2005) pp. 85-7. RODRÍGUEZ (2013) p. 34. SEVERIN (2012) p. 72.

<sup>66</sup> FUENZALIDA (2012) p. 108.

<sup>67</sup> Juzgado del Trabajo de Valparaíso, 15/04/2009.

<sup>68</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 10/12/2018.

<sup>69</sup> CAAMAÑO (2001) p. 78.

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ (2013) p. 38.

<sup>71</sup> IRURETA (2006) p. 87.

<sup>72</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 2° inciso quinto.

<sup>73</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 62 bis.

<sup>74</sup> IRURETA (2020).

<sup>75</sup> IRURETA (2020) p. 12.

<sup>76</sup> UGARTE (2018) p. 160.

medir el peso de estas razones en relación con su finalidad<sup>77</sup>. La doctrina mayoritaria estima que el propio Art. 485 del Código del Trabajo establece que el principio de proporcionalidad es el parámetro para determinar la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores<sup>78</sup>. Bajo esta interpretación, la prohibición de arbitrariedad se refiere al juicio de idoneidad, la exigencia de justificación implicaría un juicio de necesidad, y la alusión expresa a la desproporción significaría un juicio estricto de proporcionalidad<sup>79</sup>. La postura contraria estima que aplicar un juicio de ponderación implica un ejercicio de abstracción y generalización de derechos cuyo contenido sí está especificado en la legislación vigente<sup>80</sup>.

Cabe destacar que a diferencia de otros sistemas jurídicos<sup>81</sup>, en el derecho laboral chileno la sanción del acoso sexual evolucionó de forma independiente de la prohibición de discriminación. Las definiciones del acoso sexual y del acoso laboral han sido incorporadas en el Art. 2° del Código del Trabajo, como actos contrarios a la dignidad de las personas<sup>82</sup>. El acoso sexual consiste en que “una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. La configuración legal del acoso sexual dista de la conceptualización de discriminación, aunque puede argumentarse que este tipo de conductas son por sí mismas actos de discriminación, más aun considerando que afecta mayoritariamente a mujeres<sup>83</sup>. Además de la posibilidad de ejercer la acción de tutela de derechos fundamentales, la investigación y sanción del acoso sexual en el ámbito laboral sigue un procedimiento especial ante el empleador y la Inspección del Trabajo<sup>84</sup>. Por otro lado, el acoso laboral es conceptualizado por la misma norma como:

---

<sup>77</sup> UGARTE (2018), p. 161.

<sup>78</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 485: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”. Una de las primeras sentencias en un caso de tutela de derechos fundamentales adhirió a esta postura estableciendo: “Esta ponderación a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio, opera a través de tres sub juicios: el de la adecuación, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Si hecho el examen aludido, la conducta del empleador supera esos tres estándar establecidos, se podrá decir que prima el derecho del empleador y que no ha existido afectación sancionable de los derechos fundamentales del trabajador; por el contrario si no resiste alguno de esos análisis, la conclusión inevitable es que el actuar del empleador es prohibido por nuestro ordenamiento jurídico por ser vulneratorio inaceptablemente de los derechos fundamentales que asisten al trabajador.” Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, 15/09/2008, c. 8°. En el mismo sentido, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 16/06/2017.

<sup>79</sup> MELLA y DOMÍNGUEZ (2012) p. 195.

<sup>80</sup> FERRADA y WALTER (2011) pp. 100 y ss.

<sup>81</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos las primeras demandas por acoso sexual en los 70s fueron configuradas como casos de discriminación por sexo. MACKINNON y SIEGEL (2004) pp. 9-11. Asimismo, en Reino Unido la sanción del acoso laboral y sexual está incluido en la ley general antidiscriminación. Reino Unido, Equality Act 2010.

<sup>82</sup> CHILE, Ley N° 20.005 modificó el Art. 2° del Código del Trabajo agregando la definición de acoso sexual. CHILE, Ley N° 20.607 incorporó la definición de acoso laboral.

<sup>83</sup> PALAVECINO (2006) p. 112.

<sup>84</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Arts. 211-A y ss.

toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo

El acoso laboral es pluriofensivo, pues afecta varios derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la no discriminación<sup>85</sup>. En este sentido, es difícil trazar una frontera entre actos discriminatorios y acoso laboral, especialmente considerando que ambos tipos de conducta suelen ser tratados conjuntamente por los tribunales al conocer acciones de tutela.

### III. ¿QUÉ ES UNA CATEGORÍA DE DISCRIMINACIÓN Y CUÁLES SON SUS FUNCIONES?

En esta sección se pretende clarificar qué constituye una categoría de discriminación y cuáles son sus efectos jurídicos o funciones. Para ello, se da cuenta de los criterios asentados en el derecho internacional de los derechos humanos, en las legislaciones y jurisprudencia de sistemas jurídicos pioneros en la prohibición de discriminación, y en el desarrollo teórico del derecho antidiscriminación comparado. La pregunta sobre qué constituye una categoría se refiere a las razones por las cuales una característica, atributo o rasgo compartido por un grupo de personas da lugar a una categoría de discriminación. La pregunta sobre las funciones alude a los efectos jurídicos que producen las categorías en el derecho antidiscriminación, especialmente la forma en que protegen a las personas que conforman un grupo reconocido en una categoría.

Para el derecho internacional de los derechos humanos las categorías son un elemento central de la prohibición de discriminación<sup>86</sup>. Siguiendo las definiciones que hacen algunos tratados internacionales<sup>87</sup>, el Comité de Derechos Económicos y Sociales establece que discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”<sup>88</sup>. En este sentido, lo que se entiende por discriminación es un tratamiento o impacto diferenciado vinculado a una característica personal, identidad, creencia o estatus, comúnmente denominado categoría<sup>89</sup>.

Respecto de la discriminación en el empleo, el Convenio N° 111 de la OIT la define como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular

<sup>85</sup> CAAMAÑO y UGARTE (2014) p. 76.

<sup>86</sup> DÍAZ (2013) pp. 637-9.

<sup>87</sup> CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, Art. 1°. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, Art. 1°. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Art. 2°.

<sup>88</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 20, p. 7

<sup>89</sup> OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR) e EQUAL RIGHTS TRUST, p. 19.

o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”<sup>90</sup>. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 lo que ha sido considerado como categoría de discriminación ha evolucionado, incorporando cada vez más categorías<sup>91</sup>. Por ejemplo, la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia incluye como categoría la identidad y expresión de género, condición migratoria, situación socioeconómica, característica genética, entre otras<sup>92</sup>. La mayoría de los tratados que prohíben la discriminación incluyen un listado abierto de categorías, admitiendo la posibilidad de reconocer características adicionales que pueden alcanzar el estatus de categoría de discriminación.

El derecho antidiscriminación desarrollado en sistemas jurídicos de países del *Common Law* también considera a las categorías como esenciales para la definición de lo que constituye discriminación. La teoría especializada sigue como modelos paradigmáticos la legislación antidiscriminación de Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, India y Sudáfrica<sup>93</sup>. En estos sistemas, la identificación de qué constituye una categoría de discriminación depende fuertemente del contexto político y social en el cual el derecho antidiscriminación se desarrolla<sup>94</sup>. Por ejemplo, en Estados Unidos se estableció la prohibición de discriminación respecto de la categoría de “raza”, mientras que en el contexto europeo comenzó con las categorías de género y nacionalidad<sup>95</sup>. Los diversos instrumentos que prohíben la discriminación incorporan las categorías bajo tres modelos: como un listado exhaustivo, como una cláusula general que deja la determinación de las categorías a la jurisprudencia, o como un listado abierto. En el primer modelo se inscribe, por ejemplo, el derecho antidiscriminación del Reino Unido, que establece un listado de categorías de discriminación que solo puede ser alterado a través de modificaciones legales o constitucionales<sup>96</sup>. En el segundo modelo, el derecho antidiscriminación se desarrolla a partir de una cláusula general de igualdad y las categorías se construyen caso a caso por la jurisprudencia. El ejemplo paradigmático es Estados Unidos, que bajo la garantía constitucional de la igualdad (*Fourteenth Amendment*) deja en manos de la Corte Suprema definir qué grupos son protegidos<sup>97</sup>. En el tercer modelo se establece un listado que identifica algunas categorías, pero se trata de una lista no exhaustiva en la cual pueden añadirse nuevas categorías por decisión judicial. Esta ha sido la opción de la Constitución de Sudáfrica y de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que permite a las cortes actualizar los motivos de discriminación cuando cambian las circunstancias<sup>98</sup>.

<sup>90</sup> CONVENIO 111 OIT, CONVENIO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN (empleo y ocupación), Art. 1.1.

<sup>91</sup> OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR) e EQUAL RIGHTS TRUST, p. 19.

<sup>92</sup> CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACION E INTOLERANCIA, Art. 1.1.

<sup>93</sup> KHAITAN (2015) p. 3. En el mismo sentido, MOREAU (2020) p. 13.

<sup>94</sup> FREDMAN (2011) p. 110.

<sup>95</sup> FREDMAN (2011) p. 110.

<sup>96</sup> FREDMAN (2011) p. 113.

<sup>97</sup> FREDMAN (2011) p. 118.

<sup>98</sup> FREDMAN (2011) p. 125.

En el derecho antidiscriminación anglosajón se han consolidado algunos criterios jurisprudenciales que permiten explicar por qué algunas categorías son sospechosas, o por qué algunos grupos son especialmente protegidos. Sandra Fredman clasifica estos argumentos en cuatro grupos diferentes<sup>99</sup>. En primer lugar, hay argumentos que se concentran en la inmutabilidad de una característica personal, la cual no puede ser cambiada a voluntad, como el origen étnico o la discapacidad<sup>100</sup>. Estos argumentos han enfrentado el desafío del surgimiento de nuevas características que sí parecen depender de la voluntad de las personas, como el embarazo, la religión o la identidad sexual<sup>101</sup>. En estos casos se ha reforzado que algunas características sí pueden ser modificadas a voluntad, pero con un alto costo para la identidad personal<sup>102</sup>. En segundo lugar, otro tipo de argumentos se refiere a que los grupos protegidos por una categoría de discriminación han sido marginalizados del proceso político<sup>103</sup>. El supuesto aquí es que la igualdad ante la ley en democracias mayoritarias debe remediar la insularidad de las minorías<sup>104</sup>. Un tercer grupo de argumentos se refiere al concepto de dignidad humana, que obliga a rechazar aquellas distinciones que sirven para negar dignidad a un grupo de personas<sup>105</sup>. Finalmente, Fredman identifica un cuarto tipo de argumentos que recurre a la historia de desventaja o prejuicio que ha sufrido un grupo determinado<sup>106</sup>.

A pesar de la multiplicidad de razones por las que una categoría puede ser identificada como tal, la dogmática especializada ha intentado determinar algunos criterios comunes a todas las categorías de discriminación. Por ejemplo, para Tarunabh Khaitan este criterio es la desventaja que sufren algunos grupos respecto de otros, en relación con una misma característica. Este autor afirma que un elemento esencial del derecho antidiscriminación consiste en que la conducta prohibida debe conectarse con una característica o atributo personal<sup>107</sup>. Estas características son universales, es decir, en teoría son aplicables a todos los individuos, pero permiten establecer grupos diferenciados<sup>108</sup>. Un rasgo particular de las categorías de discriminación es que permiten clasificar personas en una o más clases o grupos<sup>109</sup>. Por ejemplo, respecto de la característica personal “sexo” podemos establecer la existencia de al menos dos grupos: hombres y mujeres. Este rasgo universal no solo permite clasificar grupos distintos, sino que además los miembros de alguno de estos grupos son significativamente más propensos a sufrir desventajas sustanciales, generalizadas y dura-

---

<sup>99</sup> FREDMAN (2011) pp. 130-143.

<sup>100</sup> FREDMAN (2011) p. 131.

<sup>101</sup> FREDMAN (2011) p. 132.

<sup>102</sup> FREDMAN (2011) p. 132.

<sup>103</sup> FREDMAN (2011) p. 134.

<sup>104</sup> FREDMAN (2011) p. 134.

<sup>105</sup> FREDMAN (2011) p. 137.

<sup>106</sup> FREDMAN (2011) p. 138.

<sup>107</sup> KHAITAN (2015) p. 29.

<sup>108</sup> KHAITAN (2015) p. 29.

<sup>109</sup> KHAITAN (2015) p. 30.

deras<sup>110</sup>. En este sentido, lo que permiten las categorías de discriminación es identificar grupos aventajados y desventajados respecto de una misma característica (*advantage gap*)<sup>111</sup>.

Para Khaitan, el derecho antidiscriminación protege a personas y grupos de personas definidos por categorías que reúnen dos condiciones: permiten clasificar personas en grupos con una distancia significativa de ventaja entre ellos, y constituyen un rasgo inmutable o esencial para la identidad personal, que, además, es normativamente irrelevante<sup>112</sup>. Respecto de la primera condición, la desventaja relativa que sufren los grupos protegidos por las categorías de discriminación puede ser de distintos tipos. Algunos grupos son políticamente desventajados cuando su condición de minoría los hace electoralmente irrelevantes, o bien, cuando carecen de representación política<sup>113</sup>. Otros grupos sufren desventaja en un contexto sociocultural determinado cuando existen prejuicios y estereotipos negativos en su contra<sup>114</sup>. Asimismo, hay grupos que sufren desventajas materiales como pobreza y dificultades de acceso a bienes y servicios<sup>115</sup>. La segunda condición identificada por Khaitan refiere a que la característica debe ser inmutable o constituir una decisión fundamental para la identidad de las personas<sup>116</sup>. Con ello lo que se quiere reforzar es que la característica es normativamente irrelevante, es decir, que la posesión o no de este rasgo no debiera determinar nuestras oportunidades vitales<sup>117</sup>.

La propuesta de Michael Foran establece que hay tres condiciones necesarias para constituir una categoría de discriminación; se trata de características personales, con prominencia social y moralmente irrelevantes<sup>118</sup>. La primera condición requiere que la categoría corresponda a características que una persona puede tener como la raza, religión, edad, sin importar si se trata de un rasgo natural o inmutable<sup>119</sup>. Siguiendo el trabajo de Lippert-Rasmussen<sup>120</sup>, Foran afirma que existe prominencia social (*social salience*) cuando pertenecer o no a un grupo determinado es importante para la estructura de interacciones sociales en variados contextos<sup>121</sup>. Lo relevante aquí es que la característica personal que constituye una categoría de discriminación impacta en las relaciones sociales de las personas, porque expresa sentimientos de distinta valoración moral, fundados en estereotipos y prejuicios<sup>122</sup>. Es este significado social lo que hace que una categoría como raza sea relevante para el derecho antidiscriminación, y no otras características personales como el color de pelo o de ojos. En tercer lugar, la característica personal y socialmente prominente debe ser además

---

<sup>110</sup> KHAITAN (2015) p. 31.

<sup>111</sup> KHAITAN (2015) p. 50.

<sup>112</sup> KHAITAN (2015) p. 50.

<sup>113</sup> KHAITAN (2015) p. 52.

<sup>114</sup> KHAITAN (2015) p. 53.

<sup>115</sup> KHAITAN (2015) p. 56.

<sup>116</sup> KHAITAN (2015) p. 56.

<sup>117</sup> KHAITAN (2015) p. 56.

<sup>118</sup> FORAN (2022).

<sup>119</sup> FORAN (2022) p. 8.

<sup>120</sup> LIPPERT-RASMUSSEN (2006).

<sup>121</sup> FORAN (2022) p. 10.

<sup>122</sup> FORAN (2022) p. 15.

moralmente irrelevante, es decir, no debieran afectar nuestras posibilidades de éxito en la vida<sup>123</sup>. Por el contrario, existen características personales que sí pueden ser moralmente relevantes en determinados contextos, como por ejemplo los antecedentes penales o la reputación de una persona. Para Foran, otros elementos que han sido identificados para explicar las categorías de discriminación no son necesarios, sino que meramente contingentes<sup>124</sup>. En este conjunto se encuentra la inmutabilidad de la característica personal y la exigencia de desventaja relativa entre grupos. Al contrario de lo afirmado por Khaitan, Foran destaca que no todas las categorías de discriminación benefician solo a los grupos desventajados, de hecho, en la mayoría de los sistemas jurídicos miembros de los grupos aventajados (por ejemplo, hombres blancos) pueden igualmente alegar discriminación<sup>125</sup>.

Las dificultades para definir qué constituye una categoría de discriminación pueden explicarse por la existencia de diferentes fundamentos filosóficos del derecho antidiscriminación. Si bien la mayoría de las teorías señalan como fundamento la igualdad, esta puede entenderse en diferentes sentidos. Como afirma Moreau, lo reprochable de la discriminación puede referirse a la subordinación de algunos grupos en la sociedad, en el daño innecesario que afecta a las víctimas de discriminación, en la limitación de sus libertades y autonomía o en la denegación de igualdad de oportunidades<sup>126</sup>. Dependiendo de los argumentos para fundamentar la prohibición de discriminación, los criterios para definir qué es una categoría pueden variar.

Moreau suscribe a una fundamentación pluralista del derecho antidiscriminación, argumentado que la discriminación puede afectar distintos valores, y por tal razón, no todas las categorías pueden definirse bajo los mismos criterios<sup>127</sup>. Por ejemplo, un grupo puede ser identificado bajo una categoría porque ha sido injustamente subordinado a otro grupo social<sup>128</sup>, porque la característica que comparte ha limitado su autonomía y libertad sobre cómo quieren vivir sus vidas<sup>129</sup>, o porque no pueden acceder a bienes básicos, y no son percibidos como iguales en una sociedad determinada<sup>130</sup>. Para esta autora, en todos los casos de discriminación, cualquiera sean los valores que finalmente son afectados, la vinculación con las categorías es esencial.

En la práctica, la determinación de los motivos de discriminación es el resultado de una “tensión creativa” entre distintas fuentes: textos constitucionales, legislación, interpretación judicial, e instrumentos regionales e internacionales<sup>131</sup>. Asimismo, la definición de las categorías es sensible a elementos sociales y políticos que exceden los márgenes de distintas ramas del derecho<sup>132</sup>, e incluso, del caso concreto que debe conocer un juez. Si bien

---

<sup>123</sup> FORAN (2022) p. 20.

<sup>124</sup> FORAN (2022) p. 23.

<sup>125</sup> FORAN (2022) p. 32.

<sup>126</sup> MOREAU (2020) p. 22.

<sup>127</sup> MOREAU (2020) p. 25.

<sup>128</sup> MOREAU (2020) pp. 62 y 74.

<sup>129</sup> MOREAU (2020) pp. 84 y 110.

<sup>130</sup> MOREAU (2020) p. 149.

<sup>131</sup> FREDMAN (2011) p. 111.

<sup>132</sup> CHAHUÁN y FLORES (2021) p. 233.

no existe unanimidad respecto de qué criterios son suficientes para definir qué constituye una categoría protegida por el derecho antidiscriminación, los criterios jurisprudenciales existentes refuerzan la idea de que las categorías manifiestan la prevalencia de actitudes que refuerzan desigualdades<sup>133</sup>. La incorporación de categorías no sería un ejercicio azaroso o la pesquisa de meros ejemplos de arbitrariedad, sino que una búsqueda intencionada de proteger a las personas que experimentan más desventajas en un contexto histórico y social determinado. Es esta intención de proteger a determinados grupos lo que justifica la asimetría procesal que producen las categorías, distribuyendo cargas argumentativas y probatorias de forma desigual entre las partes<sup>134</sup>.

Aunque las categorías han formado parte del derecho antidiscriminación desde sus orígenes, también han sido objeto de críticas. Por ejemplo, se ha resaltado que poner énfasis en las categorías termina por “esencializar” las diferencias, estigmatizando a ciertos grupos como opuestos a lo que se considera normal<sup>135</sup>. De este modo, se resta importancia a las desventajas que sufre un grupo identificado por la categoría, y se busca una identidad o características comunes entre los miembros del grupo marginado<sup>136</sup>. Coddou sostiene que el derecho antidiscriminación no es una mera extensión de la política identitaria, y, por ello, la construcción de categorías de discriminación no puede traducirse en un reconocimiento ciego de identidades sociales<sup>137</sup>.

También se ha criticado que las categorías no logran traducir efectivamente la realidad de las personas más desventajadas, capturando al derecho antidiscriminación en explicaciones artificiales<sup>138</sup>. Tal como explica Kimberlé Crenshaw, en la práctica las discriminaciones no se producen como consecuencia de una sola categoría<sup>139</sup>. Por ejemplo, la discriminación que experimenta una mujer afroamericana no puede ser correctamente examinada forzando una de las categorías disponibles (sexo o raza), sino que solo considerando la intersección entre ambas<sup>140</sup>. En el mismo sentido, la experiencia de los grupos más marginados de una sociedad solo puede entenderse como un cúmulo de desventajas<sup>141</sup>. Como respuesta a estas críticas, el derecho internacional de los derechos humanos ha consolidado el reconocimiento de la discriminación múltiple<sup>142</sup>, que incluye la discriminación basada en más de una categoría (acumulativa) o por una combinación de categorías que produce un daño particular (interseccional)<sup>143</sup>.

---

<sup>133</sup> FORAN (2022) p. 36.

<sup>134</sup> SABA (2019) pos. 1262.

<sup>135</sup> YOUNG (2011) p. 151.

<sup>136</sup> YOUNG (2011) p. 152.

<sup>137</sup> CODDOU (2020) p. 99.

<sup>138</sup> FREDMAN (2001) p. 157.

<sup>139</sup> CRENSHAW (1989).

<sup>140</sup> CRENSHAW (1989).

<sup>141</sup> WOLFF y DE-SHALIT (2007) p. 72.

<sup>142</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 20, párrs. 17 y 27.

<sup>143</sup> OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR) e EQUAL RIGHTS TRUST, Parte II, letra c).

A pesar de las dificultades teóricas de definir qué son las categorías de discriminación, y de las críticas respecto de su formulación, estas siguen siendo un elemento esencial de la arquitectura del derecho antidiscriminación. Siguiendo la dogmática especializada y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, es posible concluir que las categorías de discriminación cumplen, al menos, cuatro funciones en la legislación antidiscriminación. En primer lugar, las categorías son parte esencial de la definición de discriminación. Tratamientos diferenciados, o incluso desfavorables, no son por sí mismos suficientes para alegar discriminación, pues es esencial que tal diferenciación se base o esté asociada a una categoría<sup>144</sup>. Esto se explica por el origen histórico del derecho antidiscriminación, y también por los fines que intenta cumplir en la sociedad. La instauración de un derecho antidiscriminación necesita atender, no solo a un caso individual, sino que además a lo que ocurre en un contexto social amplio<sup>145</sup>. Los actos de discriminación que se pretende sancionar y erradicar no son conductas aleatoriamente irracionales o arbitrarias, sino que prácticas generalmente reiteradas, que afectan a algunos grupos claramente identificables<sup>146</sup>. Un acto arbitrario puede ser estimado como contrario al principio de igualdad, pero no podría ser definido como discriminación. Por ejemplo, diferenciaciones basadas en el color de ojos de las personas pueden considerarse arbitrarias o irracionales, pero no pueden calificarse jurídicamente como discriminación<sup>147</sup>.

En segundo lugar, las categorías redistribuyen cargas argumentales y probatorias. En general, cuando se invoca una categoría de discriminación los tribunales requieren una justificación más exigente de la conducta denunciada. El ejemplo paradigmático es Estados Unidos, y la doctrina de la Corte Suprema de ese país respecto de determinadas categorías sospechosas de discriminación (*suspect classification*). Esta Corte ha desarrollado tres estándares distintos respecto de violaciones de la cláusula general de igualdad: uno que admite que la legislación establezca diferenciaciones si se vinculan racionalmente con un interés estatal legítimo (razonabilidad)<sup>148</sup>, otro que exige motivos especialmente calificados cuando se establecen diferencias sobre la base de categorías sospechosas (escrutinio estricto)<sup>149</sup>, y un escrutinio intermedio cuando se hacen distinciones basadas en categorías cuasi-sospechosas<sup>150</sup>. En un sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las categorías expresamente enumeradas en el Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos constituyen categorías protegidas, así como otras categorías de entidad asimilable<sup>151</sup>. Para la Corte, el escrutinio estricto consiste en un triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>152</sup>. Otra consecuencia de este test calificado

---

<sup>144</sup> MCCOLGAN (2016) p. 39.

<sup>145</sup> CHAHUÁN y FLORES (2021) p. 230.

<sup>146</sup> HAVELKOVÁ (2019) p. 77.

<sup>147</sup> KHAITAN (2015) p. 37.

<sup>148</sup> FREDMAN (2011) p. 118.

<sup>149</sup> STRAUSS (2011) p. 137.

<sup>150</sup> STRAUSS (2011) p. 137.

<sup>151</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V. vs. BOLIVIA, pár. 240.

<sup>152</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V. vs. BOLIVIA, pár. 241.

es que la Corte invierte la carga de la prueba, exigiendo “a la autoridad [estatal] demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”<sup>153</sup>.

En tercer lugar, las categorías son fundamento y justificación de la discriminación indirecta y de acciones afirmativas. En la medida en que el derecho antidiscriminación se complejiza, estableciendo deberes positivos y no solo una prohibición de conductas discriminatorias, la existencia de categorías claras y pre definidas es más apremiante<sup>154</sup>. En el caso de la discriminación indirecta, una medida aparentemente neutral perjudica a personas que pertenecen a un grupo protegido por una categoría, y tal medida no puede ser justificada<sup>155</sup>. Aquí el reproche no ocurre respecto de la motivación de una conducta que afecta a una persona, sino que por sus efectos en grupos que la ley protege especialmente. Sin vincular una medida o práctica a alguna categoría de discriminación no es posible fundamentar la existencia de discriminación indirecta. Asimismo, las acciones afirmativas, definidas como cualquier tipo de medida destinada a beneficiar grupos desventajados y reconocidos en una categoría<sup>156</sup>, requiere identificar claramente a qué grupos va a beneficiar.<sup>157</sup> En ambos casos, la noción de discriminación es insuficiente pues es imprescindible identificar *ex ante* qué grupos son protegidos, o pueden ser objeto de preferencias.

En cuarto lugar, las categorías permiten organizar distintos niveles de protección. Cuando el derecho antidiscriminación evoluciona hacia la promoción de la igualdad, esto ocurre respecto de algunas categorías especialmente protegidas y estableciendo medidas específicas para cada una de ellas. Así ha sido la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, al otorgar protección a grupos vulnerables que están en mayor riesgo de sufrir violaciones de derechos humanos que otros grupos en circunstancias similares<sup>158</sup>. Las personas con discapacidad, mujeres, niños y niñas son grupos de personas que enfrentan discriminación sistemática y que tienen desafíos específicos para ejercer derechos humanos básicos<sup>159</sup>. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece como una forma específica de discriminación en contra de este grupo la denegación de ajustes razonables, entendidas como las modificaciones o adaptaciones necesarias y proporcionadas para garantizar el ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a personas con discapacidad, en igualdad de condiciones<sup>160</sup>. Este estándar se replica en algunos sistemas jurídicos nacionales, imponiendo a entes públicos y privados proteger más intensamente a personas con discapacidad, proporcionando adecuaciones razonables<sup>161</sup>.

<sup>153</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, CASO ATALA RIFFO y NIÑAS VS. CHILE, párr. 124.

<sup>154</sup> MCCOLGAN (2016) p. 59.

<sup>155</sup> COLLINS y KHAITAN (2018) pos. 80.

<sup>156</sup> O’CINNEIDE (2006) p. 354.

<sup>157</sup> Khaitan refuerza la necesidad de vincular las acciones afirmativas con la identificación clara de los grupos para los cuáles está diseñada, pues medidas universales para remediar desventajas no son acciones afirmativas. KHAITAN (2015) p. 220.

<sup>158</sup> NIFOSI-SUTTON (2017) p. 268.

<sup>159</sup> NIFOSI-SUTTON (2017) p. 268.

<sup>160</sup> CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Art. 2°.

<sup>161</sup> Este es el caso de REINO UNIDO, *Equality Act 2010*, Section 39 (5).

#### IV. FUNCIONES DE LAS CATEGORÍAS EN LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

Tal como se estableció anteriormente, la tesis dogmática y jurisprudencial mayoritaria define discriminación laboral como un trato diferenciado, que se funda en un criterio sospechoso o prohibido y que no cuenta con una justificación objetiva y razonable. Asimismo, la posición mayoritaria estima que el listado de categorías del Art. 2° del Código del Trabajo es un catálogo abierto y residual, pues las únicas razones para establecer diferencias justificadas son la capacidad e idoneidad personal. Siendo así, las categorías de discriminación incorporadas en la legislación laboral parecen no cumplir una función jurídica específica. Siguiendo a Ugarte, el catálogo no sería relevante jurídicamente pues no cumple función alguna en la determinación de discriminación, salvo aportar una ventaja argumentativa para el denunciante, ya que se da por supuesto el carácter prohibido de la categoría<sup>162</sup>. Esta posición concuerda con lo que Díaz de Valdés ha afirmado respecto del rol de las categorías en el derecho constitucional, al estimar que no se ha adoptado una noción unívoca de categorías sospechosas ni en la legislación ni en la jurisprudencia, lo que impide que generen algún efecto práctico<sup>163</sup>.

Es claro que las categorías de discriminación no cumplen actualmente la función de redistribuir cargas de argumentación y prueba en la configuración de la discriminación laboral. Las razones por las que la evolución del derecho del trabajo se ha inclinado en este sentido son variadas. Influye la persistente identificación de discriminación con arbitrariedad importada desde el derecho constitucional, que asume el daño de la conducta discriminatoria en la ausencia de razones más que en sus efectos sobre algunos grupos especialmente desventajados. Asimismo, creo que ha sido relevante el origen de la incorporación del listado, que obedeció al cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado más que a una conversación política y social acerca de la discriminación laboral en el país. Sin perjuicio de lo anterior, creo que una razón poderosa ha sido que la acción que actualmente permite garantizar el derecho a la no discriminación en el trabajo ya incorpora facilidades probatorias para la parte demandante. En este sentido, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales reemplaza el efecto de las categorías, aumentando la carga de justificación de los empleadores. Conforme al Art. 493 del Código del Trabajo, basta que el demandante aporte indicios suficientes de que se ha producido una vulneración de derechos fundamentales para que el demandante tenga la carga de probar la proporcionalidad de su conducta<sup>164</sup>. En este contexto, no es necesario que las categorías cumplan un rol facilitador de la argumentación de los demandantes porque el propio procedimiento laboral ya lo contempla. No ha sido necesario empujar una teoría de categorías sospechosas desde la academia o la jurisprudencia, porque no tendrían un efecto útil en el actual procedimiento. Esto dista de los procedimientos vigentes para denunciar discriminaciones en otros ámbitos, en los cuales no existen facilidades argumentales ni probatorias<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> UGARTE (2018) p. 158.

<sup>163</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2018) pp. 200 y ss.

<sup>164</sup> Para un análisis con mayor profundidad sobre la carga de la prueba en el proceso laboral, UGARTE (2009b).

<sup>165</sup> MUÑOZ (2018).

En mi opinión, cuando la doctrina establece que las categorías no cumplen ninguna función en la discriminación laboral esto supone considerar que su único efecto jurídico es establecer criterios sospechosos que exijan un nivel distinto de escrutinio judicial. Como se detalló en secciones precedentes, las categorías no solo redistribuyen cargas argumentales, sino que también pueden tener otras funciones. Aquí sostengo que las categorías sí forman parte de la definición de discriminación en el ámbito del trabajo, y no constituyen meras ejemplificaciones de arbitrariedad. La doctrina laboral, aunque no de forma unánime, ha llegado a establecer que, aunque se trata de un catálogo abierto de categorías de discriminación, siempre debe existir conexión con alguna categoría para que se configure un acto discriminatorio. Si bien la arbitrariedad es un elemento del concepto de discriminación, por sí solo no es suficiente. Como afirma Ugarte, la justificación de las decisiones del empleador ha sido un elemento relevante del Derecho del Trabajo, y, por ejemplo, los despidos injustificados son considerados ilegales<sup>166</sup>. Esto no equivale necesariamente a un despido discriminatorio, “ya que se requiere de un plus de gravedad que justifica el reproche de rango constitucional: el despido se funda en una razón inaceptable desde el punto de vista de las convenciones morales dominantes...”<sup>167</sup>. Los tribunales así lo han entendido cuando resuelven demandas por despido injustificado y despido discriminatorio, afirmando que “[aunque] el despido del que fue objeto la actora no hubiera sido vulneratorio de garantías fundamentales no significa que este no pudiera resultar injustificado”<sup>168</sup>.

Actualmente, la tendencia jurisprudencial dominante exige que los demandantes puedan vincular el tratamiento diferenciado y arbitrario que denuncian con alguna categoría, ya sea una contemplada por el Art. 2° del Código del Trabajo o contenida en otra legislación<sup>169</sup>. Por ejemplo, una demanda por despido discriminatorio fue rechazada afirmando que “el legislador exige perentoriamente que el denunciante invoque alguno de los criterios sospechosos que se enuncian en el artículo segundo inciso cuarto del Código Laboral, sin que en la denuncia exista mención a alguno de aquellos, lo cual constituye motivo bastante y suficiente para desechar la denuncia”<sup>170</sup>. Del mismo modo, un tribunal del trabajo acogió una demanda por despido discriminatorio deducida por una funcionaria del Ministerio Público, quien fue sorprendida enviando institucionalmente productos que ofrecía y vendía durante el horario de trabajo<sup>171</sup>. La I. Corte de Apelaciones de Santiago anuló esta sentencia, estableciendo que

ninguna de estas circunstancias se corresponde con las categorías de discriminación que ampara la norma citada, motivo por el cual aún de entenderse que la reseña contemplada en la

<sup>166</sup> UGARTE (2018) p. 146.

<sup>167</sup> UGARTE (2018) p. 146.

<sup>168</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 20/01/2016, c. 19°.

<sup>169</sup> Corte Suprema, 10/07/2015.

<sup>170</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Tomé, 20/05/2021, c. 14°. En el mismo sentido, se ha establecido que “en el caso de autos se ha reclamado un trato desigual pero desligado de cualquier criterio sospechoso, por lo que –conceptualmente– no logra configurar la discriminación laboral alegada”. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 17/02/2021, c. 4°.

<sup>171</sup> Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 07/01/2019.

ley no es taxativa, queda claro que aquella está destinada a evitar daños que puedan sufrir los/as trabajadores/as en su dignidad en tanto personas, pero no en los avatares generales de su desempeño<sup>172</sup>.

Esta sentencia fue impugnada ante la Corte Suprema a través de un recurso de unificación de jurisprudencia, el cual fue rechazado estableciendo que no se trataba de un dilema interpretativo acerca de la taxatividad del catálogo de categorías<sup>173</sup>.

Desde la incorporación inicial del listado del Art. 2° del Código del Trabajo se han sumado más categorías como la situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad<sup>174</sup>, maternidad, lactancia materna y el amamantamiento<sup>175</sup>. A pesar de la entrada tardía de las categorías, actualmente el concepto de discriminación laboral requiere que los demandantes vinculen el tratamiento arbitrario que denuncian con una de las categorías protegidas en la legislación nacional o internacional<sup>176</sup>. Que se trate de un listado abierto no quiere decir que las categorías no sean un elemento esencial de la definición de discriminación. Sin perjuicio de esto, el fundamento de qué constituye una categoría sigue siendo confuso, pues ni la jurisprudencia judicial ni la administrativa han aportado criterios en ese sentido. Si un demandante hipotético intenta agregar una nueva categoría no mencionada en alguno de los catálogos legales vigentes, no contamos con criterios jurisprudenciales para determinar cuándo un rasgo merece ser considerado como una categoría de discriminación<sup>177</sup>. De hecho, cuando la Dirección del Trabajo se ha referido a la incorporación de nuevas categorías reitera que la Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal<sup>178</sup>.

Otra función que considero que las categorías sí cumplen en la discriminación laboral es la de otorgar distintos niveles de protección. Haciendo una interpretación sistemática de la legislación laboral vigente es posible identificar algunos grupos de personas que tienen distintos niveles de protección, y que exigen del empleador no solo no discriminar, sino que además realizar ciertas conductas para promover la igualdad u otros intereses. Por ejemplo, las mujeres cuentan con una protección más intensa y específica en relación con el embarazo, la maternidad y las remuneraciones. Antes de la incorporación del listado de categorías, el inciso final del Art. 194 del Código del Trabajo ya impedía condicionar la contratación, promoción o movilidad en su empleo a la ausencia de embarazo, prohibien-

<sup>172</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 31/07/2019, c. 3°.

<sup>173</sup> Corte Suprema, 01/09/2020, c. 5°.

<sup>174</sup> CHILE, Ley N° 20.940. El objeto de esta modificación fue concordar el listado de categorías del Código del Trabajo, con aquél incorporado en la Ley N° 20.609. Ver CHILE, Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1300-0030.

<sup>175</sup> CHILE, Ley N° 21.155.

<sup>176</sup> Corte Suprema, 05/08/2015, c. 7° y 8°.

<sup>177</sup> Coddou afirma que lo mismo ocurre en la jurisprudencia constitucional, pues no existe claridad acerca de las razones por las cuáles ciertos criterios ameritan una sospecha de discriminación arbitraria. CODDOU (2020) p. 275.

<sup>178</sup> CHILE, Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1300-0030. El borrador de Constitución entregado por la Convención Constitucional, rechazado en 2022, reiteró la misma fórmula del Art. 19 N° 16 actualmente vigente.

do expresamente exigir certificados o exámenes para verificarlo<sup>179</sup>. Asimismo, existen una serie de protecciones a la maternidad de larga data como el descanso de maternidad<sup>180</sup>, el fuero<sup>181</sup>, el derecho a alimentar a niños menores de dos años<sup>182</sup>, y la obligación del empleador de tener sala cuna o pagar los gastos equivalentes<sup>183</sup>. Respecto de las remuneraciones, el Art. 62 bis del Código del Trabajo establece el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten el mismo trabajo<sup>184</sup>. Para dar efectividad a este principio se estableció un procedimiento de denuncia ante la empresa, y la obligación para empresas de más de 200 trabajadores de crear un registro que identifique los cargos o funciones y sus características técnicas esenciales<sup>185</sup>.

Todas las medidas descritas son elementos adicionales de protección que buscan acomodar las especiales circunstancias de la mujer trabajadora embarazada y/o madre, y garantizar la igualdad de género en la retribución del trabajo. En estos casos el empleador debe hacer más que no incurrir en diferencias arbitrarias, y los jueces cuentan con elementos adicionales para determinar cuándo una conducta es discriminatoria. Sin perjuicio de ello, la forma en que se ha implementado la protección de la maternidad y la igualdad de remuneraciones ha sido criticada, justamente, por sus efectos en la igualdad de género. Respecto de la protección de la maternidad se ha afirmado que muchas de estas medidas en realidad buscan proteger la infancia, la familia y el bien común, no necesariamente los derechos de la mujer trabajadora<sup>186</sup>. Asimismo, se ha criticado que la forma en que la legislación laboral trata la maternidad refuerza estereotipos de género que dejan a la mujer como principal responsable del cuidado de los hijos<sup>187</sup>. Respecto de la igualdad de remuneraciones se ha constatado su nula eficacia, pues sujeta el ejercicio de la acción judicial a una denuncia interna muy compleja de realizar, por la falta de información sobre remuneraciones y por el temor a sufrir represalias<sup>188</sup>.

Otro grupo que recibe una protección especial en el empleo son las personas con discapacidad, respecto de las cuales se busca no solo evitar discriminaciones, sino que además promover la igualdad de oportunidades. Esto implica “la adopción de medidas de acción positiva 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>189</sup>. En este contexto, las medidas contra la discriminación no solo inhiben conduc-

---

<sup>179</sup> CHILE, Ley N° 19.591.

<sup>180</sup> CHILE, Código del Trabajo, Arts. 195 y ss.

<sup>181</sup> CHILE, Código del Trabajo, Art. 201.

<sup>182</sup> CHILE, Código del Trabajo, Art. 206. Recientemente se incorporó como parte del derecho de alimentación el derecho al amamentamiento libre, que exige de los empleadores otorgar facilidades para la extracción y almacenamiento de leche. Chile, Ley N° 21.155, Art. 2°.

<sup>183</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 203.

<sup>184</sup> CHILE, Ley N° 20.348.

<sup>185</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 154 N° 6.

<sup>186</sup> CASAS y VALENZUELA (2012) p. 98

<sup>187</sup> CAAMAÑO (2009) p. 199.

<sup>188</sup> ROJAS (2021) p. 158.

<sup>189</sup> CHILE, Ley N° 20.422, Art. 7°.

tas, sino que además exigen medidas de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso<sup>190</sup>. La propia ley define ajustes necesarios como

las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos<sup>191</sup>.

Estos ajustes se exigen expresamente en el ámbito laboral durante los procesos de selección<sup>192</sup>, y como parte del reglamento interno de higiene y seguridad de cada empresa, para permitir un desempeño laboral adecuado a los trabajadores con discapacidad<sup>193</sup>. Asimismo, se permite que en empresas con más de un 30% de afiliación sindical, los sindicatos y el empleador acuerden condiciones especiales de trabajo en beneficio de personas con discapacidad, pactando jornadas de trabajo presencial y no presencial<sup>194</sup>. La efectividad de las medidas descritas depende principalmente de la fiscalización realizada por la Dirección del Trabajo, por lo que su judicialización ha sido escasa. Sin perjuicio de ello, es esperable que la no provisión de ajustes necesarios pase a ser parte del contenido de la definición de discriminación en contra de personas con discapacidad. Así ha ocurrido respecto de las evaluaciones en establecimientos de educación<sup>195</sup>, y de los accesos al transporte público<sup>196</sup>, obligando a particulares a proveer estos ajustes para garantizar los derechos de personas con discapacidad.

Además de las medidas descritas, la Ley de Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad establece una auténtica acción afirmativa en favor de las personas con discapacidad exigiendo a las empresas de más de 100 trabajadores contratar al menos 1% de personas con discapacidad o beneficiarias de pensión de invalidez<sup>197</sup>. Se trata de una medida flexible, pues las empresas que por razones fundadas no puedan cumplir con esta cuota pueden, subsidiariamente, celebrar contratos con empresas que contraten personas con discapacidad, o efectuar donaciones a fundaciones relacionadas con la discapacidad<sup>198</sup>. Conforme al reglamento, solo constituyen razones fundadas la especial naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa, y la falta de personas con discapacidad interesadas en las ofertas de trabajo que formule el empleador<sup>199</sup>. La Dirección del Trabajo ha contabilizado que a junio

<sup>190</sup> CHILE, Ley N° 20.422, Art. 8°.

<sup>191</sup> CHILE, Ley N° 20.422, Art. 8°, inciso tercero. La Dirección del Trabajo ha establecido que esta es la definición de ajustes necesarios aplicable al ámbito laboral, pues ha sido definida expresamente por el legislador. Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección también refiere a la definición de ajustes razonables de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CHILE, Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4137/101.

<sup>192</sup> CHILE, Ley N° 20.422, Art. 24.

<sup>193</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 154 N° 7.

<sup>194</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Arts. 374 y ss. Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4137/101.

<sup>195</sup> Corte Suprema, 10/10/2019. En el mismo sentido, Corte Suprema, 29/12/2020.

<sup>196</sup> Corte Suprema, 25/07/2018.

<sup>197</sup> CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 157 bis.

<sup>198</sup> CHILE, *Código del Trabajo* Art. 157 ter. Ver Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 6245/047.

<sup>199</sup> Decreto N° 64, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Art. 7°.

de 2022 se han registrado más de 88 mil contratos de este tipo, correspondiendo un 63,7% a hombres y un 36,3% a mujeres<sup>200</sup>.

La protección especial a estos grupos, mujeres y personas con discapacidad, demuestran que las categorías también permiten identificar y organizar distintos niveles de protección en la legislación laboral chilena. Esto admite presumir que, al menos, respecto de estos grupos el legislador reconoce una posición de desventaja que amerita no solo la prohibición de discriminación en el empleo, sino que además acciones positivas de parte del Estado y los empleadores. Asimismo, podría estimarse que la evolución del derecho antidiscriminación nacional demuestra que sí existe un esfuerzo por identificar grupos históricamente desventajados, reconocidos en las categorías identificadas en la Ley Zamudio<sup>201</sup>, o en el listado de categorías incluido en la prohibición de discriminación del borrador constitucional rechazado en 2022<sup>202</sup>. Sin perjuicio de esto, creo que aún no es posible afirmar que las categorías contenidas en distintos listados de la legislación nacional tengan un fundamento teórico y político común. Al menos en el ámbito del trabajo, la fórmula residual de entender como discriminatoria toda diferenciación que no se base en la idoneidad y capacidad personal es persistente en la dogmática y la jurisprudencia<sup>203</sup>.

Las funciones que estimo que cumplen las categorías en la discriminación laboral evidencian una vinculación más fuerte con las categorías, al menos más que en la noción de discriminación como mera arbitrariedad existente en el derecho constitucional. Esto permite presumir que el derecho antidiscriminación, al menos en sede laboral, puede avanzar exigiendo algo más que la prohibición de actos discriminatorios. Sin embargo, para que los empleadores puedan ser jurídicamente obligados a cumplir ciertas medidas o estándares de promoción de la igualdad es preciso que exista claridad acerca de qué grupos son protegidos. Es la vulnerabilidad y desventaja de algunos grupos de personas en una sociedad determinada lo que permite justificar que exista un tratamiento especial para favorecerlos. En la medida en que el derecho antidiscriminación laboral admita casos auténticos de discriminación indirecta, se extienda efectivamente a las ofertas de trabajo, exija ajustes razonables o medidas afirmativas, será necesario que los empleadores sepan de antemano qué grupos merecen tal protección<sup>204</sup>. Las medidas para favorecer a algunos grupos, o que promueven la igualdad y diversidad en los espacios laborales son aplicables respecto de ca-

<sup>200</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Infografía.

<sup>201</sup> CHILE, Ley N° 20.609, Art. 2°.

<sup>202</sup> Art. 25 N° 4 del texto propuesto por la Comisión de Armonización de la Convención Constitucional: “Está prohibida toda forma de discriminación, en especial cuando se funde en uno o más motivos tales como nacionalidad o apatridia, edad, sexo, características sexuales, orientación sexual o afectiva, identidad y expresión de género, diversidad corporal, religión o creencia, raza, pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal, opiniones políticas o de otra naturaleza, clase social, ruralidad, situación migratoria o de refugio, discapacidad, condición de salud mental o física, estado civil, filiación o condición social, y cualquier otra que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos”.

<sup>203</sup> De hecho, la propuesta de nueva constitución replicaba esta fórmula estableciendo que “Se prohíbe cualquier discriminación laboral, el despido arbitrario y toda distinción que no se base en las competencias laborales o idoneidad personal”. El Art. 46 N° 3 del texto propuesto por la Comisión de Armonización de la Convención Constitucional.

<sup>204</sup> MCCOLGAN (2016) p. 59.

tegorías determinadas. Por tanto, la complejización del derecho antidiscriminación conlleva necesariamente un debate sobre las categorías, o más bien, sobre los grupos que merecen tal protección en nuestra sociedad.

## V. CONCLUSIONES

En el derecho constitucional chileno se ha verificado la existencia de, al menos, dos conceptos de discriminación que remiten a distintas concepciones sobre la igualdad. La primera identifica la discriminación con la arbitrariedad, y se vincula con una concepción formal de igualdad que reprocha la falta de razonabilidad de tratamientos diferenciados. La segunda relaciona el concepto con el fenómeno social de la discriminación, que implica la desventaja y vulnerabilidad que sufren algunos grupos en la sociedad. Lo que se reprocha aquí no es la ausencia de razones, sino que los efectos en grupos históricamente discriminados. Optar por una u otra conceptualización de discriminación tiene consecuencias teóricas y prácticas relevantes. Una de las más importantes es que la noción de discriminación como arbitrariedad desconoce la existencia de grupos históricamente desventajados, y por ello, es más difícil lograr justificar medidas para favorecerlos.

Siguiendo el desarrollo del derecho antidiscriminación en países pioneros del *Common Law* y de algunas definiciones del derecho internacional de los derechos humanos es posible establecer que las categorías son una pieza fundamental de la arquitectura del derecho antidiscriminación. Si bien no existe consenso sobre los rasgos que pueden constituir una categoría, sí puede afirmarse que establecen la protección de grupos determinados, que son o han sido más propensos a sufrir desventaja, subordinación o vulnerabilidad. En el derecho antidiscriminación, las categorías cumplen las siguientes funciones: forman parte esencial de la definición de discriminación, permiten redistribuir cargas argumentales y probatorias, son fundamento y justificación de la discriminación indirecta y de acciones afirmativas, y permiten organizar distintos niveles de protección.

En el derecho laboral chileno la definición del concepto de discriminación ha recibido la influencia del derecho constitucional, por ello, desde un inicio la noción de discriminación ha sido identificada con la proscripción de la arbitrariedad. Sin embargo, la incorporación de categorías en la definición legal de discriminación, y el desarrollo dogmático y jurisprudencial han cambiado esta fórmula. En este trabajo se ha argumentado que las categorías cumplen, al menos, dos funciones relevantes. En primer lugar, sí forman parte esencial de la definición de discriminación laboral, pues además de la arbitrariedad se exige una vinculación con las categorías. En segundo lugar, las categorías sirven para organizar distintos niveles de protección de la legislación laboral para dos grupos determinados: las mujeres y las personas con discapacidad. Esta protección reforzada implica obligar a los particulares (empleadores) a realizar acciones más allá de una prohibición general de discriminación. La verificación de estas funciones es también evidencia de que el concepto de discriminación laboral ha avanzado desde la doctrina constitucional inicial hacia el reconocimiento de la existencia de grupos desventajados o más vulnerables a sufrir discriminación. Esta evolución permite prever que el derecho laboral local podría desarrollar un derecho antidiscriminación más complejo, que incorpore medidas de promoción de la igualdad en el mundo del trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2001): “La discriminación laboral indirecta”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, N° 2: pp. 67-81.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2003): “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 14: pp. 25-41.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2005): *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2009): “Los efectos de la protección de la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo”, *Revista de Derecho (PUCV)*, vol. 33, 2° semestre: pp. 175-2014.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José Luis (2014): “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de derechos fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 1: pp. 67-90.
- CASAS BECERRA, Lidia y LAGOS TSCHORNE, Catalina (2014): “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 10: pp. 127-137.
- CASAS BECERRA, Lidia y VALENZUELA RIVERA, Ester (2012): “Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de la infancia y los derechos de las trabajadoras”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, N° 1: pp. 77-101.
- CHAHUÁN ZEDAN, Felipe y FLORES URZÚA, Beltrán (2021): “Deberes de no discriminar en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, número temático: pp. 217-253.
- CODDOU MCMANUS, Alberto (2020): “Derecho a la igualdad ante la ley”, en CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y SALGADO MUÑOZ, Constanza (edit.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 243-280.
- CODDOU MCMANUS, Alberto (2020): “A Fraserian theory of anti-discrimination law”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 20, N° 1: pp. 88-109.
- COLLINS, Hugh y KHAITAN, Tarunabh (2018): *Foundations of Indirect Discrimination* (Londres, Hart Publishing) Kindle Edition.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2003): “Análisis jurídico de la discriminación y relaciones laborales en Chile”, *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 37, N° 1: pp. 49-54.
- CORREA SUTIL, Jorge (2011): “Jurisprudencia de TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, *Anuario de Derecho Público*, N° 1: pp. 96-126.
- CRENSHAW, Kimberlé (1989): “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Article 8.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2015): “La igualdad constitucional: múltiple y compleja”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1: pp. 153-187.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2018): “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 50: 189-218.

- DÍAZ GARCÍA, Iván (2013): “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2: pp. 635-668.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (sitio web), Infografía Estadística de la Dirección del Trabajo, actualizada a junio de 2022. Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/w3-article-122240.html>. Fecha de consulta: 13/01/2023.
- DURÁN-TOLEDO, Diego (2020): “El principio de no discriminación en los procesos de Reclutamiento y Selección”, *Journal of Management & Business Studies*, vol. 2, N° 1: pp. 53-65.
- DWORKIN, Ronald (2003): *Law's Empire* (Oxford, Bloomsbury Publishing).
- ESPARZA REYES, Estefanía (2017): *La igualdad como no subordinación* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).
- ESPARZA REYES, Estefanía y MORALES-TRAPP, Soledad (2021): “La existencia de nociones diversas de discriminación en el derecho a no ser discriminado en Chile. Un análisis a través de dos acciones de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, N° 2: pp. 431-456.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2001): *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y WALTER DÍAZ, Rodolfo (2011): “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 24, N° 2: pp. 91-111.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2000): “Igualdad y discriminación”, *Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales*, N° 10: pp. 9-64.
- FORAN, Michael (2022): “Grounding Unlawful Discrimination”, *Legal Theory*, vol. 28, N° 1: pp. 3-34.
- FRANCHI MUÑOZ, Andrés (2015): “La constitucionalización de los derechos fundamentales laborales en Chile”, *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 31: pp. 23-34.
- FREDMAN, Sandra (2001): “Equality: A New Generation?”, *Industrial Law Journal*, vol. 30, N° 2: pp. 145-168.
- FREDMAN, Sandra (2011): *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- FUENTEALBA CARRASCO, Pablo y otros (2022): “La discriminación laboral en el Poder Judicial chileno. Una caracterización de las percepciones al interior de la institución”, *Revista Ius et Praxis*, año 28, N° 1: pp. 60-81.
- FUENZALIDA REYES, Eugenia (2012): “La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 26: pp. 97-123.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2018): “De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana”, *Latin American Legal Studies*, vol. 2: pp. 1-28.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2020): *Fundamentos del Derecho Laboral* (DER Ediciones) Kindle Edition.

- GÓMEZ BERNALES, Gastón y FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2000): “Discriminación en contra de la mujer y Recurso de Protección”, *Colección Informes de Investigación UDP*, año 2, N° 8: pp. 1-21.
- HAVELKOVÁ, Barbara (2019): “The Pre-Eminence of the General Principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia”, en HAVELKOVÁ, Barbara y MÖSHEL, Mathias (edit.), *Anti-discrimination law in civil law jurisdictions* (Oxford, Oxford University Press) Kindle Edition.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2006): “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena”, *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 9.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2020): “El principio de razonabilidad laboral. Los límites a las potestades del empleador en el derecho del trabajo Chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 26, N° 2: pp. 1-31.
- KHAITAN, Tarunabh (2015): *A Theory of Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press).
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (2006): “The Badness of Discrimination”, *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 9, N° 2: pp. 167-185.
- LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis (1998): *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- MACKINNON, Catharine y SIEGEL, Reva (2004): *Directions in Sexual Harassment Law* (New Haven, Yale University Press).
- MCCOLGAN, Aileen (2016): *Discrimination, Equality and the Law* (London, Hart Publishing).
- MELLA CABRERA, Patricio y DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro (2012): “Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: estado doctrinal, legal y jurisprudencial”. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 39: pp. 177-219.
- MOREAU, Sophia (2020): *Faces of Inequality. A Theory of Wrongful Discrimination* (New York, Oxford University Press).
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2013): “No a ‘separados pero iguales’ en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2: pp. 201-228.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2018): “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 31, N° 2: pp. 175-192.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2020): “El derecho a la no discriminación laboral en la Nueva Constitución”, en CAAMAÑO ROJO, Eduardo y VARAS MARCHANT, Karla (edit.), *Trabajo y Nueva Constitución* (Santiago, Der Ediciones) pp. 65-89.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2021): “Linajes del concepto de discriminación: de su ausencia a su emergencia y su recepción en la Constitución de la República de Chile de 1980”, *Revista de Humanidades*, N° 42: pp. 77-105.
- NIFOSI-SUTTON, Ingrid (2017): *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law* (New York, Routledge).
- O’CINNEIDE, Colm (2006): “Positive Action and the Limits of Existing Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, N° 3, pp. 351-364.

- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2006): “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 19, N° 1: pp. 105-123.
- RODRÍGUEZ BURR, Matías (2013): “Nociones sobre la discriminación laboral indirecta. Reconocimiento legal en Chile”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. 3: pp. 13-41.
- ROJAS MIÑO, Irene (2020): “Los instrumentos jurídicos ante la discriminación remunerativa entre mujeres y hombres en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 23, N° 2: pp. 145-165.
- SABA, Roberto (2019): *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desventajados?* (Siglo XXI Editores), Kindle Edition.
- SEVERIN CONCHA, Juan Pablo (2012): “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”, *Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar*, N° 7: pp. 59-86.
- STRAUSS, Marcy (2011): “Reevaluating suspect classifications”, *Seattle University Law Review*, vol. 35, N° 1, pp. 35-174.
- UGARTE CATALDO, José Luis (2009a): *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, LegalPublishing, primera edición).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2009b): “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 33: pp. 215-228.
- UGARTE CATALDO, José Luis (2013): *El derecho a la no discriminación en el trabajo* (Santiago, Editorial LegalPublishing).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2018): *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Thomson Reuters).
- WOLFF, Jonathan y DE-SHALIT, Avner (2007): *Disadvantage* (Oxford, Oxford University Press).
- YOUNG, Iris Marion (2011): *Justice and the Politics of Difference* (Princeton, Princeton University Press, Paperback reissue).

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CONVENIO 111 OIT, CONVENIO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN (empleo y ocupación) (25/06/1958).
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (21/12/1965).
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (18/12/1979).
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (13/12/2006).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, E/C.12/GC/20 (02/07/2009).
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA (10/06/2013).

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR) e EQUAL RIGHTS TRUST: “Protecting Minority Rights. A Practical Guide to Developing Comprehensive Anti-Discrimination Legislation”, HR/PUB/22/6, 2023.

CHILE, Ley N° 19.591 (09/11/1998), *Modifica el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad.*

CHILE, Ley N° 19.759 (05/10/2001), *Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho a sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias.*

CHILE, *Código del Trabajo* (16/01/2003).

CHILE, Dictamen N° 3704/134 Dirección del Trabajo (11/08/2004).

CHILE, Ley N° 20.005 (18/03/2005), *Tipifica y sanciona el acoso sexual.*

CHILE, *Constitución Política de la República* (22/09/2005).

CHILE, Ley N° 20.087 (03/01/2006), *Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo.*

CHILE, Ley N° 20.348 (19/06/2009), *Resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones.*

CHILE, Ley N° 20.422 (10/02/2010), *Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.*

CHILE, Ley N° 20.609 (24/07/2012), *Establece medidas contra la discriminación.*

CHILE, Ley N° 20.607 (08/08/2012), *Modifica el Código del Trabajo, sancionando las prácticas de acoso laboral.*

CHILE, Ley N° 20.940 (08/09/2016), *Moderniza el sistema de relaciones laborales.*

CHILE, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Modifica el Código del Trabajo* (boletín N° 2626-13).

CHILE, Dictamen N° 1300-0030 Dirección del Trabajo (21/03/2017).

CHILE, Dictamen N° 4137/101 Dirección del Trabajo (05/09/2017).

CHILE, Decreto N° 64, Ministerio del Trabajo y Previsión Social (01/02/2018), *Aprueba reglamento del capítulo II “De la inclusión laboral de personas con discapacidad”, del título III del Libro I del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 21.015, que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral.*

CHILE, Ley N° 21.155 (02/05/2019), *Establece medidas de protección a la lactancia materna y su ejercicio.*

CHILE, Dictamen N° 6245/047 de la Dirección del Trabajo (12/12/2018).

CHILE, Senado (2001): *Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica* (Boletín N° 2.626-13).

REINO UNIDO, *Equality Act 2010.*

## JURISPRUDENCIA CITADA

*CASO FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 246.

Tribunal Constitucional, 17/11/2001, rol 2107-11.

- CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 239.
- CASO I.V. VS. BOLIVIA* (2016): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 329.
- Corte Suprema, 10/07/2015, rol 24.386-2019, sentencia de reemplazo recurso de unificación de jurisprudencia, *VLEX Chile*, cita online VLEX-577679174, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Corte Suprema, 05/08/2015, rol 23.808/2014, unificación de jurisprudencia, *VLEX Chile*, cita online VLEX-579789138, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Corte Suprema, 25/07/2018, rol 41.388-17, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 10/10/2019, rol 8034-2018, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 01/09/2020, rol 25.981-2019, unificación de jurisprudencia.
- Corte Suprema, 29/12/2020, rol 92.143-2020, apelación de recurso de protección.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 31/07/2019, rol 260-2019, inadmisibilidad recurso de unificación de jurisprudencia.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 09/03/2021, RIT T-1172-2019, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-868404061, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 07/01/2019, RIT T-873-2018, tutela de derechos fundamentales.
- Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 17/02/2021, RIT T-940-2020, tutela de derechos fundamentales.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 16/06/2017, RIT T-43-2017, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-684816237, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 10/12/2018, RIT T-303-2018, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-748893453, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 25/04/2009, RIT T-2-2009, tutela de derechos fundamentales.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 20/01/2016, Sentencia Rol T-14-2015, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-683859317, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, 15/09/2008, RIT T-1-2008, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-575537654, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Tomé, 20/05/2021, RIT T-8-2020, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-868211854, Fecha de consulta: 13/01/2023.

