



Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho.

Discriminación por orientación sexual en la relación jurídica laboral

Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas.

Memorista: Miguel Ángel Garró Epuyao
Profesor guía: Dr. Eduardo Caamaño Rojo.

Valparaíso 2013

Dedicado:

*A la vida, a Dios, a la maldita suerte, a la bendita tentación.
A los incondicionales y a los no tanto.
A mis mosqueteros Rorro y Chris (le decíamos el primo)
A mi Vaina loca, nunca me dejó teñirle el pelo.
A mis tías Sole y Vale, sin ellas no tengo familia que me guarnezca.
A Gabolucius de Andalucía, nuestras aventuras por el norte dejaron huellas.
A don Jorge Larenas Molina, mi maestro, ejemplo y papa-padre,
A Etienne, y su incommensurable amor,
A Jimenita Soto (Eduardo) lucha constante, amor errante Q.E.P.D.
A Daniela Stierling, mi incansable confidente,
A Javicenta y sus años de concubinato,
A Biancuatica y su fugaz ternura sin compromiso.
A Huenchu que tarde o temprano volverá a su hogar, cual viajero que huye.
Al colectivo de hombres; a la Corpo, centro de saberes y pelambres.
A “la Pancha”, “la Lucía” y “la Berta”, sus chapas de inocencia.
A mi querido nadie,
A mis amores fugaces,
A tantos...*

“(...) y éramos tantas tontas juntas.”

(Pedro Lemebel)

INDICE

INTRODUCCIÓN	- 3 -
CAPÍTULO PRIMERO: GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL	- 5 -
1. GÉNERO, UN CONCEPTO SOCIOCULTURAL.....	- 6 -
2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL, UN PROBLEMA DE CONTENIDOS Y NO DE CONTINENTES.- 8 -	
2.1. Deseos y sentimientos, lo esencial para determinación de una identidad sexual.....	- 8 -
2.2. Nuevas tendencias respecto a la diversidad sexual.	- 10 -
2.3. Libertad sexual como respeto a la diversidad sexual.	- 11 -
3. HOMOSEXUALIDAD. LA RECEPCIÓN SOCIAL DE UNA SUERTE PATOLOGIZACIÓN. - 12 -	
3.1. Historiografía de la homosexualidad chilena.	- 14 -
3.2. El sida como paradigma de la sociedad homosexual.	- 15 -
3.3. Movimientos sociales como fuentes de educación y lucha.	- 17 -
4. DE LA PROTECCIÓN EN GENERAL A LA DIVERSIDAD SEXUAL EN TRATADOS INTERNACIONALES.....	- 18 -
4.1. Concepto de discriminación.....	- 18 -
4.2. Protección internacional en tratados internacionales a la diversidad sexual.....	- 20 -
4.3. La protección en el derecho comparado a la diversidad sexual.....	- 22 -
4.4. La protección de la diversidad sexual en Chile.....	- 24 -
CAPITULO SEGUNDO: EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN MATERIA LABORAL.....	- 25 -
1. LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA LABORAL.....	- 27 -
2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.	- 29 -
2.1. Reconocimiento jurídico del derecho a no discriminación en tratados internacionales.....	- 30 -
2.2. Reconocimiento constitucional del derecho a no discriminación.....	- 32 -
2.2.1 El reconocimiento de la libertad e igualdad del artículo primero de la constitución política de la republica.-	32 -
2.2.2 Igualdad ante la ley del artículo 19 N°2 de la constitución política de la republica.....	- 33 -
2.2.3 Libertad de trabajo del artículo 19 N°16 de la constitución política de la republica.....	- 34 -
3. RECONOCIMIENTO DE LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO ¿SE INCLUYE O NO LA ORIENTACIÓN SEXUAL?.....	- 37 -
3.1. Una lectura administrativa del artículo 2° del Código del Trabajo.	- 39 -
3.2. Una visionaria lectura de algún juez en algún momento.....	- 40 -
4. ALTERNATIVAS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL FRENTE ACTOS DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.....	- 41 -

4.1. Mecanismos de protección en la etapa precontractual	- 41 -
4.2 Ley Zamudio ¿Aplicación de la nueva ley antidiscriminación en materia laboral para la protección de los trabajadores?.....	- 43-
4.2. Mecanismos de protección durante la vigencia de la relación contractual	- 44 -
4.3. Mecanismos de protección frente al término de la relación contractual.....	- 47 -
5. LA REALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL EMPLEO.-	49 -
5.1 la transacción de derechos como triste realidad operante frente a actos discriminatorios.....	- 49-
5.2. El acotado criterio jurisdiccional.....	- 50 -
5.3. Una revolución jurisdiccional anticipada.....	- 52 -
CONCLUSIONES	- 53 -
FUENTES.....	- 56 -
1. JURÍDICAS	- 56 -
2. BIBLIOGRÁFICAS.....	- 57 -
3. BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA.....	- 62 -

INTRODUCCIÓN

En un estado democrático de derecho, la integración de todos los grupos sociales es un deber del mismo, en este contexto es que se hace necesario destacar que la integración misma dice relación con el respeto de todas las formas de vida que estimemos pertinentes, y por tanto debe resguardarlas y respetarlas; por lo mismo la demanda de organizaciones homosexuales dan fuertes gritos de discriminación por parte la inactividad del estado.

En este mismo sentido, podemos decir que la homosexualidad, bisexualidad y transexualidad son temas que han permanecido mayoritariamente invisibilizados en la sociedad, por ser considerados como una “desviación de la normalidad tradicional” respecto del discurso heteronormativo imperante. Dicha invisibilización ha conllevado evidentemente a que las personas con orientaciones sexuales diferentes a la heterosexual constituyan una minoría dentro de la sociedad, y como tal, sean objeto de discriminación y exclusión, siendo víctimas silenciosas de la vulneración de sus derechos. Las diversas construcciones sociales establecidas acerca de las orientaciones sexuales no hegemónicas, han implicado en su mayoría un importante menoscabo en la calidad de vida de las personas no heterosexuales, determinando de manera marcada sus propias subjetividades, llegando incluso a presentarse una *autocensura*, que acusa aquella posición de vulnerabilidad y segregación en la que muchas veces los mismos miembros de minorías sexuales se sitúan de antemano, una vez naturalizada su calidad de “diferencia”, y sin que si quiera sea percibida como una incomodidad por ellos mismos. Esta violencia se hace más evidente aun cuando se trata del ámbito laboral, del cual depende la satisfacción de gran parte de los indicadores de calidad de vida de una persona.

Consideramos que la discriminación por orientación sexual ha sido poco combatida desde el aparato público, lo cual contribuye a perpetuar la exclusión social de la diversidad sexuales, dada la inexistencia de políticas públicas serias que tomen parte en la vulneración de los derechos de las personas en esta orientación; en un entender más específico en la relación jurídico laboral, en cuanto seres humanos trabajadores se encuentran cada día más expuestos a la vulneración social, y por ende fruto de discriminación en el empleo.

Es necesario destacar con respecto a esto que si bien, existen instancias y espacios legales dedicados a hacer justicia en relación con la discriminación laboral a causa de homofobia,

lesbofobia, bifobia o transfobia éstas son de carácter superficial, quedándose meramente en lo concerniente a las compensaciones económicas, en algunos casos; en desmedro de las mejoras y correcciones de lo afectivo o la dignificación del trabajador. Esto podría relacionarse ciertamente con la tradición de silenciar dichos discursos extraoficiales, ofreciendo una remuneración a modo de gratificación por el apaciguamiento.

En el nuevo sistema procesal laboral cuenta con un proceso de tutela de derechos fundamentales, atendiendo a la figura de la *ciudadanía en la empresa*, veremos cómo los derechos fundamentales que son cada día lesionados a los trabajadores deben ser resarcidos de alguna u otra forma, y es la legislación misma la que viene a preponderar la idea de que los trabajadores siguen siendo ciudadanos al interior de la empresa, y por tanto es necesario protegerlos allí donde se encuentran subordinados muchas horas del día y de su vida sus derechos fundamentales; el móvil de este trabajo es demostrar cómo ha funcionado específicamente en la materia antes señalada y por cierto como esto se da en la relación laboral misma o en termino de tal.

Respeto, tolerancia, aceptación son los términos que encarnan el trabajo de esta memoria y que intentamos desarrollar en las siguientes páginas. Comenzaremos realizando un análisis de los conceptos claves que determinan la identidad sexual, pasando por la recepción social de esta forma de asumir la vida misma, nos situaremos desde la perspectiva de la persona propiamente tal, intentando conocer todas las aristas que digan relación con su género y sexualidad. En segundo término, llevaremos estas características propias a la relación laboral, su recepción, protección y amparo al alero del derecho del trabajo. En síntesis es lo que se intenta desarrollar en los capítulos primero y segundo del siguiente texto.

CAPÍTULO PRIMERO: GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL

1. GÉNERO, UN CONCEPTO SOCIOCULTURAL.

La sociedad chilena se encuentra basada, en palabra de Ana Freud¹, en un modelo falocentrista, vale decir, reina de hegemonía de la heteronormatividad. La única relación válida es la relación binaria hombre y mujer ambos heterosexuales. “Estas relaciones están cimentadas bajo el eje principal de las relaciones de poder que consolidan la subordinación de la mujer y la dominación del hombre. Esta estructura de relación permite el imaginario de una masculinidad hegemónica, masculinidad que ningún hombre vive realmente”².

Cuando hablamos de género, hacemos diferencia a una construcción social que varía de sociedad en sociedad y que responde a ciertos cánones establecidos para un hombre y una mujer; se entiende que el hombre debe ser masculino, proveedor, machista, fuerte, inexpresivo, padre y en el mejor de los casos debe jugar fútbol; por otro lado la mujer debe ser femenina, delicada, sentimental, fina, recatada, madre, sometida y sin opinión. Así se construye el género femenino y masculino³. La palabra género se aplica a este proceso de construcción de nuestras características femeninas o masculinas, tomando como base la apariencia externa del sexo cuyo resultado es la formación de mujeres y hombres particulares⁴. Cada uno de los seres que conforma la sociedad se va identificando con uno de los dos géneros, los adopta, los respeta y los ejecuta. El problema viene dado cuando esos roles condicionantes son transgredidos por el sujeto que se revela frente al sistema intentando asumir roles de su género distinto.

Quien debe tener género masculino es quien nace biológicamente con el sexo de hombre y en su caso la mujer por tener vagina debe tener un género femenino. Cuando el sujeto, hombre y

¹Véase en: <http://www.elsecarmiento.com.ar/01cultural1.php>, consultada el día 21 de Noviembre de 2012.

²BRITO, Alejandro, *Sida y sexo entre hombre en américa latina*, ONUSIDA, 2002, p.86.

³MARTÍNEZ PÉREZ, María del Carmen, del Instituto Estatal de Puebla, en boletín define género como “Conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales construidas en cada cultura en momento histórico, tomando como base la diferencia sexual, a partir de ello se construyen los conceptos de masculinidad y feminidad, los cuales determinan el comportamiento, las funciones, oportunidades, valoración y las relaciones entre hombres y mujeres. Son construcciones socioculturales que pueden modificarse dado que han sido aprendidas”. Véase en <http://ditestatal.puebla.gobmx/ubicanes.php>, consultada el día 1 de Diciembre del 2011.

⁴INSTITUTO ESTATAL DE EDUCACIÓN PARA ADULTOS, *La Corriente de la Vida*, editorial México, México, 2003, p.45.

mujer, transgrede el rol de género lo denominamos transgénero, pues este transforma su género en el socialmente opuesto.

Hasta hace muy poco tiempo el término transgénero no tenía un asidero práctico y se confundían con el travestismo⁵, ambos siendo una patología sicosocial. Es tan importante el reconocimiento social de estas personas que hasta antes de esto se asimilaba a la institución de la madre que pierde a su hijo; así y por ejemplo, si un hijo queda sin padre se le denomina socialmente huérfano; si una mujer queda sin marido, por el fallecimiento del mismo, socialmente se denomina viuda, pero es tan fuerte, socialmente hablando, que una madre quede sin un hijo que ni aún la sociedad es capaz de asumir un término preciso para la situación en cuestión; *mutatis mutandi* sucedía lo mismo con quien transgredía su género⁶.

Hoy se entiende que la persona transgénero es aquella que transforma sus características condicionales del rol masculino o femenino por el que socialmente debería corresponderle según su sexo, si esta persona interviene quirúrgicamente su sexo se denomina transexual. Según Money en su texto “Sin, sickness o estatus?”⁷ Menciona que se identifican a los transgéneros al menos por las siguientes circunstancias:

- a) Son personas que teniendo un sexo biológico bien definido sienten pertenecer al opuesto.
- b) Sienten rechazo por su sexo biológico.

⁵CONTARDO, Oscar, *Raro, una historia gay de Chile*, editorial Planeta, Santiago 2011, p.13 y ss.

⁶La lucha de los transgéneros no se agota en un reconocimiento legal, su gran bandera de lucha dice relación con la situación registral de su nombre en cuanto este no coincide con el género adoptado y el sentimiento que ellas proclaman, siendo una arista más de la discriminación sufrida en la sociedad, sino piénsese en el caso del trabajador que envía su curriculum con nombre masculino y llegado el día de la entrevista se presenta una mujer. La protección del derecho de la identidad sexual reflejada en el sistema registral ha tenido evolución en el derecho comparado, así Alemania, Italia, Holanda, Suecia, Dinamarca, Francia, España, Suiza, Argentina, entre otros, cuentan con una regulación sobre la materia no siendo necesario tener un sexo determinado para optar a un nombre de acuerdo al género.

⁷http://www.sci.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123417X2011000100006&lng=en&nrm=iso, consultada el día, 7 de mayo de 2012.

- c) Aspiran a acceder a una identidad sexual más coherente entre su aspecto físico y su sexo sicosocial, por medio de tratamientos hormonales.

Cabe precisar que los transgéneros son sujetos de derecho, sin embargo la identidad sexual que han adoptado carece de un reconocimiento legal y por consiguiente de una protección jurídica.

Hacer frente al modelo heteronormativo implica un rechazo social, una exclusión del sistema y una sepultura social que invisibiliza una forma distinta de asumir el rol de género; una cosa distinta dice relación con la orientación sexual.

2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL, UN PROBLEMA DE CONTENIDOS Y NO DE CONTINENTES.

2.1. DESEOS Y SENTIMIENTOS, LO ESENCIAL PARA DETERMINACIÓN DE UNA IDENTIDAD SEXUAL.

Generalmente en la adolescencia, y a veces ya en la edad adulta las personas nos preguntamos cual es la inclinación sexual que nos satisface, sin embargo hay muchos adolescentes varones que tienen conductas homosexuales y pese a ello no se les ocurre preguntarse si son o no tales, por otro lado, hay personas que no tienen tales conductas y se hacen constantemente el cuestionamiento. Por último, hay adultos que nunca en la vida se cuestionan hasta que se encuentran de pronto en una relación sexual que les parece literalmente inexplicable. Debemos tener claro que una o varias conductas homosexuales no llevan a la determinación de una inclinación fija o absoluta.

El deseo se encarna en las conductas que explotan la lívido, sin embargo no dejan de ser conductas simplemente carnales, cabe precisar que lo que determina la inclinación sexual de una persona, independiente de su género o sexo es el sentimiento. Así entonces, podemos hablar de quienes sienten deseos o sentimientos hacia personas de su mismo sexo, de homosexuales, para quienes tienen una orientación hacia los dos sexos, bisexuales, y para el

sexo contrario, heterosexuales. Una cosa distinta es saber el origen de estos deseos y que nos interesan para el desarrollo de este trabajo.⁸

Es importante tener presente que la orientación sexual puede ser entendida como la atracción sexual y sentimental que siente un individuo por otro de un mismo sexo (homosexual) o hacia su sexo contrario (heterosexual). Lo importante es el elemento volitivo.⁹

La pluralidad sexual ha variado desde antaño en la bifurca de distintas terminología respecto de la inclinación sexual de la persona. La inclinación heterosexual era la única aceptada, entendida esta como la inclinación sexual de un hombre hacia una mujer y de una mujer hacia un hombre; o sea la atracción hacia una persona del sexo opuesto, todas las demás variantes se consideraban una patología síquica, y no es sino en la época de los 90's que la organización mundial de la salud (OMS) la descataloga como una enfermedad mental. Se habla de pluralidad sexual, de opción, de condición y orientación, siendo esta última la más acertada y respetuosa de la identidad sexual.

Al hablar de condición sexual se entendía que era una limitante social, o sea que estaban determinados a aceptar la revelación sexual del sujeto y que no tenía la capacidad de elegir

⁸El investigador inglés D.J West; véase en <http://www.apocatastasis.com/homosexualidad-manuel-puig-beso-mujer-arana-extractos.php#axzz22KoyMvBb>; considera que hay tres teorías acerca del origen físico de la homosexualidad, la primera de ellas es el desequilibrio en la proporción de hormonas masculinas femeninas, presentes ambas en la sangre de los dos sexos, pero si fuese así, sería muy sencillo curar ese desequilibrio inyectando las hormonas que prevalecen el género.

La segunda teoría está referida a la intersexualidad, puesto que ha sido imposible comprobar una anomalía hormonal en los homosexuales, se ha intentado rastrear otros determinantes físicos, alguna anomalía desconocida, y se dan cuenta que la homosexualidad se encuadra en la intersexualidad o hermafrodita, que son aquellos que no pertenecen físicamente por completo a ninguno de los dos sexos; y es producida por un trastorno endocrino que se produce durante el estado fetal. Es más se llega a decir que los homosexuales varones serían genéticamente mujeres cuyos cuerpos han sufrido una en dirección a la masculinidad; la teoría se refuta en cuanto el conteo endocrino en hombres homosexuales y heterosexuales no presenta diferencia alguna, sino que lo determinante es lo sico-afectivo.

La tercera y última teoría es el factor hereditario, pero la vaguedad de las evidencias efectuadas por West no permiten afirmar que la homosexualidad sea una característica constitucional de tipo hereditario. Sino pensemos solamente en el hijo de padres heterosexuales, necesariamente tendrá que ser heterosexual y el hijo de homosexuales tendrá que ser homosexual, cosa que en la praxis no se cumple bajo ningún respecto, esto debido a que no habría hijos heterosexuales, porque necesariamente un homosexual debe nacer de una relación biológicamente heterosexual.

⁹CANO GALÁN, Yolanda, *Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales*, editorial Madrid, 2004, p.438.

o de decidir el deseo y el sentimiento. Por otro lado la opción está determinada por actos externos, vale decir, sólo se elige ser parte de la diversidad sexual cuando ejecuto el deseo o el sentimiento, pero en ningún caso se tiene la opción de desear o amar, por tanto no es preciso hablar de opción ni condición sexual, lo más preciso es establecer la orientación sexual, es decir a donde se orienta mi deseo u objeto sexual. Sin embargo hay algunos detractores de esta terminología por cuando establecen que en verdad estaríamos cayendo en otra discriminación, ya que al hablar de tener una orientación sexual decimos que volvemos a conceptos arcaicos como desviados¹⁰, por lo que no se orienta sino que sólo se siente, en otras palabras tener una orientación es no estar conteste con lo establecido, a saber, una identidad heterosexual, por lo que es preciso hablar de identidad sexual. Nosotros estamos por rechazar esta postura, ya que, se confunde la orientación sexual con la identidad sexual, la cuales no son excluyente, como hemos explicados, la orientación tiene relación con el deseo y el sentimiento, en cambio la identidad sexual dice relación con el género, vale decir, sentirse parte de un rol de género con independencia de la orientación sexual; o sea, perfectamente podría haber una persona con sexo de hombre con una identidad sexual o de género femenina, y una orientación sexual heterosexual o bisexual, en palabras sencillas un transgénero, homosexual o bisexual.

En este orden de ideas, Flores define al homosexual como la persona que no tiene conflictos entre los elementos objetivos y subjetivos que definen su sexo, se comportan de acuerdo al sexo registral no sintiendo rechazo por sus órganos genitales, lo predominante es la atracción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo registral, siendo un tema propio de la orientación sexual¹¹.

2.2. NUEVAS TENDENCIAS RESPECTO A LA DIVERSIDAD SEXUAL.

En la nueva tendencia sicosocial contemporánea, se ha expandido aún más el tema y es Judith Butler quien nos plantea la teoría de *Queer*, y Mantak Chia, la teoría del *hombre multi-orgásmico*, ambas vienen a romper el esquema anteriormente señalado, para imponer una

¹⁰En este sentido el Movimiento por la diversidad sexual MUMS.

¹¹FLORES MARTÍNEZ, Carolina, *Discriminación por orientación sexual*, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile año 2004.

nueva forma de vivir e identificar la orientación sexual propiamente dicha. En la primera de ellas, Butler, expone que el género no existe, es simplemente una imaginación sociocultural, y por tanto lo interesante de los seres humanos es el amor, en otras palabras, las personas nos enamoramos del sujeto independiente de los sexos, y por tanto cualquier persona un día podría enamorarse de un hombre y la otro de una mujer, y viceversa, rompiendo claramente con la orientación que también es una imposición social, nada está claro, somos tan libre que no nos hemos dado cuenta de aquello¹².

Por otro lado Mantak Chia, viene a romper el esquema con su teoría, en cuanto nos plantea que la heterosexualidad, está determinada socialmente, y como es la esperada, es la condicionada, y el hombre que tiene representación reprimida del deseo hacia otro hombre, no sería homosexual, sino que hetero-curioso, y cuando ejecuta una conducta homosexual, sería hetero-flexible, el autor concuerda con nosotros al plantear que la homosexualidad está en los sentimientos y él sólo se queda con los deseos, agrega su teoría que el verdadero éxtasis sexual de hombre está en el llamado punto “P” que se encuentra en la próstata, y quien no ha querido o podido experimentar en ello no es un hombre completo¹³.

2.3. LIBERTAD SEXUAL COMO RESPETO A LA DIVERSIDAD SEXUAL.

Resulta imprescindible entonces hablar de libertad sexual. Existen numerosas disputas respecto de esta, ha sido un tema arduamente debatido, tanto por la filosofía como por el derecho, discusiones trascendentes que porque cada vez que tratamos de responder a la pregunta acerca de lo que somos o de lo que podemos hacer, necesariamente la respuesta dependerá del contenido de la definición adoptada y de la protección que el cuerpo normativo le haya brindado. Digamos que, la libertad es la facultad por medio de la cual la voluntad es dueña de sus actos o tiene en si el principio de determinación de los mismos. Kant¹⁴ nos entrega dos nociones de esta, la define como la facultad de comenzar por si misma a actuar, sin necesidad de presuponer la aplicación de otra causa; y también como autonomía, esto es la

¹² Véase en: <http://singenerodedudas.com/tirnamban/1129/judith-butler>, consultado el día 5 de octubre de 2011.

¹³ CHIA, Mantak, *El hombre multiorgásmico*, Neo persona, Madrid año 2007, p.126.

¹⁴ Véase en http://www.scielo.cl/scielophp?pid=s0718-4360200900010002&sceipt=sci_arttext, consultada el día 23 de Junio de 2012

capacidad de darse a sí mismo la ley moral, única moralidad digna del hombre, por consiguiente, la hablar de libertad estamos discurriendo sobre la capacidad que tiene la persona de determinarse a sí misma.

En ciertas áreas del derecho se discute el tema de la libertad, específicamente estamos pensando en el área penal la cual la define como la facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto por la libertad ajena y, al mismo tiempo, como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro¹⁵.

Ahora bien, si analizamos nuestra legislación no aparece ninguna definición de la libertad sexual, sin embargo así se ha dejado entre ver que se reconoce, a través de los delitos sexuales.

Debemos tener presente que la libertad sexual, como hemos expresado, no se refiere únicamente a una cuestión genital, sino que abarca también el aspecto afectivo vinculado a esa dimensión, en tal sentido creemos que *la libertad sexual no puede concebirse como una facultad negativa, vale decir, tendiente a rechazar las intromisiones en la esfera sexual de cada persona, mal podría entonces desconocer la facultad inherente a toda persona a disponer de su cuerpo y afectividad*¹⁶.

Debemos entonces, traer a la palestra, y a modo de síntesis, que los transexuales comparten las dos características antes señaladas, el sexo y la orientación, al mismo tiempo que tienen elementos diferenciales que impiden que en plenitud puedan verse protegidos por las normas antidiscriminatorias actualmente existentes¹⁷.

3. LA HOMOSEXUALIDAD. RECEPCIÓN SOCIAL DE UNA SUERTE PATOLOGIZACIÓN.

¹⁵RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, editorial jurídica, Santiago 2000, p.61.

¹⁶FLORES MARTÍNEZ, Carolina, Op. cit, número 11.

¹⁷ALONSO BRAVO, Milagros, *La organización del trabajo en la empresa y el principio de no discriminación*, ponencia general en el XV congreso nacional del Derecho del Trabajo y la seguridad Social, Madrid 2004.

La sociedad civil siempre ha buscado respuesta a los fenómenos que sienten que son parte de la vida cotidiana, y no ha sido la excepción la homosexualidad, y si bien ha pasado por varias categorías desde un pecado, una enfermedad o un delito, se hace cargo de la causa o razón social de la homosexualidad y su cura, en este sentido seguiremos a J.D West¹⁸ quien nos entrega tres teorías acerca de las causas de la homosexualidad:

- a) La primera de ellas es la teoría de perversión según la cual el individuo adoptaría la homosexualidad como un vicio cualquiera, pero el error fundamental estriba en que el vicioso elige deliberadamente la desviación que más le apetece, mientras que el homosexual no puede desarrollar una conducta sexual normal [común], aunque se lo proponga, puesto que aún realizando actos heterosexuales, no logrará erradicar sus deseos más profundos, los homosexuales.
- b) La segunda teoría es la de la seducción, en cuanto el individuo puede haber sentido deseos homosexuales, consientes por primera vez, estimulado por personas de su mismo sexo, que se propuso seducirlo, dicha seducción que se produce casi siempre en la juventud, puede explicar que se inicie en prácticas homosexuales, no puede justificar en el fluir de sus deseos heterosexuales se detenga. Un incidente aislado de esa índole no puede explicar la homosexualidad permanente, la cual en la mayoría de los casos resulta también exclusiva, es decir, no compatible con actividades heterosexuales.
- c) La tercera teoría aludida es la de la segregación, la cual aquellos jovencitos educados entre varones solos, sin contacto entre mujeres o viceversa, mujeres criadas sin contacto con hombres, iniciarían prácticas sexuales entre sí que los marcarían para siempre. Esta última la refuta el psicoanalista S. Lewis en su obra *Sorprendido por la alegría* aclara que por ejemplo, los escolares pupilos tendrán sus primeras experiencias sexuales con otros varones, pero la frecuencia de las prácticas homosexuales de pensionados está más vinculada con la imperiosa necesidad de la descarga sexual que con la libre elección de su objeto amoroso.

¹⁸WEST, D.J. Op. cit, número 8, p.9.

Ninguna de las tres teorías sociales o del vulgo son capaces de identificar el verdadero problema social, que es el amor que dos individuos pueden sentir sin importar su sexo biológico, vale decir cualquier justificación no sana las consecuencias sociales que trae aparejada esta identidad sexual. Y la sociedad no sólo explica sino que da efectos a esta forma de vida, y en nuestro caso, efectos negativos como se pasa a explicitar.

3.1. HISTORIOGRAFÍA DE LA HOMOSEXUALIDAD CHILENA.

La primera gran respuesta fue mirar la homosexualidad como una patología síquica y en este sentido se entendió la misma no sólo por el vulgo sino que por las ciencias, dando respuesta a lo anormal como lo que repudia la sociedad y no fue sino en 1973, año en el cual la Asociación de Psiquiatría de los Estados Unidos quitó a la homosexualidad de su lista de desórdenes mentales declarando que esa orientación sexual *“no implica el deterioro, el juicio, estabilidad, fiabilidad o, en general, las capacidades sociales o profesionales”*¹⁹

Dos años después la Asociación de Psicología Americana instó además a todos los profesionales de la psiquiatría a eliminar el estigma de enfermedad mental que había sido por mucho tiempo asociado con la orientación homosexual, mientras la Asociación Nacional de Asistentes Sociales de Norteamérica tiene una política similar desde 1994.

Uno de los avances más relevantes, dado su carácter trasnacional, data de 1992 cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó a la homosexualidad de su clasificación internacional de enfermedades, normativa avalada por gran parte de los profesionales de la salud en Chile.

La sociedad siempre está vinculada por los cánones establecidos, y es deber de las instituciones sociales, como la iglesia y los medios de comunicación, vetarlas o aceptarlas. Cuando hay un repudio de las mismas, es el estado quien recoge estas situaciones y las sanciona. El hecho ejemplificador en este sentido se encuentra dado por el *ius puniendi*, y específicamente por el derecho penal, quien sancionaba hasta 1999 la relación sexual

¹⁹CONTARDO, Oscar, Op. cit número 5 p.50 y ss.

consentida entre dos varones, que se conocía con el nombre de delito de sodomía, en verdad el objeto del mismo era abiertamente inconstitucional, y fue derogado dejando el resabio de la corrupción de menores, o simplemente sodomía del artículo 365 del código penal, a pesar de que algunos justifican la vigencia del delito²⁰.

Es la iglesia la gran precursora de este tipo de iniciativas que se basan en una forma doctrinal de vivir una identidad de género; si bien es cierto que el derecho penal es la máxima sanción socialmente conocida, no es menor que los prejuicios o estereotipos sociales sean llevados a otros planos que el derecho acoge y sanciona, o simplemente omite una solución para amparar la igualdad jurídica que se predica desde la carta fundamental, de ahí nacen por ejemplo la discriminación por orientación sexual o por roles de género.

3.2. EL SIDA COMO PARADIGMA DE LA SOCIEDAD HOMOSEXUAL.

El tema que nos invoca se torna más complejo aun cuando la pandemia del sida llega a la sociedad, vale decir, la llegada de la peste rosa²¹, como una enfermedad que castigaba la homosexualidad, esto porque en la década de los setenta llega a nuestro país, y se instala hasta nuestros días estigmatizando la enfermedad a las personas homosexuales, y entregando asidero a la homofobia, que se materializa en el castigo social, en este sentido Carlos Cáceres, indica que: *“El sida representa, aún hoy, un poderoso estigma social que se monta sobre el rechazo social, de mucha más larga data, ligado a la homofobia”*; y si bien es cierto que la pandemia mundial ataca a los homosexuales hoy las cifras entre hombres y mujeres tanto homo como heterosexuales se están igualando de tal manera que sigue creciendo sin

²⁰En palabras del profesor Rodríguez Collado, en su texto delitos sexuales, op. Cit 12. P 254 nos expresa que si la intención del legislador era proteger a los varones menores de edad frente a conductas que pudieran afectar el normal desarrollo de su sexualidad, no se comprende por qué eliminó el ámbito de aplicación de la figura únicamente a aquellos casos en que el menor es accedido carnalmente por otro sujeto, porque otros actos de connotación sexual, tienen, de acuerdo, a las circunstancias del caso, idéntico y tal vez mayor poder corruptor que el hecho que el legislador optó por castigar. Y si el propósito era el indicado no alcanzamos a comprender qué razones podrían justificar que solo los varones obtengan esta forma de protección, en circunstancias que numerosos actos expresivos de lesbianismo, pueden también traer como consecuencia una desviación del normal desarrollo de la sexualidad de una niña. Dando respuesta al profesor Rodríguez, la comisión mixta al estudiar este precepto, acentúa en la idea de que el lesbianismo históricamente nunca ha estado penado, vale decir que no solo acepta la discriminación de ese precepto sino que expresamente reconoce la intención de sancionar la masculinidad masculina (informa de comisión mixta p.21).

²¹Este era el nombre que se conocía el Sida en la época de los setenta en cuanto atacaba principalmente a homosexuales.

discriminación alguna. En este sentido Brito nos señala, que es un fenómeno muy común en toda la región la tendencia a minimizar la envergadura de la epidemia entre homosexuales, enfatizándose al mismo tiempo la vulnerabilidad de otros grupos que suscita mayor simpatía en la opinión pública tales como las mujeres gestantes o los niños infectados²².

En el mismo orden de ideas, el Ministerio de Salud nos indica: “En Chile los primeros caso de VIH/ SIDA se notificaron hace 23 años, y desde entonces hasta diciembre del año 2006, el número de notificaciones es del 17.235 casos de VIH o Sida, hasta el 2005 han muerto 5.288 personas, a causa del sida. Afecta principalmente a adultos entre 20 y 39 años, mayoritariamente de sexo masculino, el índice de personas de educación media y superior es más alta que la observada en la población general, y la principal vía de exposición es la sexual”²³.

Lo que queremos establecer en el fondo es que esta problemática se debe a un tema de vulnerabilidades y no un grupo de riesgo como cualquier otro, lo que tanto resquemor da a la sociedad chilena es que se tengan relaciones sexuales sin la debida conciencia que es una conducta de riesgo y se prefiere o prefería culpar a la minoría sexual por no cumplir con lo socialmente esperado, es decir que sea heterosexual. El dato objetivo es que la población homosexual incide altamente con la adquisición de esta enfermedad y es deber del estado dar una respuesta con un política pública inclusiva²⁴. En este sentido ONUSIDA en el año 2001 señala que: “Las relaciones sexuales entre varones existen en la mayoría de las sociedades, sin embargo, su existencia, y su importancia para la prevención del Sida, con frecuencia se niegan”. En síntesis, no todos los hombres que se reconocen como homosexuales o gays corren el riesgo de contraer el VIH ni todos aquellos que corren el riesgo de contraer el VIH (o que ya lo han hecho) a través del sexo con otros hombres se reconocen como homosexuales o gays.

²² BRITO, Op. cit número 2, p.159.

²³Informe DISPLAN-MINSAL del ministerio de salud consultado el 5 de septiembre de 2011 en http://epi.minsal.cl/epi/html/bolets/reportes/VIH-SIDA/Pais_87-06VihSida.pdf

²⁴En este sentido la ley 19.979 conocida como ley del sida del año 2001 que sanciona la discriminación por VIH/SIDA en el sector público.

3.3. MOVIMIENTOS SOCIALES COMO FUENTES DE EDUCACIÓN Y LUCHA.

Es por parte de grupos feministas y de hombres por la equidad de género quienes hoy en día luchan por una ley antidiscriminatoria de forma constante, pero el génesis de toda esta lucha social radica en los movimientos homosexuales, como el histórico MOVILH, la corporación chilena de prevención del Sida, Acciongay y el movimiento por la diversidad sexual (MUMS). Desde allí se logra integrar un enfoque de género en las instituciones del estado de Chile, y sobre todas las cosas, una regulación que recoja la igualdad jurídica sin excepciones. Hoy el marco de lucha de estos movimientos: “Es una integración socio-política que regule el matrimonio igualitario y no una ley que regule una institución para maricones como es el acuerdo de vida en pareja (AVP), es necesario una ley antidiscriminatoria y un estado garante de la salud para la población que vive con VIH”²⁵. En el mismo orden de ideas, el ex movimiento por las minorías sexuales indica que: “Es por tanto la principal bandera de lucha una ley antidiscriminatoria la cual abrirá las puertas hacia todos los derivados del mismo, lo demás vendrá por añadidura”²⁶. Las respuestas homofóbicas, se entiende por tal una forma de relaciones desiguales de poder entre grupos o colectivos, cuyas expresiones pueden adquirir las características de opresión, explotación e injusticia hacia aquellas personas identificadas como homosexuales²⁷, en concreto se esconden tras los prejuicios socialmente constituidos, sin embargo no deberían tener ningún asidero práctico, y es la misma sociedad la llamada a cambiar la visión tradicional que se tiene del modelo²⁸.

Nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 numeral 2; asegura los principios básicos de igualdad y libertad de todas las personas, por esta razón resulta

²⁵AGUILAR, Marcelo Vicepresidente de Acción gay y coordinador regional de Asosida. http://www.acciongay.cl/?page_id=2752 consultada el 3 de Agosto de 2011.

²⁶Declaración MUMS. véase en: <http://www.mums.cl/2011/05/alerta-ley-antidiscriminacion/>, consultada el 3 agosto de 2011.

²⁷CARO, Isaac, *Homofobia Cultural en Santiago de Chile*, editorial Flacso, Santiago 1997, p.31 y ss.

²⁸Así es como una investigación desarrollada en noviembre del 2002 por el Instituto de Estudios Públicos y la Universidad Andrés Bello evidenció que un 57.1 por ciento de los encuestados es contrario a que los homosexuales hagan pública su orientación, pero entre los 18 y 29 años un 52.2 por ciento es favorable y entre los 30 y los 44 años un 41.5 está de acuerdo. Es sólo a partir de los 45 años donde las diferencias se disparan, pues un 75.2 por ciento se mostró contrario. En la misma línea, y también en el 2002, la Fundación Ideas y la Universidad de Chile dieron a conocer un estudio donde el 35 por ciento de los chilenos está de acuerdo con el matrimonio homosexual (lo que ni siquiera es una demanda del movimiento de las minorías sexuales). Esa cifra se elevó, sin embargo, a un sorprendente 50.9 por ciento entre los rangos de edad que van entre los 18 a 29 años.

paradójico que nuestra legislación contemple situaciones discriminatorias a la diversidad sexual, es preciso adecuar nuestras normas a los principios que fundamentan la dignidad de las personas. De tal modo que los tópicos tratados como la no discriminación, la igualdad, la libertad a pesar de articularse como fundamento constitucional seguirá siendo un mero programa, un articulado metafórico, en la medida que las herramientas de reacción otorgadas en caso de su conculcación no sean efectivas, dando paso a la perpetuación de un régimen civil excluyente.

4. LA PROTECCIÓN EN GENERAL A LA DIVERSIDAD SEXUAL EN TRATADOS INTERNACIONALES.

4.1. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN.

La protección del derecho a la identidad sexual ya sea por vía legal o jurisprudencial, es una consecuencia lógica del reconocimiento de los factores subjetivos que intervienen en la determinación del sexo. En las últimas décadas se ha avanzado en tal sentido, teniendo en consideración que este derecho se mueve dentro de una más grande, a saber, el derecho a la intimidad. La identidad sexual en palabras de Flores comienza a definirse con la percepción que se tiene de uno mismo en conexión con los demás, es decir, responde a un proceso interno del individuo, que sin lugar a dudas, adquiere mayor relevancia al estar en contacto con otros miembros de la comunidad, pues en este contexto uno puede percibir lo que tiene en común con el resto y lo que lo singulariza. Esto, ya que ser si mismo significa también serlo aparentemente, también en el conocimiento y en la opinión de los otros, significa serlo socialmente, es propio de esta proyección social de la identidad personal que siendo susceptible de ofensa externa, este comprendida la tutela jurídica y, por ende, considerarse un bien jurídico²⁹.

Debemos tener presente que la persona al ser un ser social, debe conciliar su vida con sus intereses personales y con los de los otros miembros de la comunidad, pero bajo ningún respecto puede significar un sacrificio de su dignidad humana. En razón de lo expresado es imperioso que el legislador exponga una respuesta a esta realidad, sobre todo si consideramos

²⁹CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, editorial Astrea, segunda edición Buenos Aires 1995, p.15 y ss.

que el ordenamiento jurídico tiene como centro la persona humana, por tanto le corresponde otorgar resguardo legal al respecto de la identidad personal. Un estado respetuoso de las identidades sexuales debe dar respuesta y establecer derechos que aseguren la igualdad, lo que viene a continuación es una arista de esa igualdad que es el derecho de no discriminación en materia laboral.

El problema a analizar es: ¿qué entendemos por discriminación? Según el diccionario de la lengua española, discriminar significa “seleccionar excluyendo”, “Dar un trato de inferioridad a una persona o grupo por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”³⁰ El Comité de Derechos Humanos de la naciones Unidas ha definido la discriminación como: “Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basan en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en todas las personas”.

Bajo esta perspectiva, Brito³¹, nos dice que de esta importante definición se colige la concurrencia de tres elementos que vienen a ser:

- a) Un trato diferenciado o desigual.
- b) Un motivo o razón prohibida, es decir que nuestro ordenamiento lo prohíba.
- c) Un resultado: anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio o goce de un derecho.

Por consiguiente, debe entender la discriminación no sólo por la presencia de uno de estos tres elementos sino de éstos de manera concurrente, copulativamente para poder determinar si estamos en la presencia o no de discriminación.

³⁰ Véase en www.rae.es consultada el 12 de marzo de 2013.

³¹ BRITO, Op. cit, número 2, p.156.

De este modo entendemos que muchas de las apreciaciones por la existencia de ciertas preferencias se pretende encuadrarlas en la figura de la discriminación, situación que no puede darse porque estas preferencias no sólo deben presentarse con los dos elementos, sino que esta predilección sea justificada, puede ser doctrinalmente o de manera expresa en las normas del ordenamiento jurídico tales como, en la protección de niños(as), adultos mayores y las mujeres, no se podría pues en estas situaciones aludir a la discriminación porque carecería del motivo prohibido. La discriminación no viene a ser la violación del derecho a la igualdad, o al menos no sólo a este, sino que, incluye el menoscabo a otro tipo de derechos tales como la dignidad, el trabajo, el acceso a la salud, justicia, entre otros que por la naturaleza de la discriminación y en la situación en la que se presenten lesionan el desarrollo de un ser humano y su relación con los demás.

Es preciso agregar, que desde una óptica jurídica, podemos definir la discriminación como todo atentado ante el principio de igualdad entendiendo por este, como el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, así podría concluirse que no se impone un trato uniforme a todos los individuos como si todos ellos fuesen idénticos entre sí, sino que lo que se debe pretender es que aquello que comparte elementos esenciales comunes, no sean tratados desiguales es decir no sean discriminados, iguales se equipara por extensión a no discriminación, y la lucha contra la desigualdades, lucha contra la discriminación, supondría no tratar igual a los iguales³².

4.2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN TRATADOS INTERNACIONALES A LA DIVERSIDAD SEXUAL.

Si damos una mirada internacional a la problemática nos podemos dar cuenta que existe una amplia aceptación frente a la materia, dando cabida al respeto por la orientación sexual a nivel legislativo, proscribiendo las formas de discriminación.

³²CANO GALÁN, Op. cit número 9, p.436.

A la luz de este estudio debemos necesariamente atender a la discriminación por orientación sexual en específico y solamente podemos agregar la discriminación por el motivo que nos invoca, vale decir, por la identificación en otro ser humano por tener tendencias afectivas hacia personas del mismo sexo.

Aun cuando esos tratados garantizan, como síntesis, derechos “a todas las personas” y “sin distinción alguna”, lo cual evidentemente incluye a las minorías sexuales, en diversos países del mundo se han violentado las normas en su relación con la población homosexual. Es en ese sentido que la Organización de las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Pacto Andino, el Mercado Común del Sur y algunas naciones han efectuado acciones o legalizado garantías específicas de la no discriminación sobre la materia, como se expone a continuación:

a.- Organización de las Naciones Unidas: Desde junio de 2001, la Oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos de la ONU puso en marcha mecanismos para recibir desde cualquier parte de mundo denuncias sobre discriminaciones por orientación sexual con el fin de definir respectivas sanciones a los estados que violenten los derechos de esa minoría.

Por su parte el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU* se ha pronunciado en forma favorable a todos los intentos de diversos países, como Holanda y Suecia, de explicitar legalmente la no discriminación contra las minorías sexuales y dio su beneplácito a la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban en 2001, la cual apeló expresamente por la no homofobia.

b.- Unión Europea: El tratado constitutivo de ese bloque dispuso en 1999 en su artículo 13 que: *“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Esa disposición se basó en el “principio de la no discriminación”, el cual *“tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

c.- Mercosur: En su Declaración Sociolaboral de 1998, en específico en el artículo 1° de los derechos individuales, el Mercado Común del Sur dispuso que *“Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideológica, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con la disposiciones legales vigentes”*.

Estos pactos internacionales sólo nos vienen a reforzar la idea de que la diversidad sexual merece un reconocimiento por parte de un grupo de estados que están contestes en que forman parte de la sociedad toda, que deben ser incluidos en políticas públicas y de respeto.

Si se han dado cuenta un grupo de estados, qué más nos queda a nosotros por hacer. En verdad demasiado camino aún por recorrer.

4.3. LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO.

A continuación algunos ejemplos de la protección concreta a la diversidad sexual en algunos países vecinos.

A.- Pacto Andino: En su carta para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela reafirmaron su decisión de combatir: *“Toda*

forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición; y, deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial” (artículo 10).

B.- Países Sudamericanos: Mientras gran parte de los países europeos y algunos Estados de Norteamérica han garantizado en diversas leyes la no discriminación por orientación sexual, en Sudamérica se presentan importantes avances al respecto.

En efecto, los congresos de Chile³³, Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay discuten en la actualidad diversos proyectos de ley que garantizan a nivel constitucional la no discriminación por orientación sexual.

En Argentina, en tanto, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires explicita en su artículo 11 que *"todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferentes, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica, o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo"*. Esa norma es similar a una ley antidiscriminatoria de la Provincia de Córdoba que sanciona en su artículo 1° la homofobia.

El 24 de octubre de 2001, el Estado de Minas Gerais de Brasil aprobó, por su parte, la ley 694/88 que incorporó la orientación sexual a las categorías protegidas contra la discriminación. Esa normativa incluyó también una disposición que afirma específicamente que dos personas del mismo sexo tienen derecho a expresar su afecto en público.

³³En el Congreso chileno se discute desde 1997 un proyecto de ley que garantiza la no discriminación a nivel constitucional, mediante una reforma al artículo 19 de la Carta Fundamental. Boletín 2067-2007.

Que interesante resulta ver a nuestro vecinos y su avance en relación a dejar de tolerar y comenzara respetar a la diversidad sexual de una forma clara: la ley; así pues ya nadie podrá atropellar de forma gratuita lo esencial de la persona, sus sentimientos por ser parte de un grupo distinto que lucha por integrarse socialmente.

Son por tanto estas, las normas generales que están gobernando nuestro globalizado mundo, y por consiguiente las que debemos tener presentes para la ayuda en la orientación de nuestro tema en la discriminación por la orientación sexual, sólo como parangón de lo que está sucediendo a nuestro alrededor, y en específico debemos analizar nuestro propio ordenamiento jurídico, para desentrañar las ideas y así saber que tan protegido se encuentra el derecho a la no discriminación y que tanta tolerancia hay acerca de la discriminación.

4.4. LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD SEXUAL EN CHILE.

El año 2005 entra al Congreso Nacional un proyecto de ley complejo, que intenta sancionar todos los actos discriminatorios³⁴, desde entonces la discusión social y parlamentaria fue de un calibre trascendental, de tal modo que grupos radicales, como los protestantes y católicos más ortodoxos, se opusieron acérrimamente a tal proyecto con innumerables manifestaciones afuera del Congreso³⁵, por cuanto consideraba que podía afectar instituciones como el matrimonio entre un hombre y una mujer; finalmente la ley antidiscriminación fue aprobada y más tarde publicada en el diario oficial con fecha 24 de Julio de 2012³⁶. Esta ley pretende en primer término ser una directriz para los órganos públicos, en el sentido de impedir los actos discriminatorios, además de sancionar con multas a las personas o instituciones que realicen actos u omisiones con motivo de discriminación. Por otro lado, establece una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, en este entendido, quien cometa un crimen con motivo de discriminación será agravado en un grado.

³⁴Mensaje 315-352 de fecha 14 de marzo de 2005.

³⁵Véase en <http://iberoamerica.net/chile/prensa-generalista/terra.cl/2011109/noticia.html?id=kw64fdH>, consultada el día 9 de Septiembre.

³⁶Ley 20.609.

Interesante resulta señalar que esta ley contiene una definición de discriminación en su artículo 2° que establece:

Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Con este artículo se deja zanjada toda duda que la orientación sexual e identidad de género se protegen por una acción especial de no discriminación arbitraria que debe conocer un juez del letras del domicilio del afectado o del responsable de la acción u omisión. Entendemos, pues, que esta acción sólo tiene por efecto restablecer el imperio del derecho sin un resarcimiento para el afectado, por cuanto tiene como sanción una multa a beneficio fiscal y por otro lado, que no parece más grave aún es que se aplica la ley 18.120 de comparecencia en juicio, lo que implica, además un desembolso económico para el afectado, para costear un letrado que la o lo represente. En mi consideración una burla social, una ley que viene a dejar a Chile como un estado que resguarda derechos, pero ¿qué tan efectivo es? ¿Será que Chile resguarda derechos de quien tiene dinero?

Por otro lado la ley es deficiente, según el profesor Alvear, en cuanto intenta identificar y especificar con pretensiones de valides universal ciertas categorías prohibidas de discriminación en razón de atribuirle ex ante el carácter de arbitrarias a la distinción fundada en ellas, lo que produce efectos paradójicos desde la perspectiva lógica, sólo se pueden aplicar las categorías a posteriori cuando son aplicadas en concreto a relaciones jurídicas

específicas³⁷. Respecto a esta opinión, creemos que la visión de la escuela de exegesis que pretende fundar el académico no está en juicio, sino la efectividad de la norma.

Es cierto que nuestro país requiere de este tipo de resguardos para la diversidad sexual, y que a diferencia de algunos autores, como el profesor Covarrubias³⁸, creemos que son necesarias, y que deben ser protegidas, pero bien protegidas; no, ciertamente, como están contenidas en la actual legislación, simplemente una burla. En este sentido estamos de acuerdo con profesor Contensse, quien plantea que la ley sirve un propósito simbólico importante destacando la génesis del trabajo de la sociedad civil³⁹.

³⁷ ALVEAR TELLES, Julio; COVARRUBIAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: un análisis de los errores de la legislación antidiscriminación*, en revista Actualidad Jurídica, n°26 del año 2012.

³⁸ COVARRUBIAS, Ignacio, *El contrabando de la ley que establece medidas contra la discriminación*, La semana Jurídica, año I n°4, semana del 16 al 20 de julio de 2012.

³⁹ CONTENSSE, Jorge, *Simbolismo y Derecho en la ley antidiscriminación*, La semana Jurídica, año I n°4, semana del 16 al 20 de julio de 2012.

CAPITULO SEGUNDO:
EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL
EN MATERIA LABORAL

1. LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA LABORAL.

Como resultado de lo anteriormente expuesto, es necesario examinar específicamente que el desarrollo que el derecho ha dado a la no discriminación en general para luego agruparlo y analizarlo desde una forma de vida específica, como sabemos la identidad sexual, no siendo una traba para desarrollar una actividad remunerada como cualquier otro ciudadano con derechos y deberes.

Debemos reconocer que el avance en materia laboral resulta ser absolutamente relevante a la hora de juzgar con las demás áreas del derecho ⁴⁰ y es en el reconocimiento de la teoría de la ciudadanía en la empresa donde hay un cambio en la forma de concebir las relaciones laborales, es decir los derechos de los cuales todas las personas son titulares mantienen plena vigencia durante todo el *iter* contractual laboral, con lo cual ha sido posible reconocer que la

⁴⁰Estamos pensando en el derecho al matrimonio igualitario o el delito de sodomía del 365 del código penal.

titularidad de derechos esenciales del trabajador en cuanto persona no es incompatible con su calidad de contraparte de una relación laboral, y por lo tanto, debe garantizársele a él la posibilidad de ejercerlos en el ámbito de la empresa y el desarrollo concreta y material de la relación de trabajo.⁴¹

Desde antiguo se hablaba que los derechos fundamentales debían ser respetados por el atropellamiento del Estado frente a los particulares, y no es sino una teoría⁴² la llamada a racionalizar esta situación que fue reconocida por los tribunales de justicia en Alemania, y posteriormente por el tribunal constitucional de este país. Se trata del pleno reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas; como señala Christian Melis, se trata de que estos derechos rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollando así una eficacia horizontal.⁴³ El ámbito de protección de los derechos fundamentales no sólo se encuentra en vulnerabilidad frente a las esferas del ente público, sino que se va trasladando al ámbito privado. Como lo indica el profesor Caamaño, que en la conformación social que conocemos, los poderes del empresario o la empresa en cuanto poder privado constituye una real amenaza para los derechos de la persona trabajador, y ello se debe no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos, sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial; principios económicos y valores normativos; actúa naturalmente como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo.⁴⁴

En nuestra Constitución Política de la República no hay un reconocimiento expreso, de carácter declarativo, sobre la eficacia horizontal de los de los derechos fundamentales, sin embargo su eficacia directa o inmediata de estos, vale decir que, se reconoce directamente la vinculabilidad de estos derechos en tanto derechos subjetivos amparados por la garantía

⁴¹CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, editorial Lexis Nexos, Santiago 2005, p. 15

⁴²Teoría alemana Die Drittwirkung Der Grundrechte.

⁴³MELIS, Christian, *Derechos fundamentales y empresa: apuntes para configuración dogmático-jurídica*, anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N°3/2004, Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida, Sociedad Chilena del trabajo y de la seguridad Social, Santiago 2004 pp 73-74.

⁴⁴CAAMAÑO ROJO, Eduardo, Op. cit número 37, p.18.

constitucional, a las relaciones entre particulares⁴⁵; se podría desprender de diversas disposiciones a nivel constitucional, lo que sucede con el artículo 6° inciso segundo, 19 número 26, y el mismo artículo 20.

Dicho lo anterior es menester hacer presente la situación de estas garantías en el Derecho del Trabajo, en cuanto al Código del Trabajo, está reconocido de forma explícita la plena eficacia de los derechos fundamentales al interior de la empresa, y lo hace en el artículo 5° del mencionado cuerpo legal. Cabe señalar que además lo consagra como límite al ejercicio de los poderes empresariales. Sin embargo, como lo señala el profesor Ugarte, tiene una increíble falta de operatividad, dándole a dicha norma un sentido simbólico, que no deja de ser importante, sobre todo cuando la horizontalidad de tales derechos debería estar en la constitución por su carácter supremo en el orden normativo y no en una declaración de ley ordinaria.⁴⁶ En un mismo orden de ideas, es preciso señalar que la jurisprudencia administrativa ha jugado un rol fundamental en el reconocimiento de la teoría que estamos tratando, en cuanto ha desarrollado un asentamiento sobre el tema, en el sentido de establecer de forma constante y permanente la inclusión de la protección de los derechos inespecíficos de los trabajadores a través de sus dictámenes.⁴⁷ A mayor abundamiento, la jurisprudencia judicial ha entendido a través de todo un proceso de ascendencia que los derechos fundamentales tienen una supremacía dentro del ordenamiento jurídico, lo que ha reconocido en diferentes sentencias.⁴⁸

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.

⁴⁵En este sentido seguimos plenamente al profesor Caamaño (Op. cit 40 p.15 y ss.) quien además aduce que hay otro grupo de autores que creen en la eficacia mediata o indirecta en cuanto los derechos fundamentales son normas objetivas de principios, definen un sistema de valores incorporado a la Constitución, que en cuanto dotado de efecto de irradiación, debe influir en la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto y vincular a todos los poderes del estado.

⁴⁶UGARTE, José Luis, *Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras*, en Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Doctrina Chilena y extranjera, editorial Legal Publishing, Santiago 2012, p.53 y ss.

⁴⁷Véase Dictamen N°8.273/337 de fecha 19 de Diciembre de 1995; N°684/50 de fecha 6 de Febrero de 1997; N°2.309/165, de fecha 26 de Mayo de 1996; N°2.328/130 de fecha 19 de Julio de 2002; N°2.875/72 de fecha 22 de Julio de 2003; N°4.822/207 de fecha 11 de Noviembre de 2003.

⁴⁸AGUILAR, Gonzalo, *La responsabilidad por vulneración de Derechos Fundamentales y el reconocimiento del principio de supremacía de dichos derechos*, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte año 16 N°1, 2009.

Los derechos fundamentales que nuestra Constitución garantiza se proyecta en todos los sentidos posibles dentro de la vida en sociedad, y es por eso que en ámbito laboral no está constituida la excepción, es más representa un área fundamental de la sociedad donde debe tener un asidero puesto que es aquí donde vive gran parte de su día y de su vida, por tanto es necesario que se proyecte de manera tangencial. Ahora en cuanto al contenido propiamente tal de este derecho podemos decir que deriva de aquellos que emanan de la esencial de las personas, en cuanto son inherentes a los seres humanos, bajo este paragua de ideas está la no discriminación, en palabras del profesor Caamaño un acto discriminatorio es un acto que atenta contra los derechos humanos, con lo cual estamos absolutamente de acuerdo, y planteamos desde ya lo condenable que resulta ser todo acto que atente contra tal derecho.

2.1. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A NO DISCRIMINACIÓN EN TRATADOS INTERNACIONALES.

El derecho a la no discriminación tiene fuente tanto en el ordenamiento jurídico nacional como internacional, en este último, existen diversos acuerdos internacionales que han reconocido la igualdad de trato y la no discriminación⁴⁹ como un derecho fundamental de todas las personas así tenemos un catálogo con referencia a los mismos:

- Declaración universal de Derechos Humanos, artículo 2.1 y 7 específicamente el 23 referido al trabajo: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”* (artículo 2) y *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen*

⁴⁹El profesor Caamaño cree que la igualdad de trato es un concepto inicialmente vacío, pues sólo postula que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, y únicamente se vuelve operativo y útil cuando se utilizan los criterios a base de los cuales se van a construir las categorías o clases de los “iguales” o los “distintos”, por su parte la discriminación es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender por qué y la finalidad de la desigualdad, de este modo la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado como arbitrario o injustificado.

derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación de tal discriminación” (artículo 7).

- Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, artículo 26: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*
- Pacto internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales, artículo 2.2: *“Los estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*
- Convención americana sobre Derechos humanos “Pacto de san José de Costa Rica” artículo 24: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (...) Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*
- Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convenio N° 100 de la OIT de 1951 sobre la igualdad de remuneración.
- Convenio N° 111 de la OIT de 1956 sobre la discriminación en el empleo y ocupación:

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”

- Convenio N°156 de la OIT de 1981 sobre trabajadores con responsabilidad familiar.
- Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
- Carta Democrática Interamericana, la cual sostiene que *“El fortalecimiento de la democracia requiere de transparencia, probidad, responsabilidad y rendición de cuentas; eficacia en el ejercicio del poder público, y respeto y por promoción de los derechos sociales, libertad de prensa, así como del desarrollo económico y social humanos, y erradicación de la pobreza crítica y de toda forma de discriminación”*. (artículo 4).

Es sin duda una gama importante de tratados, convenios, declaraciones que viene a reforzar la idea central de respeto a los derechos y libertades de las personas sólo por el hecho de ser tal, y de alguna u otra manera promueven la no discriminación, que por cierto es necesario dejarla establecida de forma innumerable gracias a sus inconmensurables atropellos. Demás está decir que no podemos olvidar que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto vinculan al estado a respetarlos.

2.2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A NO DISCRIMINACIÓN.

2.2.1. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD E IGUALDAD DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA.

En cuanto al reconocimiento a nivel interno, tenemos la propia Constitución Política de la República, y son tres las normas fundamentales que nos sirven para dar asiento a este derecho fundamental, nos referimos al artículo 1°:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...) es deber del estado(...) promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”

En este precepto se consagra la libertad para diseñar nuestro proyecto de vida sin la injerencia de algún otro. Tanto en la construcción como el desarrollo de éste, se debe otorgar igual respeto y consideración, es decir ninguna persona puede inferir en la confección del proyecto de vida de otro, precisamente porque todos somos dignos. De este modo, se respeta la autonomía moral de cada persona como manifestación del principio de igualdad, el que tiene su fundamento en la dignidad esencial de todo ser humano, la dignidad de la persona está substancialmente relacionada con la dimensión moral de la vida humana y se manifiesta de modo singular en la autodeterminación consiente y responsable de la propia vida implicando, por esto, una pretensión de respeto por parte de los demás.

2.2.2. IGUALDAD ANTE LA LEY DEL ARTICULO 19 N°2 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA.

Por otro lado tenemos el artículo 19 N°2 de nuestra carta fundamental, el cual asegura a todas las personas:

“La igualdad ante la ley, en Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias “(inciso segundo)

En cuanto a esta garantía debemos afirmar que esta igualdad no se refiere exclusivamente a la ley formal, pues incluye a toda otra fuente normativa, como los reglamentos del presidente de la república, de otras autoridades y las ordenaciones, bajo el nombre que sea, de autoridades inferiores. Podemos sintetizar esto bajo la idea de que la igualdad en examen es una igualdad ante las normas⁵⁰. En el mismo sentido se manifiesta el profesor Silva Bascuñán quien plantea que el precepto tiene un alcance amplio, comprensivo de todo dicho ordenamiento jurídico, y que no sólo se extiende a las reglas aprobadas por el poder legislativo.

Según el profesor Alejandro Guzmán Brito⁵¹, el derecho y principio contenido en esta norma se proyecta en los siguientes ámbitos:

- En la formulación de las leyes mismas.
- En cuanto a la aplicación de las normas.

Es en este último aspecto el que nos importa a razón de nuestro estudio, en cuanto las leyes puede haberse formulado lo más justas posibles y respetuosas del principio, pero es en la práctica donde se pueden aplicar desigualmente. Esta segunda vertiente del derecho está incluida claramente, para que el intérprete no tenga duda, en el inciso segundo, en el cual le proscribe a autoridad alguna establecer diferencias arbitrarias.

En este mismo sentido se ha manifestado la Dirección del Trabajo señalando que estableciendo la prohibición dirigida a los poderes públicos –al legislador en la elaboración de la ley y al juez en su aplicación– de establecer una desigualdad de trato normativo no razonable u objetiva (“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, artículo 19, N° 2, inciso tercero).

2.2.3. LIBERTAD DE TRABAJO DEL ARTICULO 19 N°16 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA.

La última norma que citaremos es el artículo 19 N°16 la cual asegura a todas las personas:

⁵⁰GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho privado constitucional chileno*, ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 2001. p.33.

⁵¹GUZMÁN BRITO, Op, cit número 46, p 35.

“La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección de su trabajo con una justa remuneración.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

El derecho asegurado se vincula con el trabajo, concepto que significa “acción y efecto de trabajar”, “ocupación retribuida”, “esfuerzo humano aplicado a la producción de riquezas, en contraposición del capital” por su parte “trabajar” entre otras acepciones, comprende las “ocuparse en cualquier actividad física o intelectual” “tener ocupación remunerada en una empresa, una institución, etc”. “ejercer determinada profesión u oficio” “intentar conseguir algo generalmente con esfuerzo” “aplicarse o dedicarse con esfuerzo a la realización de algo”. De las definiciones que se han transcrito puede deducirse que el trabajo, cuya libertad y protección garantiza el constituyente, es el esfuerzo humano habitual en el que se aplican las potencialidades y energía de una persona al logro del propósito que persigue y que puede generar la producción y circulación de la riqueza⁵².

En la constitución comentada de los profesores Bronfman, Martínez y Núñez, señalan que el trabajo merece una doble dimensión, tanto individual como derecho social, y desde ambas se proyecta como una actividad esencial para la realización de la persona y su familia; de forma tal que su dignidad y protección constituyen deberes esenciales e irrenunciables del estado.

El titular de este derecho es la persona natural que se desempeña bajo subordinación y dependencia, o es simplemente independiente o autónomo, diferenciándolo de quien presta servicios para el Estado, que usualmente asume la condición de funcionario público (regido

⁵²SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, editorial Jurídica de Chile, año 2010, Santiago p.222.

por estatutos especiales). Por cierto siempre deben cumplirse las condiciones de voluntariedad y autonomía⁵³.

El trabajo no es mecánico, sino que es un fin para sobrevivir el día a día en la sociedad, lo que lleva consigo la connotación de dignidad humana, por tanto es preciso poder garantizar, y llevándolo a nuestro contexto, debemos tener claro que nuestro legislador no garantiza el trabajo, sino la libertad de tal en la sociedad chilena. Lo que nos es atinente, respecto a la no discriminación dice relación con el inciso tercero, por cuanto, en palabras del profesor Silva Bascuñán, con el objeto de asegurar la libre elección del trabajo, la carta prohíbe la discriminación o diferenciaciones odiosas o infundadas que busquen favorecer o perjudicar a alguien, basadas en el mero arbitrio o capricho del empleador⁵⁴.

Por otro lado cabe mencionar que este derecho, viene a complementar el derecho a la igualdad ante la ley del 19 n°2 el profesor Lizama nos dice que *no es más que una manifestación particular del principio jurídico, cuya incorporación en el citado número de la libertad de trabajo explica más bien la materia, en rigor, por su contenido*⁵⁵.

El profesor Bascuñán cree que la norma constitucional garantiza y fortalece no sólo a quien quiere obtener un trabajo para que se le niegue arbitrariamente y se le asegure la igualdad de oportunidades en el proceso de contratación, sino que también a aquellas personas que ya se encuentren desarrollando un trabajo, con el objeto que, mientras lo ejecuten reciban un trato digno y no discriminatorio⁵⁶.

Por su parte, el profesor Caamaño agrega que debe destacarse que el constituyente he entendido ampliamente el derecho a la no discriminación, lo que se manifiesta en la circunstancia de no haber introducido una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, con bastante acierto, cualquier

⁵³BRONFMAN, Alan; MARTINEZ, Jose; NÚÑEZ, Manuel, *Constitución Política comentada*, editorial Legal Publishing, año 2012, Santiago 2012 p.329 y ss.

⁵⁴SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Op. cit número 48 p.249.

⁵⁵LIZAMA, Luis; UGARTE, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, editorial Jurídica Conosur, Santiago p.230.

⁵⁶SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Op. cit número 48, p.251.

motivo o criterio de diferenciación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, esto es, prohíbe cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable, sin perjuicio que la ley puede exigir, en determinados casos, la nacionalidad chilena o la edad⁵⁷. En todo caso nosotros queremos agregar que los motivos de capacidad e idoneidad pueden resultar subjetivos, por cuanto la capacidad sin estándares mínimos puede ser entendida como tal por una parte y no por otra, entendemos sí que en ultimo termino debería ser el juez quien determine la capacidad o idoneidad.

En cuanto a la jurisprudencia aplicada, tenemos que nuestros tribunales han dicho que son principios absolutos (igualdad ante la ley y la no discriminación) y sólo se vulneran si la no discriminación es arbitraria o respondiere a un propósito hostil que importa indebido favor, o privilegio personal.

3. RECONOCIMIENTO DE LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO ¿SE INCLUYE O NO LA ORIENTACIÓN SEXUAL?

El artículo 2° del Código del Trabajo en su nueva redacción⁵⁸, concretiza la prohibición de discriminación en el trabajo consagrada en la Constitución Política de la República, en su artículo 19 numeral 2; y prescribe en sus incisos 3°, 4° y 5° que:

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

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias, basados en motivo de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo o la ocupación.

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

⁵⁷CAAMAÑO ROJO, Eduardo, Op. cit número 37, p.71.

⁵⁸La nueva lectura radica de las modificaciones sufridas por la norma a través de la ley 19.759 y por la ley 19.812.

El artículo, arriba citado, es la norma legal que trae a colación el reconocimiento de la no discriminación en el empleo de forma contraria a como alabábamos en la constitución, por cuanto enumera, claro que no taxativamente, actos de discriminación, los cuales no abarcan a cabalidad todas las situaciones que pueden dar lugar a la discriminación, en un sentido contrario se manifiesta la Dirección del Trabajo, quien cree la actual definición legal de los actos de discriminación constituye un importante avance para el ordenamiento jurídico chileno, pues configura un tratamiento de derecho a la no discriminación en concordancia a las normas internacionales, sin embargo concordamos con ella en el sentido que la lectura del artículo 2° a la luz de la constitución, tomando en cuenta la eficacia de los derechos fundamentales, debe tener una lectura que abarca el sentido de garantía constitucional y si bien actos de discriminación, como la orientación sexual no se encuentra incluido en el artículo en comento, si se puede establecer que lo comprenda la Constitución Política de la República en el artículo 19 n°16, en este sentido los profesores Lizama y Ugarte, plantean que debe entenderse en el sentido de que el Código del Trabajo simplemente ha reforzado en el ámbito legal la prohibición de discriminación respecto de aquellos criterios potencialmente más frecuente, de distinción de trato en el ámbito laboral⁵⁹. En este mismo orden se ha manifestado la Dirección del Trabajo señalando que, de no entenderlo así, se debería concluir, por ejemplo, que tratándose de la discriminación por preferencia u opción sexual (minorías sexuales), o por apariencia física, no serían conductas discriminatorias y por tanto reprochables jurídicamente, cuestión que evidentemente no resiste análisis alguno. A igual conclusión se llegaba respecto de la discriminación por embarazo de la madre trabajadora o por ser el trabajador o trabajadora portador del virus VIH o por discapacidad, antes de las regulaciones que prohibieron expresamente su utilización como motivos de diferenciación.⁶⁰ O sea que si bien no lo expresa el artículo mismo se debe entender incluida la orientación sexual basada en las normas constitucionales.

⁵⁹LIZAMA, Luis; UGARTE, José Luis Op, cit número 50, p.239.

⁶⁰Dirección del Trabajo, dictamen N°3.704/134 de fecha 11 de Agosto de 2004.

3.1. UNA LECTURA ADMINISTRATIVA DEL ARTÍCULO 2º DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

La lectura del artículo 2º resulta interesante a la luz de los dictámenes de la Dirección del Trabajo, teniendo en consideración que son fuente de esta área, como jurisprudencia administrativa, así, su categorización como derecho fundamental otorga al derecho a lo no discriminación un contenido preciso e ineludible, propio de este tipo de garantías, al constituirse en límite a los poderes empresariales, o sea este derecho de no discriminación viene sobre todas las cosas a tener asidero donde más se necesita, vale decir en la empresa misma donde se está proclive a sufrir algún tipo de discriminación, que por cierto mirado desde el código no tendría asidero, pero haciendo una lectura armónica con el ordenamiento jurídico podemos establecer que se trata de una conducta discriminatoria y debemos entender que, las situaciones de discriminación obedecen no ya a situaciones meramente irrazonables o arbitrarias sino que por sobre todo odiosas e indignas, que suponen la identificación del afectado ya no como diferente sino como inferior y sometido. En definitiva las situaciones de discriminación recogidas por la legislación interna y la internacional, denotan una clara e inequívoca toma de postura del orden social contra determinados y específicos tratos desiguales entre seres humanos⁶¹.

Por lo tanto, cabe hacer presente nada más que la no discriminación como principio y norma, vale decir, fuente y límite, que regula en derecho del trabajo la relación laboral, que tiene un asidero práctico indispensable, que se debe tener a la vista para analizarlo a la luz de la Constitución puesto que tiene un prisma mucho más amplio que la ley, y así, redundando en las ideas anteriormente expuesta, una protección efectiva de cualquier atentado por cualquier conducta que atente contra el derecho a la no discriminación. En este sentido la doctora Acnés Pardell Vea, nos dice que se trata a la vez, de un principio que supone una obligación y un límite a los poderes públicos y, como derecho subjetivo está asimilado a un derecho fundamental dotado de las máximas garantías⁶². Debemos entender entonces, esta numeración del artículo 2º como ejemplificadoras y en ningún caso como taxativas; a mayor

⁶¹Dirección de Trabajo, dictamen N°2210/035 de fecha 10 de Junio de 2009.

⁶²PARDELL VERA, Agnés, *La igualdad ante la ley*, en informes y estudios en las relaciones laborales, editorial del Ministerio del Trabajo y asuntos Sociales de España, Madrid 2004 p. 41.

abundamiento, Pardell nos señala que una característica importante reconocida a los derechos fundamentales, por la doctrina contemporánea, es su indivisibilidad. Esta se basa en una coherencia jurídica e intrínseca en relación con el conjunto de derechos fundamentales de la persona y que aspira a afirmar una obligación general del estado, del poder político cual es la de garantizar el disfrute efectivo de todos los derechos al ser considerados como esenciales⁶³, o sea que no sólo los prescriba sino que se preocupe de garantizarlos en la vida diaria, en nuestro caso en la empresa.

3.2. UNA VISIONARIA LECTURA DE ALGÚN JUEZ EN ALGÚN MOMENTO.

A mayor abundamiento existe un fallo del tribunal del Trabajo de Rancagua el cual expone: “Interpretando de esta forma el artículo 2° del Código del Trabajo (de forma extensiva con el 19 N°16 de la CPR) es posible proteger laboralmente de toda discriminación por razón de sexo a quienes pertenezcan a una minoría sexual, lo que es concordante con tratar de evitar que se produzcan actos de discriminación por razón de sexo, protegiendo de manera efectiva los derechos fundamentales de las personas, toda vez que de no entenderlo así, implicaría dejar sin protección a un grupo de la sociedad civil, dando lugar a los actos de discriminación que la misma Carta Fundamental ordena erradicar”⁶⁴.

Llama la atención como esgrime un concepto amplio conteste con los dictámenes de la dirección del trabajo, es del todo loable el intento por cubrir este tema con una interpretación tan acabada de la materia que solo muestra un desarrollo intelectual del ente jurídico operante, en otras palabras, solo agradecer la preocupación intelectual por este tipo hermenéutica.

Hay otros casos que de soslayo intentar dar lugar a una interpretación amplia de materia pero nunca con la claridad que nos depara esta sentencia.⁶⁵

⁶³PARDELL VERA, Agnés, Op. cit número 57, p.46.

⁶⁴Causa Rol 92.771-2007.

⁶⁵ Vease las causas: RIT T-46-2010 del juzgado de letras del trabajo de Temuco; T-220-2010 del primer juzgado de letras del trabajo de Talca.

4. PROTECCION JURIDICA DE LA DIVERSIDAD SEXUAL FRENTE ACTOS DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.

Ante la discriminación sufrida por un trabajador, es importante señalar cuales son las posibilidades que tiene un trabajador de hacer imperar su derecho a la no discriminación, en tal sentido se vuelca el siguiente análisis que tiene todo trabajador haciendo hincapié los trabajadores que forman parte de la diversidad sexual.

4.1. MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN LA ETAPA DEL PROCESO DE SELECCION.

Es importante traer a colación la compleja realidad que vive toda la población integrante de la diversidad sexual, las condiciones analizadas, y las distintas formas de vida que inician en un momento de su vida, su forma de desenvolverse y desarrollarse dentro de una sociedad a todas luces marcada por la discriminación. En todo el *iter* contractual se puede dar la discriminación, lamentablemente nuestro legislador sólo ha pensado en la discriminación cuando ya se encuentra establecida la relación laboral, no antes ni después de la misma, sin embargo hay un proyecto de ley que pretende sancionar la discriminación en el *iter* pre contractual de la misma relación, cosa que nos parece loable desde cualquier punto de vista que se mire, el proteger íntegramente frente a cualquier ápice de atropello de los trabajadores por algún acto u omisión irracional nunca es del todo suficiente, sin embargo esta propuesta es sólo un proyecto de ley que seguirá durmiendo en el congreso⁶⁶.

Al respecto debemos tener presente el artículo 2° del Código del Trabajo, antes tratado, en cuanto prohibición absoluta de discriminación, sin embargo como lo plantea el profesor Caamaño, el empleador, previo al nacimiento de la relación laboral, goza de una amplia libertad de contratación, lo que le permite determinar a cuántos y a quienes contratará de

⁶⁶Mensaje N° 315-352 de fecha 14 de marzo de 2005.

acuerdo a su proyecto como empresario, lo que naturalmente puede generar conflictos o tensiones con la prohibición de no discriminación en el empleo que el derecho debe resolver⁶⁷. Creemos que el empleador, sin embargo, se encuentra limitado por el principio de igualdad de trato del artículo 19 N° 2 de la CPR; y por la prohibición de discriminar directa o indirectamente a los candidatos a un puesto de trabajo del artículo 19 N° 16 de la CPR; y los artículos 2° y 5° de Código del Trabajo.

Tenemos en tanto que recurrir a la doctrina para compeler las acciones prudentes frente a este tipo de discriminación. En primer término se propone el recurso de protección, según los profesores Lizama y Ugarte, que nos dice que el mecanismo más poderoso que tienen los trabajadores en defensa de sus derechos fundamentales⁶⁸. Por otro lado, el profesor Caamaño agrega que, es la jurisprudencia la que ha interpretado de forma restrictiva el artículo 20 de la carta fundamental en el sentido que sólo habla de la libertad de contratación, la libre contratación y libertad de elección, y no hace referencia al inciso tercero del artículo 19 N° 16 de la CPR. Sin embargo no significa que pueda afirmarse categóricamente la exclusión del recurso de protección como posible acción a iniciar como recurso en este plano del *iter* contractual ya que sería procedente fundándose en la garantía del 19 N°2 de la CPR⁶⁹. El profesor Gamonal agrega que la garantía del 19 N°16 de la CPR es tan amplia como para agregar, que si un ciudadano con méritos suficiente en términos de capacidad personal no accede al mercado de trabajo, por ejemplo por sus opciones de vida personal, resulta difícil sostener que goza plenamente de libertad de trabajo⁷⁰.

Por otro lado, para continuar con el análisis de los medios en la etapa precontractual, tenemos las acciones administrativas; estas recurriendo a las disposiciones generales que establece la legislación laboral, en cuanto puede recurrir a la inspección del trabajo competente para que

⁶⁷CAAMAÑO ROJO, Eduardo, Op. cit número 37, p.107.

⁶⁸LIZAMA, Luis; UGARTE, José Luis Op, cit número 50 p.179.

⁶⁹CAAMAÑO ROJO, Eduardo, Op. cit número 37, p.110.

⁷⁰GAMONAL, Sergio, *La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución*, Revista Laboral Chilena, enero 2004, p.62.

tal servicio fiscalice de acuerdo al cumplimiento de la legislación laboral en la empresa que habría realizado un acto discriminatorio⁷¹.

Cabe analizar una acción civil según las reglas generales, por cuanto como sabemos el artículo 2° del código del ramo, no otorga una acción directa de indemnización al trabajador afectado, teniendo presente que si sería posible un resarcimiento a los prejuicios ocasionados⁷².

4.2. LEY ZAMUDIO ¿APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES?

Lo importante acá es saber si esta ley sirve para atender casos de discriminación por orientación sexual en sede laboral. Recordemos pues que las multas impuestas por esta ley no tienen un carácter resarcitorio para el discriminado, sino a beneficio fiscal. A pesar de ser una muy buena iniciativa, es el propio artículo 6° de la ley 20.609 la que excluye dicha posibilidad al establecer que: *No se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria en los siguientes casos:*

a) Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

Cabe cuestionarnos que sucede en el caso de ser rechazado tal recurso o desistido, como lo expresa la norma en el los casos anteriores, es decir cuando no ha sido declarado admisible o ha desistido el trabajador, en tal sentido, creemos que es perfectamente posible que el trabajador pueda recurrir en acción antidiscriminación de forma subsidiaria; esto por la

⁷¹Sin embargo creemos que no es la solución adecuada, en tanto no otorga un resarcimiento para el trabajador discriminado.

⁷²Específicamente entendemos, como lo plantea el profesor Caamaño en, Op. cit número 37, p. 115 que es la acción de responsabilidad civil extracontractual la más adecuada en cuanto basta para aquella la prueba de la culpa y no lo engoroso que sería probar el dolo en materia contractual. Sin embargo la larga duración del proceso y el gasto que merece este tipo de acciones nos dejan con una desazón importante al momento de pensar en las soluciones para el trabajador discriminado.

amplitud y los términos de la ley, en forma tal que intenta cubrir todos los ámbitos de la persona en la sociedad chilena.

En opinión del profesor Caamaño, estima que frente a la discriminación en los procesos de selección, ya entendemos que la ley laboral no da ninguna respuesta, por lo que esta ley ofrecería alguna esperanza, sin embargo luego de su planteamiento nos deja ver que las dificultades procesales, de prueba y de resarcimiento que derivan de la acción, aunque no descarta que sería una buena herramienta en el sector público, donde se ha negado una vía de tutela conforme al código del trabajo.

En todo caso, desde una apreciación netamente personal, creo fielmente que esta ley no tiene sentido alguno, que sin duda un procedimiento de tutela viene a ser mucho más efectivo que esta ley sustancialmente en tres aspectos: Por la especialidad del procedimiento; por la gratuidad de la asesoría letrada en tal aspecto, a través de la defensoría laboral pública y sobre todo por el resarcimiento para el discriminado en el empleo.

4.3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL.

Es en este momento donde cobra una importancia significativa el tema de la discriminación porque pensamos que los trabajadores están prestando un servicio personal, que pasa varias horas de su vida dentro de la empresa, que debe convivir con un grupo de personas que tal vez no conoce y sobre todas las cosas someterse a una relación de subordinación y dependencia por parte del empleador⁷³. A este último está dirigida toda la normativa de prohibición de discriminación⁷⁴.

Tenemos acá la acción de protección, sin embargo esgrimimos los significativos riesgos que se corre ante la posibilidad, en términos tales que implicaría en la estabilidad laboral, así como lo engorroso que resulta ser, a pesar de no precisar abogado, y que en la práctica se ha vuelto un

⁷³En este sentido, TORRES, César, *Acción de Tutela de Derechos Fundamentales y Despido Indirecto*, en Revista Laboral Chilena, Diciembre 2011, p78.

⁷⁴Véase artículo 5°; artículo 2° inciso 8°; artículo 194 inciso 4° todos del Código del Trabajo.

sistema burocrático, debido a la regulación de los autos acordados de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado cabe mencionar, como lo hacen los profesores Lizama y Ugarte que el costo económico que implica para un trabajador recurrir por esta vía que no tiene por objeto obtener una compensación económica o pecuniaria⁷⁵.

Desecharemos la idea de una acción antidiscriminación de la llamada ley *Zamudio*, a menos que se espere ser un mártir en la lucha y se quiera sensibilizar a la población en general y ser una suerte de justiciero en estas causas.

Creemos prudente agregar como rango de mayor significancia la acción de tutela de derechos Fundamentales, introducida por la reforma a la justicia laboral, en cuanto pretende tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores de forma omnicompreensiva, en cuanto resulten lesionados en ejercicio de las facultades empresariales. Es acá donde el estado ofrece a los trabajadores una acción especial, con un procedimiento especial que permite resguardar los derechos y garantías de los trabajadores⁷⁶; y es por cierto acá donde se refuerza absolutamente la idea de la ciudadanía en la empresa⁷⁷.

Según las reglas del artículo 486 del Código del Trabajo, dispone que: *Cualquier trabajador que invocando un derecho o interés legítimo considere lesionados derechos fundamentales, en el ámbito de las relaciones jurídicas, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral podrá recurrir su tutela por este procedimiento.* Esta acción está condicionada a un plazo y forma, y sobre todo, la doctrina y jurisprudencia está conteste en que, este artículo está pensado sólo para tutelar un momento específico del *iter* contractual, el que estamos analizando.

La acción que puede afectar los derechos fundamentales el polimórfica pero debe tener como resultado restringir desproporcionadamente los derechos fundamentales protegidos de los

⁷⁵LIZAMA, Luis; UGARTE, José Luis Op. cit número 50, p.178.

⁷⁶TORRES César, Op, cit número 67 p.82.

⁷⁷DE FERRARI, Francesca, *Derechos Fundamentales y el procedimiento de tutela de Derechos Laborales*, en Manual de Consultas Laborales y Previsionales, editorial Lexis Nexis, Santiago 2008. P 15-30.

trabajadores. El profesor Gamonal agrega que debe haber un cercenamiento al contenido esencial.⁷⁸

Esta acción tiene como características:

- Un plazo de sesenta días desde que se ha producido la vulneración respectiva.
- Es incompatible con el recurso de protección.
- Sólo protege los derechos previstos en el 485 del código del trabajo.
- Es compatible con otras acciones de naturaleza laboral que pueden y deben ser interpuestas en la misma causa.

Esta acción tiene como garantías los llamados alivios o rebajas probatorias del trabajador afectado, en este sentido, el profesor Ugarte nos señala: es el artículo 493 del código del trabajo que nos da muestra de esta garantía, en cuanto establece:

“Cuando los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”

No se trata pues de un caso de inversión de la carga de la prueba⁷⁹, la víctima debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la conducta lesiva, si bien no discrepa del todo con la aplicación del procedimiento general, tiene acogida en el sentido de la carga material de la prueba, por cuanto despliega su eficacia cuando en el litigio no ha quedado acreditado algún hecho relevante, de forma tal que los hechos permanentes inciertos o dudosos, se habrán de desestimar las pretensiones de la parte a quien correspondía su acreditación probatoria⁸⁰.

Por otro lado se mengua la prueba a la víctima en cuanto debe acreditar la existencia de indicios, y estos dicen relación con los hechos que han de generar en el juzgador al menos la

⁷⁸ GAMONAL, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, editorial Lexis Nexis, Santiago 2007 p 21.

⁷⁹ Es una regla de juicio que opera en la etapa de construcción de la sentencia hecha por el juez, en la decisión judicial del fondo del asunto.

⁸⁰FRAGA, Enrique, *La prueba en el proceso del trabajo: novedades de la ley de enjuiciamiento civil*, en AAVV, el proceso Laboral, lex Nova España N°14, julio 2007, p384.

sospecha fundada de que ha existido la lesión de derechos fundamentales. No versa sobre el hecho principal que se quiere probar, sino solamente en la duda⁸¹.

Siguiendo al profesor Ugarte⁸², lo primero que debe hacer un juez es determinar si la conducta del empleador interviene un derecho fundamental del trabajador de aquellos que están protegidos por la acción, o sea un deslinde del derecho en cuestión, lo que se conoce con el nombre de ponderación. En nuestro caso la discriminación por orientación sexual; para luego aplicar el principio de proporcionalidad, interpretando de manera constitucional los derechos fundamentales⁸³.

A nuestra fortuna, el procedimiento de Tutela introducido por la reforma aún se encuentra en marcha y esperamos que siga siendo una forma efectiva de resguardar los derechos de los trabajadores de forma efectiva, con esto queremos señalar, que a pesar de las falencias presentadas hasta el momento, entendemos que en un Chile próximo los jueces tengan la valoración suficiente de lo que implica un derecho fundamental y lo interprete de tal forma.

4.4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN FRENTE AL TÉRMINO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL.

Nos queda analizar las formas o medios que tiene el trabajador al término de la relación laboral. Desde luego cabe precisar que el despido puede fundarse en cualquiera de las causales que reconoce para este efecto el código del trabajo, artículos 159 y siguientes. Sin embargo podría estar suscrito a un tipo de discriminación que debe ser emprendido, en cuanto prueba por el trabajador. Si el empleador considera que la orientación sexual de una persona o su identidad de género no corresponden a lo que el “necesita” para su empresa lo que está haciendo es distorsionar las causales de término de contrato establecidas por el legislador⁸⁴. Ante tal situación creemos que el trabajador debe recurrir al procedimiento de tutela de

⁸¹ A esta técnica legislativa se ha denominado principio de prueba. Principio de prueba que pone en manifiesto un motivo oculto de algún acto.

⁸² UGARTE, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, editorial lexis Nexis, Santiago, p49 y ss.

⁸³ Acá aludimos al principio pro homine; principio de posición preferente de los derechos fundamentales y el principio de interpretación conforme a la constitución.

⁸⁴ En este sentido el profesor Caamaño en Op, cit número 37 p.136.

derechos fundamentales establecido en el artículo 489 del código del trabajo, donde se establece que la lesión de derechos fundamentales se hubiese producido con motivo del despido, a diferencia de la acción del 485 acá entrega la legitimación activa sólo al trabajador afectado⁸⁵.

Además la norma establece que si es despido es por un acto discriminatorio del inciso cuarto es calificado como grave, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el artículo 489 del mismo cuerpo legal. Acá como lo plantea el profesor Silva debe existir una conexión directa entre la tutela y el despido injustificado, de modo que podríamos decir que si el tribunal acoge la primera, no sólo se estaría reconociendo la vulneración de un derecho fundamental, sino que al mismo tiempo la “injustificación” de dicho cese contractual⁸⁶.

Creemos oportuno realizar una gran crítica a nuestro legislador en este aspecto, en cuanto el artículo 486 en su inciso 6° ordena la mediación obligatoria realizada por la inspección del trabajo entre el trabajador y el empleador que ha lesionado un derecho fundamental de la persona/trabajador. En esta oportunidad creemos que al ser obligatoria la mediación de un derecho fundamental está pasando por alto la supremacía de los derechos fundamentales, y está siendo sometiendo por el sistema a pormenorizar el trato que merecen cualquiera sea los derechos que el ordenamiento jurídico los ha reconocido de forma constitucional, y no conforme con eso le ha dado un tratamiento más profundo a nivel de empresa, en tal sentido piénsese en el recurso de protección ¿será que también debiese pasar por una mediación previa?

Cabe precisar si existen otras formas o mecanismos frente al término de la relación laboral como el autodespido o despido indirecto. En este sentido seguiremos al profesor Torres⁸⁷, quien plantea que es perfectamente posible conciliar la acción de tutela de derechos fundamentales con el autodespido del trabajador regulado en el artículo 171 del código del

⁸⁵En el artículo 485 incluso podría la organización sindical ser parte de este procedimiento.

⁸⁶SILVA IRARRÁZAVAL, Luis, *Supremacía constitucional y tutela laboral*, en Revista de Derecho vol. XXIV N°1 Julio 2011.

⁸⁷TORRES, César, Op, cit número 67 p.81.

trabajo; para tal conclusión se basa en la letra de la ley que no contiene prohibiciones a este respecto. En este mismo sentido se ha manifestado sentencia del magistrado Flores Monardes en cuanto nos dice que: el instituto de la extinción del contrato por decisión del trabajador, denominado comúnmente autodespido o despido indirecto, en una exégesis que puede ser literal sino teleológica y armónica, permite concluir que la figura de que se trata, está comprendida en la norma del artículo 489 del Código del Trabajo⁸⁸, y luego esgrime ciertas razones jurídicas por las cuales debiese entenderse comprendido; en todo caso al tratar el despido, creemos que el legislador está incluyendo el despido indirecto.

5. LA REALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL EMPLEO.

5.1. LA TRANSACCIÓN DE DERECHOS COMO TRISTE REALIDAD OPERANTE FRENTE ACTOS DISCRIMINATORIOS.

La diversidad sexual ha intentado recurrir de distintas formas al aparato estatal en cuanto intentan hacer valer su derecho a la no discriminación, sin embargo los factores de visibilización de la orientación sexual, la búsqueda de un nuevo trabajo para vivir, y la familia hace que muchas veces se entrampe la situación como para recurrir ante los tribunales de justicia a hacer valer un derecho fundamental. Encontramos en la jurisprudencia casos abiertamente discriminatorios hacia personas que forman parte de esta diversidad GLBTTI (Gay, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros, intersexuales).

Sin embargo como en la mayoría de los casos esto termina con un transacción judicial para evitar el escándalo público que sería ventilar la orientación sexual; como sucede en el caso caratulado Dirección Regional del Trabajo con Eulen seguridad S.A⁸⁹ del Tribunal Laboral de Valparaíso, en cuanto la trabajadora discriminada por su orientación homosexual fue sometida a brutales tratos por parte de la empleadora, lo que lleva a demandar, terminando en una transacción judicial. Nos parece, en todo caso, una alternativa, no la mejor, por cuanto creemos fielmente que los derechos fundamentales no se transan, pero entendemos que la

⁸⁸Sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago causa RIT: T-11-2009.

⁸⁹Causa RIT T-66-2010 del Tribunal Laboral de Valparaíso. En este mismo orden encontramos la causa RIT T-11-2011 que termina con conciliación total realizada por el mismo tribunal.

trabajadora no quisiera continuar con su demanda. En este sentido criticamos fuertemente el sistema que permita la transacción en un tema esencial dentro de un ordenamiento jurídico.

Es importante señalar que en general la diversidad sexual se ha visto presionada por la sociedad, el miedo incommensurable a la discriminación hacen transar sus derechos, he ahí nuestra crítica para con el sistema.

En una entrevista al diario electrónico *opus gay*, la trabajadora lesbiana identificada como Violeta nos cuenta: *“quedarme con un millón de pesos es mucho más rápido cómodo y nadie se entera que fui discriminada por lesbiana, entiendo que podría obtener mucho más dinero porque la discriminación durante años fue macabra, pero tengo sobrinos, y este tipo de cosas siempre terminan en la prensa no como trabajadora discriminada sino como: marimacho sufriendo como teleserie venezolana”*⁹⁰

5.2. EL ACOTADO CRITERIO JURISDICCIONAL.

En este mismo orden de ideas encontramos la sentencias que si bien dan lugar a tramitación, el tribunal termina desestimándolas por falta de pruebas, donde creemos que, independiente de la causa que se trata debe tener ciertos criterios el juez por tratarse de un asunto de derechos fundamentales; es lo sucede en causa Quezada con Sociedad de Créditos comerciales S.A.⁹¹ donde el actor es despedido por un orientación sexual en el fondo, disfrazando las causales de despido en un artilugio jurídico y en el caso en cuestión, imponiéndole una carga más de fraude en el término de la relación contractual. En este caso en particular, creemos que el juez erra al interpretar restrictivamente las pruebas⁹², dando un valor incommensurado a lo no probado. Leemos al respecto:

⁹⁰Véase en <http://opusgay.cl> consultada el 2 de febrero del 2013.

⁹¹Véase en: <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2009/12/tutela-2do-jlt-santiago-25112009-se.html>; lo mismo ha confirmado la Corte Suprema en: http://vlex.com/vid/-212236343?ix_resultado=35.0&query%5Bbuscable_id%5D=150&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bpage%5D=4&query%5Bq%5D=orientaci%C3%B3n+sexual, consultado el día 13 de Junio de 2002.

⁹²En este sentido creemos que la correcta interpretación que debe darse en estos casos es la atingente a los derechos fundamentales como lo señala el profesor Ugarte en *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Editorial Legal Publishing, del año 2009 p.57.

“Que no obstante lo expresado en el motivo anterior, no existen indicios suficientes para estimar que el despido del actor estuvo vinculado de alguna forma a su posible orientación sexual y ni siquiera al incidente ocurrido el día 27 de marzo de 2009, puesto que no está controvertido que el actor aceptó, con posterioridad, un traslado de sucursal que se materializó el día 5 de junio último, sin que se haya allegado a estos autos ningún indicio de hostigamiento en la nueva sucursal por parte de sus superiores, por lo que no se observa cómo incide la figura discriminatoria en el despido del actor.”

En la sentencia el Juez no hace otra referencia al tema de los derechos fundamentales, pasando de inmediato a la acción subsidiaria de despido injustificado que pretende la actora. Creemos que hay una falta grave, imperdonable, para el juez titular que sin más continúa con su sentencia pasando por alto las normas que fundan nuestro ordenamiento jurídico por sobre el poder económico que creemos es lo que le importa a este juez.

A mayor abundamiento tenemos el caso de la profesora Sandra Pavés⁹³ que no pudo volver a dar clases de religión por su orientación sexual, si bien la desvinculación proviene de la petición de la iglesia católica, no podemos olvidar que esta mujer ejercía un trabajo en el establecimiento educacional, y al ser desvinculada del mismo interpone un recurso de protección, al que por unanimidad la corte rechaza. El fallo se básicamente descansa en la idoneidad laboral de la profesora para entregar la cátedra, y se basa en aspecto procedimentales y de forma como lo establece el profesor Viera⁹⁴ “Que la persona tiene una dimensión espiritual que informa su existencia; Que los principios que inspiran las líneas de acción del actual Gobierno, se basan en valores morales y espirituales propios de nuestra tradición cultural humanista occidental: Que la educación tiene como uno de sus objetivos fundamentales alcanzar el desarrollo del hombre [persona] en plenitud. Posteriormente, para los efectos que aquí interesa, el texto que se analiza dispone en su artículo 9° lo siguiente: El profesor de religión, para ejercer como tal, deberá estar en posesión de un certificado de idoneidad otorgado por la autoridad religiosa que corresponda, cuya validez durará mientras

⁹³Sentencia rol 6853-2007 de la Excelentísima Corte Suprema, fecha 17 de Abril de 2008. Cabe mencionar el caso de César Contreras, ex policía despedido de sus labores luego de revelar su orientación sexual, véase en: <http://www.radiomitos.cl/magazin/?p=7891>

⁹⁴VIERA ÁLVAREZ, Cristián, *Vida privada e idoneidad profesional*, Jurisprudencia al Día, editorial Lexis Nexis, 25 de Junio al 8 de Julio de 2008, p.1.

esta no revoque, y acreditar además los estudios realizados para servir dicho cargo (...) en los motivos cuarto al séptimo resulta claro que la conducta desplegada por el recurrido no desborda en modo alguno el marco regulatorio legal atinente al caso, sino más bien se ha ceñido a él cumpliendo así los objetivos previstos por la norma que entrega a la Iglesia respectiva el control y evaluación para el otorgamiento y mantención del certificado de idoneidad de que trata este análisis.”

Como señala el abogado Alfredo Morgado⁹⁵, la situación es doblemente dramática, porque la Corte ha dicho también que la Iglesia y no el estado tienen competencia para estas áreas, aun cuando existe separación entre ambas instancias desde 1925 y aun cuando se trate de colegios laicos, lo que concordamos plenamente.

5.3. UNA REVOLUCIÓN JURISDICCIONAL ANTICIPADA.

En un sentido un poco más esperanzador encontramos la sentencia causa Rol 92.771-2007 de un visionario juez de Rancagua, que ya antes de la reforma procesal laboral estimaba que los derechos fundamentales eran parte de la vida del trabajador dentro de la empresa y lo declara en el caso de un trabajador transexual de la Universidad de Rancagua, el cual hace un análisis del artículo 2° del código del trabajo, en cuanto estima omnicompreensivo del artículo 19 N°16 de la CPR en este sentido leemos: *El concepto de discriminación por razón de sexo sólo la pura y simple constatación de la persona perjudicada-si es hombre o mujer- sino de englobar, también las condiciones o circunstancias relacionadas con la identidad sexual u orientación sexual de la persona. Interpretando de esta forma el artículo 2° del código del trabajo es posible proteger laboralmente de toda discriminación por razón de sexo a quienes pertenezcan a una minoría sexual, lo que es concordante con tratar de evitar que se produzcan actos de discriminación, protegiéndose de manera efectiva los derechos fundamentales de la persona humana, toda vez que no entenderlo así implicaría dejar sin protección a un grupo de la sociedad civil. Dando lugar a los actos de discriminación que la misma Carta Fundamental ordena erradicar*⁹⁶.

⁹⁵Véase en: http://www.enkidumagazine.com/art/2008/200408/a_2004_001_a.htm, consultada el día 2 de Agosto de 2012.

⁹⁶Juzgado del trabajo de Rancagua causa rol 92.771 de 2007.

Si bien cierto que engloba la identidad de género en el concepto de sexo, es lisa y llanamente para soslayar el posible problema interpretativo de la restricción del artículo segundo, sin lugar a dudas este juez comprende, como se ha estado tratando a lo largo de este trabajo lo que debemos entender por una sociedad inclusiva que interpreta correctamente y de forma armoniosa un ordenamiento jurídico más justo y menos discriminatorio, pero entendemos que no hay ningún problema en interpretar omnnicomprensivamente el artículo segundo del código del ramo a la luz del artículo 19 N°16 de la CPR integrando una nueva categoría; la orientación sexual e identidad de género.

Animo pues para toda la comunidad perteneciente a la diversidad sexual que aun hay esperanzas de encontrar jueces con criterio.

CONCLUSIONES

Es un tanto triste abordar en pocas palabras lo que ha suscitado este espacio, es triste ver la realidad de vulnerabilidad en que se encuentra la comunidad GLBTTI (Gay, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros, intersexuales) en cuanto problema sociocultural que no se encuentra reconocido como aquel grupo intermedio que habla nuestra constitución. Es realmente vergonzoso como parte del sistema, enunciar el retardo en el desarrollo de herramientas efectivas que lleven a compatibilizar la vida de una persona con su trabajo, y especialmente la aquellos y aquellas que intentar vivir fuera o dentro de la comunidad socio política como un ser que no calza en los cánones sociales hegemónicos.

El esfuerzo de la doctrina nacional se ve reflejado en los distintos proyectos de leyes que aún duermen en el congreso nacional, las acciones fracasadas en el poder judicial, lo poco prodigioso que han sido los jueces a la hora de aplicar el resarcimiento del imperio del derecho a un ciudadano o ciudadana que ha sido afectado por la fuerza económica del empresario. La poca y nada visibilización del tema y la representación social como la lacra social estigmatizada por el sida, y la no enfermedad del travestismo inmaculado como un pecado inmortal.

El derecho en general, y el del trabajo en particular ofrecen una gama de posibilidades para enfrentar esta crisis social, sin embargo, al analizar tales alternativas, vemos como la esperanza se ve disminuida; el recurso de protección no resarce los perjuicios, que nos lleva a una acción civil que durará largos años en un tribunal y el peso de la carga de la prueba, de la culpa, en su caso, etc. Nos lleva a concluir lo difícil que podría ser establecer el imperio del derechos que creemos reclama fuertemente una atención. La acción de la nueva ley antidiscriminación que sólo vela por una multa al ente discriminador, no así se preocupa de resarcir el mal causado, ni mucho menos está pensada para el caso de los trabajadores, es más se encuentra excluida, en cierto modo consideramos que se podría utilizar en la etapa precontractual.

¿La acción de tutela de derechos fundamentales? Un buen esfuerzo, pero ¿Y en la etapa precontractual? No cabe acción alguna directa. El sistema nos parece del todo incompleto.

A pesar de lo dicho, reconocemos que el sistema en sí, para las etapas protegidas cuentan en gran medida con un esforzado legislador y una enriquecedora doctrina que ha dado desarrollo al procedimiento, en cuanto prueba indiciaria, y sus efectos, así como una interpretación constitucional de las derechos apartándose de la clásica interpretación civilísima; el gran problema es la hecatombe los tribunales laborales que no interpretan de tal forma y muchas veces se olvidan de principios básicos de esta área del derecho, entre otros el *indubio pro operario*. Esperamos con indubitada fe que esto tome buen curso con el devenir de los tiempos postreros.

Se agradece a nuestro legislador el esfuerzo alcanzado con el sistema, pero es ineficiente en la etapa más importante. En cuanto a su aplicación no es posible bajo ningún respecto una mediación, nos parece del todo reprochable. Es más somos severos al afirmar que ningún derecho fundamental es por si capaz de integrar un marco de protección que pase por la voluntad de las partes, los derechos fundamentales, consideramos pues, son de la magnitud tal que de estar denostados deben recuperar de la forma más expedita posible su restablecimiento.

Atendamos pues al marco legal que establece estos derechos, en cuanto declaración de principios, resultan ser bastante interesante, bastante agradecido de todo lo que se enuncia, sin embargo desgastado por el transcurso del tiempo las personas ya no confían en las instituciones. No creen en el estado como garante de sus derechos, la comunidad en general está con un sentimiento de descontento social y ya no por ignorancia, sino porque las acciones no sirven en la práctica.

En particular la comunidad GLBTTI no denuncia simplemente, porque el sistema no está pensado en la confiabilidad de la privacidad, no está pensado en personas con familia de él o ella hacia atrás, no está pensado en que luego de tal juicio debe buscar otro trabajo para vivir. No está pensado como mitigador de los atropellos frente a una orientación o identidad de género distinta. Por otro lado la realidad dista mucho de este conjunto de derechos que hemos analizado en este trabajo, lo cierto es que la inspección del trabajo desconoce estas situaciones, no les da el tratamiento que merecen, se inclinan sólo por el cobro de prestaciones como algo mecánico y sin sentido alguno. Las defensorías laborales, con todo el respeto que merecen en su labor se atochan con el trabajo dado, quizás el numero de funcionarios o algún otro motivo evitan utilizar la tutela, es triste ver en la praxis las pocas posibilidades que tienen de prosperar estas acciones que la comunidad no conoce.

Sigamos pues en esta constante lucha, no nos cansemos de generar el derecho que merecemos y no una dádiva del estado.

“No nos cansemos pues de hacer el bien que a su tiempo segaremos si no hubiésemos desmayado” (Galatas 6;9)

FUENTES

1. JURÍDICAS

Constitución Política de la República de Chile.

Carta Democrática Interamericana.

Declaración universal de Derechos humanos.

Pacto internacional de Derechos civiles y políticos.

Pacto internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales.

Convención americana sobre Derechos humanos “Pacto de san José de Costa Rica”.

Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convenio N° 100 de la OIT de 1951 sobre la igualdad de remuneración.

Convenio N° 111 de la OIT de 1956 sobre la discriminación en el empleo y ocupación.

Convenio N°156 de la OIT de 1981 sobre trabajadores con responsabilidad familiar.

Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Código del Trabajo.

Ley 19.9779 sobre no discriminación por VIH/SIDA.

Ley 19.609 que establece medidas contra la discriminación.

2. BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Gonzalo, *La responsabilidad por vulneración de Derechos Fundamentales y el reconocimiento del principio de supremacía de dichos derechos*, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte año 16 N°1, 2009.

AGUILAR, Gonzalo, CONTRERAS, Cristian, *El Efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile*, Revista Ius Praxis Vol. 13 N°1, 2007.

ALONSO BRAVO, Milagros, *La organización del trabajo en la empresa y el principio de no discriminación*, ponencia general en el XV congreso nacional del Derecho del Trabajo y la seguridad Social, Madrid 2004.

ALVEAR TELLES, Julio; COVARRUBIAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: un análisis de los errores de la legislación antidiscriminación*, en revista Actualidad Jurídica, n°26 del año 2012.

ATUCHA ROSSI, Gabriela, *La discriminación por razones de sexo en el trabajo*, Universidad Adolfo Ibáñez. Viña del Mar, Región de Valparaíso, 2006.

BRONFMAN, Alan; MARTINEZ, Jose; NÚÑEZ, Manuel, *Constitución Política comentada*, editorial Legal Publishing, año 2012, Santiago 2012.

CANO GALÁN, Yolanda, *Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales*, editorial Madrid, 2004.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, editorial Lexis Nexis Santiago 2005.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La Discriminación laboral indirecta*, revista de derecho, Universidad de Valdivia, Valdivia 2001.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, en *Revista de Derecho* Universidad Católica de Valparaíso. Vol XXVII, 2006.

CASTRO, José. “Discriminación en la relación laboral: algunos casos particulares”, en *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo* N°146, 2001.

CAPETILLO GARRIDO, Álvaro, la discriminación de la mujer en el trabajo, en <http://nortederecho.foroactivo.net/t18-discriminacion-de-genero-ambito-laboral>

CARO, Isaac, *Homofobia Cultural en Santiago de Chile*, editorial Flacso, Santiago 1997.

CHIA, Mantak, *El hombre multiorgásmico*, Neo persona, Madrid año 2007.

CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, editorial Astrea, segunda edición Buenos Aires 1995.

CONTARDO, Oscar, *Raro, una historia gay de Chile*, editorial Planeta, Santiago 2011.

CONTENSSE, Jorge, *Simbolismo y Derecho en la ley antidiscriminación*, La semana Juridica, año I n°4, semana del 16 al 20 de julio de 2012.

COVARRUBIAS, Ignacio, *El contrabando de la ley que establece medidas contra la discriminación*, La semana Juridica, año I n°4, semana del 16 al 20 de julio de 2012.

DE FERRARI, Francesca, *Derechos Fundamentales y el procedimiento de tutela de Derechos Laborales*, en Manual de Consultas Laborales y Previsionales, editorial Lexis Nexis, Santiago 2008.

ESPEJOS YASKSIC, Nicolás, *la garantía de la no discriminación y el Principio de igualdad, en cuadernos de análisis jurídico: igualdad libertad de expresión e interés público, serie de publicaciones especiales N°10*, escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Maria Fernanda, *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, editorial la ley, Madrid 2008.

FLORES MARTÍNEZ, Carolina, *Discriminación por orientación sexual*, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile año 2004.

FIGUEROA, Rodolfo, *Igualdad y discriminación*, en *cuadernos de análisis jurídico: igualdad libertad de expresión e interés público, serie de publicaciones especiales N°10*, escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago 2000

FUNDACIÓN IDEAS, *Manual Tolerancia y no discriminación*, Lom. Santiago, Región Metropolitana de Santiago. Santiago 2003.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica ConoSur Limitada. Santiago 1998.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *derecho y trabajo*, editorial legal publishing. Santiago 2010.

GAMONAL, Sergio, *La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución*, Revista Laboral Chilena, enero 2004.

GAMONAL, Sergio, *Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales*, Revista Laboral Chilena, Noviembre 2009.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Cristián -o- RAMÍREZ GEIWIT, Mario, *La segregación laboral en razón del género*, Universidad de Chile. Santiago 2005.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho privado constitucional chileno*, ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 2001.

INSTITUTO ESTATAL DE EDUCACIÓN PARA ADULTOS, *La Corriente de la Vida*, editorial México, México, 2003.

INFORME ANUAL DE DERECHOS HUMANOS, Instituto nacional de Derechos Humanos de Chile. Santiago 2011.

INFORME ANUAL DE MINORÍAS SEXUALES CHILENAS N°4 MOVILH CHILE. SANTIAGO 2005.

MELLA CABRERA, Patricio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Accion de cumplimiento e indemnizatoria*, en Revista Laboral Chilena, Febrero-Marzo 2007.

MELIS, Christian, *Derechos fundamentales y empresa: apuntes para configuración dogmático-jurídica*, anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N°3/2004, Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida, Sociedad Chilena del trabajo y de la seguridad Social, Santiago 2004.

MULLOL ANTONI, Mirabet, *Homosexualidad hoy: aceptada o todavía condenada*, Herder. Barcelona. Barcelona 1985.

LIZAMA, Luis; UGARTE, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, editorial Jurídica Conosur, Santiago.

PALOMEQUE, Carlos Manuel. *Derecho del Trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1998.

PALOMEQUE, Carlos. *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Editorial Civitas, Madrid 1983.

PARDELL VERA, Agnés, *La igualdad ante la ley*, en informes y estudios en las relaciones laborales, editorial del Ministerio del Trabajo y asuntos Sociales de España, Madrid 2004.

RÍOS RAMÍREZ, Catherine, *La discriminación por razón de sexo en las ofertas de trabajo*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso 2006.

ROBLES, Victor Hugo, bandera Hueca, editorial Arcis, año. COMPLETAR

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, editorial jurídica, Santiago 2000.

RODRÍGUEZ MABÁN, Laura Eliana del Carmen, *La infracción a la normativa antidiscriminación en el empleo en la etapa precontractual laboral como fundamento para una acción de indemnización de perjuicios*, Universidad de Concepción. Concepción, Región del Bío-Bío. Concepción 2006.

SCHICKENDANTZ, Carlos, *Cultura, género y homosexualidad: estudios interdisciplinarios*. (1a. ed.), EDUCC. Córdoba. Córdoba 2005.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, editorial Jurídica de Chile, año 2010.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis, *Supremacía constitucional y tutela laboral*, en *Revista de Derecho* vol. XXIV N°1 Julio 2011.

TORRES, César, *Acción de Tutela de Derechos Fundamentales y Despido Indirecto*, en *Revista Laboral Chilena*, Diciembre 2011.

UGARTE, José Luis, *Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras*, en Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Doctrina Chilena y extranjera, editorial Legal Publishing, Santiago 2012.

UGARTE, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, editorial lexis Nexis, Santiago, 2009.

Ugarte, José Luis, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Editorial Legal Publishing, del año 2009.

VARAS CASTILLO, Mario, *el VIH/Sida y el principio de no discriminación en materia laboral*, en *Revista laboral chilena* N°12. Santiago 2004.

VÁSQUEZ AVILA, María Francisca, *La buena presencia como requisito de acceso al empleo y la prohibición de discriminación laboral*, universidad de Talca. Talca 2004.

VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto. *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición. Santiago 1999.

VICENCIO BAZAES, Fernando Sebastián, *Evolución de la jurisprudencia en materia de libertad de trabajo y su vinculación con la acción de protección*, Universidad Adolfo Ibáñez. Viña del Mar, Región de Valparaíso. Viña del Mar 2004.

VIERA ÁLVAREZ, Cristián, *Vida privada e idoneidad profesional*, Jurisprudencia al Día, editorial Lexis Nexis, 25 de Junio al 8 de Julio de 2008.

3. BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA.

<http://www.radiomitos.cl/magazin/?p=7891>

http://www.enkidumagazine.com/art/2008/200408/a_2004_001_a.htm

http://www.acciongay.cl/?page_id=2752

<http://www.mums.cl/2011/05/alerta-ley-antidiscriminacion>

http://vlex.com/vid/212236343?ix_resultado=35.0&query%5Bbuscable_id%5D=150&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bpage%5D=4&query%5Bq%5D=orientaci%C3%B3n+sexual.

<http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2009/12/tutela-2do-jlt-santiago-25112009-se.html>

<http://singenerodedudas.com/tirnamban/1129/judith-butler>

<http://www.apocatastasis.com/homosexualidad-manuel-puig-beso-mujer-arana-extractos.php#axzz22KoyMvBb>

http://epi.minsal.cl/epi/html/bolets/reportes/VIH-SIDA/Pais_87-06VihSida.pdf

<http://www.muns.cl/>

http://www.archivochile.com/tesis/05_te/05te0008.pdf

www.monografias.com/trabajos/discriminacion/discriminacion.shtml

<http://www.profesionales.cl/blogs/profesionales/73-discriminacion-laboral-realidad-alarmante.html>