



**“LA DIFERENCIA REMUNERACIONAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES:
TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y NORMATIVA
INTERNACIONAL”**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

INTEGRANTES:

CLAUDIA LISSETTE OLMEDO VERA

CAROLINA ANDREA SILVA BARRERA

PROFESOR GUÍA: SR. RICARDO JURI SABAG

SANTIAGO, CHILE

DE 2013

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES.....	13
1. Igualdad:.....	13
1.1. Igualdad como identidad.....	14
1.2. Igualdad como semejanza.....	14
1.3. Igualdad como analogía.....	14
1.4. Igualdad de oportunidades.....	15
2. Discriminación:.....	18
2.1. Discriminación en el empleo y ocupación.....	20
2.2. Discriminación Directa.....	20
2.3. Discriminación Indirecta.....	21
2.4. Discriminación Estructural.....	22
2.5. Discriminación positiva.....	23
3. Género.....	25
3.1. Igualdad de Género.....	26
4. El patriarcado.....	28
5. Remuneración.....	30
6. Igualdad Salarial.....	33

7. Trabajo de Igual Valor.....	34
8. Trabajo Idéntico o mismo trabajo.	35
CAPITULO II: LA IGUALDAD DE GÉNERO EN CHILE: LA BRECHA SALARIAL Y LA PARTICIPACIÓN LABORAL.....	36
1. Antecedentes Generales.....	36
2. La Igualdad de Género en Chile.....	37
3. La tasa de participación laboral femenina.	39
4. La brecha remuneracional en el empleo femenino.	45
5. La División Sexual del trabajo y la Segregación Ocupacional.	51
5.1. La División del Trabajo en el espacio de Reproducción.	52
5.2. La División del Trabajo en el espacio de Producción	57
5.3. Segregación Ocupacional Vertical: Las mujeres en los empleos profesionales y en los cargos de poder.....	61
5.3.1. Representación femenina en el Ámbito Público.....	61
5.3.2. Representación femenina en el ámbito privado.	63
5.4. El “techo de cristal” y “el laberinto del liderazgo”.	65
5.5. El Sistema de Cuotas.....	66
6. Teorías explicativas de la división sexual del trabajo.	69
6.1. La teoría del Capital Humano:.....	70
6.2. La teoría de las diferencias compensatorias	71

6.3.	La perspectiva marxista	72
6.4.	El género como fundamento de la división sexual del trabajo.	73
CAPITULO III: EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL.		75
1.	La Igualdad de Remuneraciones en el Ordenamiento Jurídico Internacional	75
2.	Convenios dictados por la Organización Internacional del Trabajo	77
2.1.	Convenio N° 100 “Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, 1951.....	81
2.2.	Convenio N° 111: Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación”, 1958.....	89
2.3.	Convenio N° 156: “Convenio sobre Los Trabajadores con Responsabilidades Familiares”, 1981	96
3.	Otra Normativa Internacional.....	104
3.3.	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)112	
CAPITULO IV:117 EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL.....		117
1.	Consagración Constitucional del Derecho a la Igualdad.....	117
1.1.	Artículo 1° de la Constitución: Igualdad de Derechos.....	120
1.2.	Artículo 19° N° 2: Igualdad ante la Ley.....	124
1.3.	Artículo 19° N° 16: La Libertad del Trabajo y su Protección	127

2.	Consagración en el Código del Trabajo del Derecho a la Igualdad	131
2.1.	Breve reseña sobre la protección de la mujer en Código del Trabajo.....	131
2.2.	La Igualdad en Código del Trabajo.	134
2.3.	Otros Artículos del Código del Trabajo sobre no discriminación.....	140
3.	Mecanismos para resguardar la igualdad antes de la Ley 20.348	155
3.1.	Acción de Protección	155
3.2.	Acciones Administrativas	159
3.3.	Acciones Civiles.....	160
CAPITULO V:164LA LEY 20.348 SOBRE LA IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES; SU ORIGEN, CARACTERISTICAS Y SUS PRINCIPALES CRÍTICAS.		164
1.	Breve resumen de la historia de la Promulgación de la Ley 20.348	165
2.	Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 20.348.....	168
2.1.	El principio de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo.....	168
2.2.	Registro de cargos o funciones en el reglamento interno de orden, higiene seguridad:.....	173
2.3.	Procedimiento de reclamación por incumplimiento al principio de Igualdad de las remuneraciones:	178
2.4.	Incentivo al cumplimiento de la igualdad remuneracional entre hombres y mujeres.....	182
3.	La Dirección del Trabajo y su papel en la Ley 20.348.	183

3.1.	Emitir dictámenes.....	184
3.2.	Facultad de Fiscalizar el cumplimiento de la Ley 20.348.....	188
4.	Procedimiento Administrativo en caso de denuncia en la Inspección de Trabajo. 189	
4.1.	Recepción de la denuncia administrativa	190
4.2.	Investigación de la Fiscalía.	191
4.3.	Informe de la Fiscalía.....	192
4.4.	Visación Coordinador Jurídico.....	193
4.5.	Mediación.....	194
4.6.	Denuncia Judicial.....	196
5.	Denuncias por vulneración de la Ley 20.348 interpuestas ante la Inspección del Trabajo.....	196
5.1.	Acta de Fiscalización 1360/2011/176 (Anexo N°1):.....	199
5.2.	Acta de Fiscalización 0501/2011/1293 (Anexo N°2):.....	201
6.	Procedimiento Judicial	202
6.1.	Titulares de la Acción:.....	203
6.2.	Plazo.....	204
6.3.	Procedimiento de Tutela Laboral.....	206
6.4.	Causas ingresadas en nuestros tribunales.....	209
7.	Procedimiento Administrativo	217

7.1. Reclamos interpuestos ante la Contraloría General de la Republica por vulneración al principio de igualdad de las remuneraciones.	218
8. El papel de los Sindicatos y de la Negociación Colectiva	223
8.1. La sindicalización femenina.	223
9. Modificaciones a la Ley 20.348 ingresadas con posterioridad al Congreso Nacional.	236
9.1. Proyecto de Ley que resguarda la igualdad de remuneraciones	236
CAPITULO VI: ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RAZÓN DE SEXO EN LA UNIÓN EUROPEA	240
1. La igualdad en la Comunidad Europea	240
2. Directivas de la Unión Europea sobre Igualdad de Hombres y Mujeres	245
2.1. Directiva 75/117/CEE del Consejo relativa a la aproximación de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos,	246
2.2. Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo:	247
2.3. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).....	250
4. Evolución Jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	255
5. Principio de Igualdad en España.....	260

5.1. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para La Igualdad Efectiva De Mujeres Y Hombres.....	262
5.2. Objeto de la Ley:.....	265
5.3. Conceptos Básicos establecidos por la Ley:	267
5.4. Acciones positivas como instrumentos jurídicos para la igualdad de trato: 267	
5.5. Políticas Públicas para la Igualdad:.....	268
5.6. Igualdad en el trabajo y en las responsabilidades familiares:	270
5.7. Planes de igualdad para las empresas:.....	273
5.8. Distintivo empresarial en materia de igualdad:	274
5.9. Tutela Judicial de la Igualdad.....	275
5.10. Consecuencias Jurídicas del Incumplimiento de la Ley:	276
CONCLUSIONES	280
BIBLIOGRAFIA.....	297
ANEXOS	308
1. Acta de Mediación de la Inspección del Trabajo, fiscalización folio N°0501/2011/1293, 3 de Agosto de 2011. Vulneración al principio de igualdad de remuneraciones no constatado.	308
2. Acta de Mediación de la Inspección del Trabajo, fiscalización folio N°0501/2011/1293, 3 de Agosto de 2011. Vulneración al principio de igualdad de remuneraciones no constatado.	311

3. Demanda Judicial del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T311-2012..... 314

INTRODUCCIÓN

La discriminación basada en el sexo es la principal forma de discriminación y ha sido objeto de atención por parte de la comunidad internacional, buscando promover la igualdad y mejorar las condiciones de vida y de trabajo sobre una base de igualdad de género, siendo la esencia de los distintos tratamientos internacionales.

Desde esta perspectiva, resulta fundamental precisar el término “Igualdad” para nuestra memoria, contenido en el ordenamiento jurídico en el artículo 1 inciso final de nuestra Constitución, además del artículo 19 N° 2, que consagra la igualdad de derechos y oportunidades entre todos los seres humanos, sin distinción de ninguna clase, y del N° 16 del mismo artículo, referido tanto a la libertad de contratación, elección del trabajo y a la prohibición de discriminación.

Mediante éste trabajo se busca abordar la situación discriminatoria arraigada fuertemente en nuestro país y existente hace mucho tiempo, de ahí que algunos países, como el nuestro, hayan adoptado una legislación específica para prohibirla.

El derecho a la igualdad de tratamiento, que sirve de fundamento a la ley 20.348 que “Resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones”, tiene su fundamento en la fórmula aristotélica según la cual se debe tratar de igual manera a quienes son iguales y de manera distinta a quienes son desiguales. Esta fórmula concentra una doble expresión; una positiva, en donde las personas tienen derecho a recibir un trato igualitario en igualdad de circunstancias; y, otra negativa, equivalente a la prohibición de arbitrariedad. La primera de ellas inspira la ley 20.348, así como las normativas internacionales que se analizarán, como Convenios y Recomendaciones dictadas por la OIT y la normativa de la Unión Europea que desde la firma del Tratado de Roma en 1957 comenzó a regular de manera aislada el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, hasta alcanzar actualmente un gran acervo comunitario que regula de manera amplia y detallada la materia.

El hecho que las mujeres se hayan incorporado cada día más al mercado laboral ha dejado de manifiesto las desigualdades y discriminaciones que se producen, ello debido a que el mercado laboral fue por mucho tiempo un lugar donde la normalidad era encontrarnos con “hombres trabajadores” y por otro lado, “mujeres reproductoras y criadoras” que sólo se desarrollaban en el ámbito privado de sus hogares realizando las labores domésticas, que siempre le habían sido propias y exclusivas. Pero, ésta realidad fue paulatinamente cambiando y como se señaló las mujeres nos incorporamos al mundo laboral, lamentablemente éste se encontraba diseñado y regulado para los hombres, pues eran ellos quienes durante años representaron porcentualmente la mayor parte de la población laboralmente activa.

Así las cosas la incorporación de la mujer al mercado laboral como fenómeno creciente y cada día en mayor expansión, ha llevado a que la comunidad internacional consiente de éste fenómeno social haya tenido que regular y dictar diversa normativa supranacional cuyo principal objetivo es la búsqueda de la superación de las desigualdades y algún día alcanzar la anhelada igualdad entre hombres y mujeres, ello en consideración a que la igualdad de todos los seres humanos es un derecho fundamental y connatural a la dignidad humana.

En este orden de ideas, es posible advertir que “en la actualidad, las transformaciones económicas y sociales del trabajo han puesto en evidencia que los sistemas jurídicos clásicos inspirados en el impuesto paradigma del hombre proveedor y la mujer cuidadora no han estado preparados para responder a las interrogantes que hoy representan los problemas derivados de la incidencia de la discriminación por causa de sexo y la demanda por conciliar responsabilidades laborales y familiares, todo lo cual ha llevado inexorablemente a rediseñar la legislación laboral.”¹

¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Mujer, trabajo y derecho. 1ª ed. Santiago, Abeledo Perrot, 2011. VIII.

Claro es que el derecho laboral se encuentra inspirado en la noción de la existencia de una relación contractual en donde una de las partes es el empleador que tiene una supremacía como tal y por otro lado el trabajador que es la parte débil de la relación contractual, es decir, se inspira en la desigualdad. Por lo mismo, las modificaciones que históricamente ha sufrido la regulación laboral han sido siempre inspiradas y han tratado de equiparar esta desigualdad. Pero, la regulación se ha hecho considerando al trabajador en términos neutrales sin considerar su sexo y las diversas responsabilidades que cada persona posee en su ámbito familiar como es el cuidado del hogar y de terceras personas como son los hijos y adultos mayores.

Nuestro país conciente de esta desigualdad entre hombres y mujeres y buscando compatibilizar y ajustar nuestra normativa interna a los mandatos establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Chile, dictó la Ley 20.348, que será objeto de análisis y estudio en esta memoria, tratando de dilucidar en definitiva si dicha ley ha cumplido con los mandatos internacionalmente aceptados y si ha logrado o no el objetivo de terminar o aminorar con las desigualdades existentes antes de la dictación de la ley.

CAPITULO I

ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Previamente para introducir este trabajo debemos hacer algunas precisiones conceptuales, debido a que el tema de nuestra memoria es, precisamente, la Ley N°20.348 que resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones, por lo que debemos establecer como punto de partida del presente trabajo la definición de igualdad, entre otras definiciones relevantes.

Ello debido a que existen diferentes acepciones de igualdad, esto es diferentes significados para una misma palabra. Lo que no es baladí, debido a que de los diversos significados de igualdad se generan las diferentes interpretaciones y lo que para una persona puede ser discriminación, perfectamente para otra no lo será.

Es por ello, que establecemos como punto de partida el concepto de igualdad, para luego profundizar en las diversas terminologías relacionadas con esta idea central, como lo son los conceptos de discriminación en sus diversos tipos, el concepto de género, igualdad de género, remuneración, entre otros.

1. Igualdad:

Según el diccionario de la Real academia de la lengua española, igualdad, en sus diversas acepciones significa:

- I. Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad.
- II. Correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo.

Además, “La palabra “igualdad” se puede emplear en varios sentidos referenciales:

1.1. Igualdad como identidad.

Se puede decir que A es igual a B ($A=B$). Se trata de un sentido aritmético, propio de la lógica formal. Esto es, una igualdad matemática que no admite lugar a dudas, ni interpretaciones de ninguna especie.

1.2. Igualdad como semejanza.

Alguien puede decir que A es igual a B queriendo señalar que A y B son semejantes, no idénticos pero muy parecidos. Por ejemplo, un transeúnte que va pasando por un barrio de casas de cierto estilo puede decir que son iguales, queriendo significar no que son idénticas sino muy parecidas o semejantes (porque es imposible que sean idénticas).

1.3. Igualdad como analogía.

En el campo del derecho, se emplea la expresión “analogía” en un cierto sentido de igualdad; la analogía implica algún grado de semejanza, de equivalencia, lo que, ciertamente, será predicable sólo respecto de ciertos aspectos que se consideran relevantes. Por ejemplo, cuando se dice que A es análogo a B claramente no se quiere significar que son idénticos sino semejantes en cuanto a ciertos aspectos relevantes”.²

El concepto de igualdad es la piedra angular de nuestro trabajo, y se encuentra íntimamente ligado al derecho a una justa retribución por el trabajo independientemente de si este es desarrollado por un hombre o por una mujer. Se debe hacer hincapié que el concepto de igualdad es un principio básico de los derechos fundamentales y, por ende, connatural a la persona humana.

Naturalmente, se debe partir de la premisa de que lo que se busca es una igualdad de derechos y de trato y no una igualdad de las personas. Ello debido a

² FIGUEROA, Rodolfo. Igualdad y Discriminación. 4p, [en línea]. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/ihualdad-y-no-discrim.pdf>> [consulta: 04 de septiembre de 2012].

que muchos postulan erróneamente que se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Lamentablemente si aceptamos aquella idea caeríamos en el error de que nadie debe ser tratado de igual forma, ya que todos somos desiguales, ello en atención a que todos los individuos de la especie humana poseemos diversas características, particularidades y capacidades que nos hacen ser únicos e irremplazables. Si aceptáramos esta definición de igualdad caeríamos en la lógica de que como ninguna persona es igual a otra, nunca podríamos aplicar el principio de igualdad y siempre tendríamos que diferenciar, lo que conduciría a aceptar cualquier tipo de discriminación. “En efecto, ¿cómo tratar igualmente a quienes son por naturaleza diferentes? Blancos, negros, amarillos son diferentes; hombres y mujeres son diferentes. Entonces, ¿que no todos tengan los mismos derechos civiles!”³

La igualdad a la que hace hincapié este trabajo es aquella que surge después de reconocer que todos somos diversos, y que, aún con nuestras diversas características, tenemos derecho a recibir igual trato e igualdad de oportunidades.

“La idea de igualdad está siempre relacionada con la justicia. Se reconoce al otro como igual, es decir, merecedor del mismo trato que cada individuo considera merecer. Toda persona es igualmente digna que las otras y por lo tanto debe tener los mismos derechos frente al Estado. Aquí aparece una noción de justicia que corre en paralelo con el principio de igualdad”.⁴

1.4. Igualdad de oportunidades.

Es aquella que garantiza “el desarrollo de las capacidades de las personas, de tal manera que circunstancias como el género, la etnia, el lugar de nacimiento, o el entorno familiar, que están fuera del control personal, no ejerzan influencia sobre

³ FIGUEROA, Rodolfo. Igualdad y Discriminación. Ob. Cit.

⁴ TORRES FALCON, Marta. El concepto de igualdad y los derechos humanos. Un enfoque de género. [en línea]. <<http://zapateando2.wordpress.com/2009/02/06/el-concepto-de-igualdad-y-los-derechos-humanos-un-enfoque-de-genero/>> [consulta: 20 de octubre de 2012].

las oportunidades de vida de una persona ni sobre los resultados de los esfuerzos que realiza”.⁵

Para una mayor comprensión del concepto de igualdad de oportunidades, se hace necesario preguntarnos por el origen de la desigualdad de oportunidades, es decir, como llegamos al resultado nefasto de la discriminación. En este sentido, se debe señalar que la desigualdad de oportunidades tiene su origen en las siguientes cuatro fuentes: “características intrínsecas y personales, tratos discriminatorios, accesos a los servicios sociales diferenciado y diferencias en los recursos familiares”.⁶

La primera fuente de la desigualdad de oportunidades lamentablemente son características propias, personales e intrínsecas con las que nace cada persona nace y tiene su base en sus antecedentes genéticos, que a modo de ejemplo la pueden hacer más inteligente y talentosa. Claro que esa diferencia en talentos y capacidades si no se traduce en diferencia en productividad laboral, no tendría porque traducirse a su vez en desigualdad, ya que, estaríamos hablando de características que finalmente no influyen en los resultados laborales de cada trabajador.

La segunda fuente son los tratos discriminatorios y es aquí donde nos encontramos con que “las personas que tienen talento y productividad iguales pueden ser tratadas de manera diferente en distintos mercados, lo cual puede generar diferentes resultados entre personas que sin embargo tienen características similares. Personas con diferentes circunstancias (entorno familiar, raza o lugar de origen) pueden sufrir discriminación en el mercado laboral y tener

⁵ ACUÑA, Hernán, ZUÑIGA Álvaro. Igualdad de Oportunidades y Desigualdad de Ingresos en Chile: El Caso de los Pueblos Indígenas y de las Personas con discapacidad.5p. [en línea]. <http://www.economiaynegocios.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/08/iguald.oport-desiguald.ingr_.pdf> [consulta: 20 de octubre de 2012].

⁶ ACUÑA, Hernán, ZUÑIGA, Álvaro. Igualdad de Oportunidades y Desigualdad de Ingresos en Chile: El Caso de los Pueblos Indígenas y de las Personas con discapacidad. Ibídem.

acceso a tipos diferentes de trabajos, y consecuentemente tener diferentes ingresos”.⁷

El tercer factor que produce desigualdad de oportunidades es el diverso acceso que tienen los colectivos de personas a los servicios sociales básicos, es decir, el igualitario acceso a servicios médicos, de educación, de participación política., etc. En nuestro país se logra apreciar claramente en el acceso a la educación, ya que, aún cuando todo habitante de nuestro país puede optar por una educación gratuita, todavía no es posible asegurar que ésta sea realmente de calidad, ello se encuentra corroborado con las mediciones que se realizan anualmente a través de la Prueba SIMCE y por sobre todo con la Prueba de Selección Universitaria (PSU), las que año a año, han ido demostrando que aumentan las brechas de inequidad. Lamentablemente, y con escasas excepciones, son en su mayoría los colegios particulares más costosos los que han logrado mejores resultados y el acceso de su alumnado a las universidades tradicionales y a las universidades privadas de mayor calidad y prestigio.

Finalmente, encontramos un grupo de características que incide en la desigualdad de oportunidades y que se vincula a los recursos familiares de las personas. En ellas es importante la educación alcanzada por los padres y el capital cultural que es transmitido por diversos mecanismos entre las generaciones. Este es uno de los factores que mayormente incide en la igualdad / desigualdad de oportunidades, ello en atención a que muchas veces no importa la capacidad, calidad, características intrínsecas de una persona que la hagan más o menos apta para un determinado trabajo, sino que los lazos familiares van creando, a su vez, importantes lazos sociales e importantes contactos que finalmente van a propender a que una persona que creció en una familia de estrato social alto va a tener al menos, la oportunidad de desarrollar al máximo sus potencialidades y de acceder a los mejores puestos de trabajo del país, esto es, con mejores condiciones y remuneraciones.

⁷ ACUÑA, Hernán y Zúniga, Alvaro. Igualdad de Oportunidades y Desigualdad de Ingresos en Chile: El Caso de los Pueblos Indígenas y de las Personas con discapacidad. *Ibídem*.

Nuestro país, en un intento por superar la desigualdad de oportunidades, ha impulsado a través del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) diversas políticas para propender a la real materialización de la igualdad de oportunidades, para ello ha establecido los siguientes cuatro principios básicos:

- 1) “Eliminar o reducir la discriminación contra las mujeres.
- 2) Eliminar o reducir las brechas que existen entre mujeres y hombres, pero también aquellas que existen entre mujeres, como son la brechas de aquellos que viven en el campo y en la ciudad, entre las mujeres indígenas y las que no los son, entre los sectores populares y las de sectores sociales de mayor escolaridad, entre las jóvenes y mayores; entre las mujeres que tienen alguna discapacidad y las que no la tienen.
- 3) Ampliar los derechos y responsabilidades de las mujeres en el ámbito público y de los varones en el ámbito privado, contribuyendo a hacer más equitativas sus relaciones.
- 4) Contribuir al protagonismo de las mujeres como sujetos sociales, y en tanto actores relevantes del desarrollo de las familias, la comunidad y la sociedad toda y al despliegue de sus potencialidades en el ámbito cultural, artístico, académico, científico y tecnológico”.⁸

2. Discriminación:

Según el artículo 1° del Convenio 111, relativo a la Discriminación en materia de empleo y ocupación, 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

⁸ SERNAM. Plan igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 2011-2020. Hacia un Chile justo y corresponsable. [en línea]. <http://www.sernam.cl/descargas/PIO_HM.pdf> [consulta: 01 de noviembre de 2012].

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 de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Una definición un poco más amplia nos entrega la Oficina Internacional del Trabajo en la guía para los sindicatos del programa para la promoción de la igualdad de género que señala que discriminación está constituida “por toda distinción, exclusión o preferencia basada en criterios tales como raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social u otro criterio que tenga el efecto de anular la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo o la ocupación. De hecho, la existencia de discriminación en la realidad o en la práctica se llama **discriminación de facto** (de facto discriminación, en términos legales). La existencia de discriminación en derecho se llama **discriminación de jure** (de jure discriminación, el término legal).

De esta manera, podemos advertir que la discriminación de facto es aquella que se da en los hechos y la discriminación de jure es aquella que se establece a través de una norma jurídica. En esta materia, es posible señalar que la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha reconocido ambos tipos de discriminación

Nuestro Código del Trabajo no contiene una definición legal de discriminación, sino que más bien, en su artículo 2° inciso tercero repudia “los actos de discriminación”, señalando que estos son contrarios a los principios de las leyes laborales y acto seguido en el inciso siguiente define los actos de discriminación como “las distinciones, exclusiones, o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por origen anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

2.1. Discriminación en el empleo y ocupación.

Es “la aplicación de un trato diferenciado (una exclusión, una referencia o una distinción), basada en características personales que no son relevantes para el desempeño de un determinado trabajo, tales como el sexo, el color o raza, la religión, el origen o ascendencia social, la opinión política, discapacidad. En suma, por criterios que no se basan en la competencia o mérito de las personas”.⁹

Este mismo principio lo encontramos recogido en nuestra legislación, ya que no toda distinción se encuentra prohibida, sino que, muy por el contrario se señala expresamente que “las distinciones, exclusiones o preferencias exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”.¹⁰ Es así, como es plenamente aceptado condicionar la contratación laboral a diversos requerimientos, ya sea, en conocimientos técnicos, especializados, o una mayor experiencia en determinada área.

2.2. Discriminación Directa.

Es aquella discriminación que se produce “cuando las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer estas a un colectivo específico”.¹¹

A modo de ejemplo se puede decir que una forma de discriminación directa se da cuando en un anuncio de trabajo se indica: No se admiten personas con discapacidad. También son discriminaciones directas el hecho de requerir como requisito para postular a un trabajo exámenes de embarazos o bien derechamente despedir a una trabajadora embarazada, permitir que sólo hombres o sólo mujeres postulen a determinados puestos de trabajo.

⁹ OIT. Promoviendo la Igualdad de Género, Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2006. 15p.

¹⁰ Artículo 2 inciso quinto del Código del Trabajo.

¹¹ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (96º, 2007, Ginebra). La Igualdad en el Trabajo: Afrontar los Retos que se Plantean. Suiza. OIT, 1º Ed. 2007. 144p.

2.3. Discriminación Indirecta.

Es aquella discriminación que se produce “cuando ciertas normas o prácticas aparentemente neutras tienen efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables, y ello sin justificación alguna. Así, por ejemplo, la organización de cursos de formación fuera de las horas de trabajo, durante los fines de semana o en horas tardías puede traducirse en la exclusión de aquellos trabajadores que pudieran interesarse en asistir, pero que no podrán hacerlo por deber atender sus responsabilidades familiares, exclusión que comprometerá sus perspectivas de carrera”.¹²

“La discriminación es indirecta cuando los/las empleadores/as imponen criterios para los solicitantes o especifican características que no están estrechamente relacionadas con los requerimientos inherentes al puesto, como un filtro de selección. El propósito es excluir a la mujer u obtener trabajadores/as de cierto tipo”.¹³

Una de las causas por las que se produce este tipo de discriminación es el sesgo existente en torno a que determinados trabajos se consideran como exclusivos de hombres, en tanto que otros se consideran como trabajos exclusivos de mujeres.

En aquellos subsectores laborales en donde mayormente se concentra el empleo femenino, es decir, las mujeres suponen un porcentaje mayor de los asalariados se les ha denominado por la doctrina subsectores o ramas de actividad “feminizados”, tales como, trabajadoras de casa particular, secretarias, telefonistas, cajeras, entre otros. Lamentablemente, es en estos sectores mayormente

¹² CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (96º, 2007, Ginebra). La Igualdad en el Trabajo: Afrontar los Retos que se Plantean CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (96º, 2007, Ginebra). La Igualdad en el Trabajo: Afrontar los Retos que se Plantean. Ob. Cit.

¹³ OIT, Programa de promoción de género, Guía para los sindicatos. Oficina Internacional del Trabajo. Agosto 2001. 57p.

feminizados en donde “mayor parece ser el diferencial salarial en detrimento de las mujeres.

Por el contrario, en aquellas ramas de actividad “muy masculinizadas”, con una baja presencia relativa de las mujeres, el diferencial salarial entre ambos sexos es inferior a la media”.¹⁴

“También puede considerarse como una forma de discriminación indirecta el trato diferenciado de algunas categorías específicas de trabajadores traducida en menores prestaciones sociales o remuneraciones”.¹⁵ A modo de ejemplo, podemos citar un bono otorgados a aquellos trabajadores que realicen cursos de especialización fuera de los horarios de trabajo, entendiendo que aquí la discriminación indirecta se produce debido a que las mujeres poseemos mayor cantidad de responsabilidad en el ámbito familiar, por lo que, usualmente se hace mucho más difícil realizar cursos de especialización fuera de los horarios de trabajo, ya que, además del trabajo deben atender los intereses de la familia.

Otra forma que adopta éste tipo de discriminación es la protección jurídica inferior para el personal doméstico, el que principalmente está compuesto por mujeres mal remuneradas.

2.4. Discriminación Estructural.

Es aquella discriminación que viene precisamente del “ordenamiento social, a las estructuras institucionales y a los mecanismos jurídicos, o que se ha institucionalizado en todos esos ámbitos, y que refleja y reproduce prácticas y resultados discriminatorios. Puede tratarse, por ejemplo, de condiciones diferenciadas o inferiores de formación para las minorías étnicas, o de trabas a la

¹⁴ URRIZA, C.M. y ZARAPUZ PUERTAS, L. Empleo y Discriminación Salarial, Un análisis desde la perspectiva de género, Madrid. Octubre 2000. 72p

¹⁵ CONFERENCIA Internacional Del Trabajo. (96º, 2007, Ginebra). La Igualdad en el Trabajo: Afrontar los Retos que se Plantean. Suiza. OIT, 2007. 10p.

educación, el transporte y otros servicios en los vecindarios o guetos donde hay mayor concentración de minorías étnicas e inmigrantes”.¹⁶

“Los aspectos estructurales de la desigualdad y la discriminación se refieren a las formas desiguales (injustas, irrazonables e injustificadas) en que las categorías sociales (hombre, mujer, homosexual, judío, indígena, etcétera) y el acceso a los bienes están estructurados dentro de nuestra sociedad física, política y jurídicamente”.¹⁷

Para clarificar mayormente el concepto de discriminación estructural es posible nuevamente analizar la estructura de dominio-subordinación y explicativo de las relaciones de poder en la sociedad como es el caso de “la división público-privado, sobre la que, como es sabido, pivota un concepto del trabajo identificado con el empleo. Con base en esta división se edifican modelos de sujetos: modelos de mujer y modelos de hombre. Sin ir excesivamente lejos en el tiempo, los modelos de la modernidad erigidos sobre el factor sexo-género y el factor económico resultan suficientemente conocidos:”¹⁸ Por un lado, la mujer como esposa, madre y realizando el trabajo sólo en el ámbito privado de su hogar y su familia, y, por otro lado, el hombre dedicado a ser el pilar, el jefe de hogar, el trabajador por cuenta ajena y también como sujeto de política

2.5. Discriminación positiva.

La discriminación positiva, también conocida como acción positiva “corresponde a una política que se impulsa en un país, en un cierto momento histórico, en conformidad a la cual y en virtud de un cierto diagnóstico, se concluye

¹⁶ OIT, La Igualdad en el Trabajo: Afrontar los Retos que se Plantean. Ob. Cit.

¹⁷ PEREZ PORTILLA, Karla. Discriminación estructural, cultural, institucional y personal. Un análisis de la producción y reproducción de la discriminación. [en línea]. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2313/35.pdf>> [consulta: 29 de octubre de 2012].

¹⁸ BARRÈRE UNZUETA, María. Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres. [en línea]. <<http://www.fifcj-ifwlc.net/documentos/Derecho%20Fundamental%20Igualdad%20-%20M.A.%20Barr%C3%A8re.pdf>> [consulta: 02 de noviembre de 2012].

que ciertos grupos o sectores (vgr. las mujeres, cierta raza, los indígenas, etc.) han sido históricamente postergados y perjudicados o desaventajados. El diagnóstico indica que, en esas condiciones, para que tal grupo o sector pueda sobreponerse, no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades sino que se requiere un impulso mayor, un trato especial o privilegiado”.¹⁹ Es decir, se busca una igualdad no en el presente, sino en futuro, esto es, una igualdad de resultado.

Para dilucidar este concepto daremos algunos claros ejemplos: el primero de ellos se manifiesta en nuestra propia Escuela de Derecho que establece mecanismos de admisión especial para no videntes, en donde, no se les exige igual puntaje en la PSU, un caso similar se da en Estados Unidos en donde existen políticas para la admisión especial de afroamericanos, exigiéndoles a ellos un menor puntaje para el ingreso a la universidad, estas políticas buscan la igualdad en el futuro, ya que, precisamente, a través, de establecer diversos criterios y diferenciaciones entre uno y otro grupo lo que se busca es lograr obtener la igualdad, pero al futuro, entendiendo que al constituir estos grupos históricamente relegados se les debe otorgar un trato diferenciado.

En el ámbito del derecho internacional encontramos el reconocimiento de estas políticas de acción positivas en la Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas discriminación contra la mujer, que fuera aprobada el día 18 de Diciembre de 1979, que en su artículo 4° establece:

- 1) La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

¹⁹ FIGUEROA, Rodolfo. Igualdad y Discriminación. Ob. Cit.

- 2) La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

La Unión Europea no se ha quedado atrás y en el Tratado de Amsterdam en el artículo 141.4 se establece: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

En el ámbito laboral y más abocado al tema de nuestra memoria encontramos la denominada Ley de Cuotas que constituye un incentivo para facilitar el acceso de las mujeres a los cargos de representación política. Lamentablemente para nuestro país, a pesar que desde el año 2002 se han presentado diversas mociones parlamentarias para introducir la ley de cuotas, ninguna de ellas ha llegado a convertirse en ley, no han existido los acuerdos necesarios y finalmente todos los proyectos han resultado archivados.

No está demás señalar que nuestro país necesita con urgencia una ley de cuotas que ayude a que en un futuro podamos aspirar a una equiparación de la participación femenina en los cargos políticos y de elección popular. Muchos han sido los países que han establecido leyes que apunten hacia la igualdad de participación política, tales como China, Argentina, Costa Rica, Perú y Bolivia.

3. Género.

El concepto de género a nivel evolutivo ha pasado por diversas etapas. La primera de ellas y la más primitiva era asumir que “Género”, era una mera definición biológica que carecía de otros matices, para llegar a lo que actualmente existe: hoy el género es la base de políticas sociales de género, como son todas aquellas impulsadas por la OIT y recomendadas a todos los países partes.

Al hablar de género tenemos que previamente hacer la diferenciación entre hombre y mujer. Ello debido que al hablar de hombre, prácticamente no hace falta definirlo desde ya se asumen todas sus características, incluso al hablar de humano o persona lo primero que se piensa es en la identidad masculina.

“Gran parte de los estudios de género están encaminados a poner en marcha medidas y políticas de igualdad, a una búsqueda para encaminar a la sociedad a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Esta búsqueda de necesidades, de limitaciones, de explicaciones y argumentaciones de los estudios de género se traducen en políticas activas de muchos de los programas políticos de diferente ideología y ámbito social. Estas políticas destinadas a género están encaminadas a establecer la discriminación positiva, a través de actividades que se conoce como acciones positivas”.²⁰ Es por ello, que se puede entender que no todo tratamiento desigual es discriminatorio, sino que muchas veces constituyen políticas y estrategias que intentan equiparar la desventajosa posición femenina.

3.1. Igualdad de Género.

Al hablar de igualdad de género según la Organización Internacional del Trabajo se encuentra constituida por todos aquellos derechos, responsabilidades y oportunidades iguales para mujer y hombre, niñas y niños. Y es en este sentido que se reconoce que la igualdad de género no sólo es un “tema de la mujer”, sino que también le concierne al hombre. Naturalmente la igualdad no significa que la mujer y el hombre serán idénticos, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades de la mujer y el hombre no dependerán de que nazcan masculinos o femeninos.

²⁰ RAMIREZ BELMONTE, Carmen. Concepto de Género: Reflexiones. [en línea]. <http://www.uclm.es/ab/educacion/ensayos/pdf/revista23/23_15.pdf> [consulta: 04 de octubre de 2012].

“La igualdad de género no significa recibir un **mismo trato**. Si se entiende que la igualdad de género significa sólo darle un mismo trato al hombre y a la mujer, se puede llegar a ofrecer a la mujer “igualdad” sólo en términos masculinos (por ejemplo, sólo si ella se adapta a las normas o a las exigencias centradas en el hombre) y puede reforzar la noción de que la diferencia es igual a una limitación. También es importante introducir cambios en las estructuras organizativas y ocupacionales, las prácticas, culturas, normas, sistemas de valores, etc. que nacen y reflejan las realidades del género masculino (pero a menudo se tratan como si fueran neutrales). Tales cambios pueden requerir disposiciones “amistosas a la mujer” para ayudarla a adaptarse²¹ o a actuar dentro de las estructuras tal cual existen o, alternativamente llevar a modificar dichas estructuras, culturas, etc., para adaptarlas a la mujer”.

Para el cabal logro de la igualdad de género, La Organización Internacional del Trabajo, en un intento por impulsar e introducir la integración desde una perspectiva de género ha impulsado lo que han denominado “Las buenas prácticas en el lugar del trabajo”, las que pretenden ser una herramienta para los países para que “conozcan acerca de las experiencias exitosas de otros y puedan aplicarlas en su propio trabajo”.²²

Se pretende a introducir la perspectiva de género en el mundo laboral, lo que implica desarrollar los siguientes componentes básicos de la igualdad de género, todo ello según la OIT:

- “La inserción de la Igualdad de Género en la integración de políticas, programas, proyectos y en sistemas y estructuras institucionales relacionados con el trabajo.

²¹ OIT. Promoción de la Igualdad de Género. Guía para los Sindicatos. Ginebra, Suiza, 2001. 16p.

²² OIT. Igualdad de género y trabajo decente. Ginebra, Suiza, 2005. 3p.

- La Lucha contra las desigualdades fundadas en el sexo en el mundo del trabajo a través de medidas específicas de género para y con los hombres y las mujeres, juntos o separadamente”.²³

Específicamente según la OIT las siguientes 8 categorías constituyen los componentes básicos de la igualdad de género en el mundo laboral:

- 1) Un enfoque multisectorial de la igualdad de género en la legislación, las políticas y las estrategias;
- 2) Políticas y planificación para la igualdad de género.
- 3) Utilización de datos e información desagregados por sexo.
- 4) Utilización de capacidades teóricas y prácticas en materia de género emplazadas estratégicamente.
- 5) Acciones específicas de género.
- 6) Refuerzo de los conocimientos y las capacidades en materia de igualdad de género.
- 7) Alianzas estratégicas.
- 8) y Enfoques participativos.

4. El patriarcado.

El patriarcado en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se encuentra definido de la siguiente manera: “Organización social primitiva en que la autoridad es ejercida por un varón jefe de cada familia, extendiéndose este poder a los parientes aun lejanos de un mismo linaje”.

²³ OIT. Igualdad de género y trabajo decente. 4p.Ob. Cit.

El patriarcado viene a ser un modelo de producción / reproducción y de organización familiar, en donde la mujer sólo posee un rol secundario, ya que existe un sistema de dominación en donde el feje de la familia lo constituye un hombre quien ejerce su control y autoridad por sobre todos sus cercanos, y por sobre todo la dominación se ejerce hacia las mujeres y los niños de la familia.

“Tanto en el campo de la religión o del gobierno, la figura del padre se ha vinculado a un personaje sabio, previsor y protector. En este contexto patriarcal, las mujeres son consideradas personas subordinadas cuya principal misión era procurar la reproducción física de la especie (hay que tener en cuenta que años atrás la esperanza de vida era escasa y la mortalidad infantil muy elevada). Con estos indicadores y una insuficiente acumulación de excedentes la mayoría de los grupos humanos se hallaban permanentemente en peligro de extinción. Ello exigía, por parte de las mujeres, una dedicación casi exclusiva a las labores de gestación, cuidado y educación de los hijos, que dio lugar a una división sexual del trabajo”.²⁴

“Por consiguiente, el desarrollo paulatino de la legislación laboral a comienzos del siglo XX va asociado a lo que podemos llamar un “pecado original”, dado que fue desincentivando la contratación de mujeres y acentuando su rol en el cuidado de la familia y del hogar, con el fin de que ellas pudieran concentrarse en la crianza de las nuevas generaciones de trabajadores que deberían asumir los retos del futuro mundo industrializado. Por tal razón, el trabajo de las mujeres fuera del hogar debía ser evitado, ya que las obligaba a alejarse del cuidado de sus hijos, siendo ello parte de las causas que explicaban en aquella época las altas tasas de mortalidad infantil, la degeneración de la vida familiar o el alcoholismo”.²⁵

²⁴ AGRUPACIÓN DE GENEROS LITERARIOS. ¿Qué es el patriarcado?. [en línea].<<http://www.aglchile.wordpress.com/que-es-patriarcado/>> [consulta: 10 de septiembre de 2012].

²⁵ CAAMAÑO, Eduardo. Mujer, Trabajo y Derecho. 7p. Ob. Cit.

5. Remuneración.

Según el artículo 1 letra a) del Convenio 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneraciones de 1951 el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especies pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último.

A su vez nuestro Código del Trabajo nos entrega el concepto de remuneración en su artículo 41 señalando que “se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato. Se debe señalar que no siempre nuestro código habló de trabajador sin hacer distinciones, ya que, “las disposiciones del primer Código del Trabajo hacían un distingo esencial en cuanto a las remuneraciones: salario llamaba a la retribución del obrero y sueldo a la del empleado particular. Asimismo, las demás remuneraciones específicas y accesorias de ambas calidades recibían también un nombre distinto, aún cuando su causa fuera la misma, análoga o parecida”.²⁶

Felizmente, en la actualidad nuestro código ha dejado atrás esos odiosos distingos, para solamente hablar de trabajador, sin distinguir entre obrero y empleado particular, por consiguiente ambos reciben el mismo trato y retribución por su trabajo, la que hoy en día se denomina remuneración, dejándose atrás los conceptos de salario y sueldo.

Luego el segundo inciso señala que no constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecidas en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

²⁶ HUMERES, Héctor. Derecho Individual del Trabajo y de la Seguridad Social. 18º ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2009. (Tomo I). 219p.

Nuestro Código, además de entregar un concepto de remuneración, especifica todos aquellos conceptos que no constituyen remuneración y, define las principales remuneraciones en el artículo 42 desde la letra a) a la e), el que reza como sigue: “Constituyen remuneración entre otras, las siguientes: a) sueldo, o sueldo base, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10. El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador.

- b) sobresueldo, que consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo;
- c) comisión, que es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador;
- d) participación, que es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma, y
- e) gratificación, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.

Una norma de vital importancia en materia de remuneración la constituye aquella que establece el ingreso mínimo mensual ubicada en el artículo 44 inciso 3 la que preceptúa: “El monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se convinieren jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculada en relación a la jornada ordinaria de trabajo.” Como se señaló en los párrafos precedentes, a la luz del primer Código del Trabajo se hacía la distinción entre obrero y empleado particular. Dicha distinción tenía como una de las principales consecuencias el hecho de que “no había respecto de los obreros una remuneración mínima fijada en dinero, sino que el artículo 44 del Código de 1931 decía que era aquel no inferior a los dos tercios ni superior a los tres cuartos del salario normal o corrientemente pagado en la misma clase de trabajo, a los obreros de las mismas aptitudes o condiciones, en la ciudad o región que se ejecute, y para determinarlo se consideraba la creación de comisiones mixtas o paritarias de patronos y obreros, presididos por el inspector del trabajo provincial o por el gobernador en los Departamentos”.²⁷ Como es posible apreciar este es un claro ejemplo de discriminación, en donde para fijar el ingreso mínimo mensual de los obreros se recurría incluso a la creación de comisiones mixtas o paritarias de patronos y obreros, con la natural consecuencia de que el acuerdo era engorroso y muy difícil de alcanzar.

En cuanto al ingreso mínimo mensual para empleados particulares “el artículo 52 del Decreto Ley N° 2.200 señalaba, en su inciso 3°, que el monto mensual de la remuneración no podía ser inferior al Ingreso Mínimo mensual y que si la jornada fuere parcial debía calcularse proporcionalmente, exigencia que no era aplicable a los menores de 21 y mayores de 65 años, quienes podían pactar libremente su remuneración, situación que en parecidos términos consignaba el artículo 44 del Código.”²⁸ Nuevamente podemos apreciar como nuestro primitivo Código del Trabajo hacia patentes las discriminaciones, señalando expresamente que aquellos trabajadores menores de 21 y mayores de 65 años podrían pactar libremente su remuneración con sus empleadores, lo que a todas luces no pasaba de ser una

²⁷ HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 219p. Ob. Cit.

²⁸ HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 225p. Ibídem.

declaración de buenas intenciones, ya que, sabido es que en la relación laboral existe un vínculo de subordinación y dependencia en donde el empleador es la parte dominante de dicha relación y el trabajador constituye la parte débil que debe acatar las condiciones establecidas por el empleador, sobre todo considerando el contexto histórico en el cual se encontraban en vigencia estas normas.

Hoy en día la mayoría de dichas distinciones, diferencias y discriminaciones han sido superadas y el ingreso mínimo mensual se aplica a “todos los trabajadores del sector privado, cualquiera sea la labor que realicen, o el sistema remuneracional al que se encuentren sujetos, lo que quiere decir que favorece tanto al trabajador que ha pactado un sueldo mensual, o por día, semana quincena o por hora, como a aquel que labora y se remunera en base a tratos y comisiones”.²⁹

6. Igualdad Salarial.

Según el Convenio 100 de la OIT sobre Igualdad de Remuneración adoptado el 29 de junio de 1951 “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.³⁰ Así las cosas la igualdad salarial viene a constituir un derecho de las mujeres para recibir la misma remuneración que los hombres, siempre y cuando realicen un trabajo que tenga el mismo valor. Ello se reafirma en el artículo 2.1 del mismo convenio que señala: “Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

En materia de discriminación de género e igualdad salarial podemos citar como claro ejemplo el ingreso mínimo establecido para las trabajadoras de casa particular en

²⁹ HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 225p. Ob. Cit.

³⁰ OIT. Convenio N°100 sobre la igualdad de las remuneraciones, artículo 1 letra b).

el antiguo artículo 151 inciso segundo del Código del Trabajo que establecía que dichas trabajadoras “deberían tener una remuneración mínima equivalente al 75% del Ingreso Mínimo mensual; no obstante, y de conformidad a lo prescrito por el artículo 98 de la Ley N°20.250, Ley de Reforma Previsional (D.O. 17/03/2008) y su disposición transitoria quincuagésima, a contar del 1° de marzo del año 2010 a un 92%, y a contar del 1° de marzo de 2011, al 100%. Pero dichas disposiciones deben entenderse tácitamente derogadas en virtud de lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley N°20.279 (D.O. 1°/7/2008), la que señaló que dicha remuneración debe sujetarse a las normas sobre Ingreso Mínimo.”³¹ En virtud de lo cual, el artículo 151 que regula la remuneración de las trabajadoras de casa particular quedó de la siguiente manera: “La remuneración de los trabajadores de casa particular se fijará de común acuerdo entre las partes, comprendiéndose además del pago en dinero en efectivo, los alimentos y la habitación cuando los servicios requeridos exijan que el trabajador viva en la casa del empleador. La remuneración mínima en dinero de los trabajadores de casa particular estará sujeta a lo previsto en el inciso tercero del artículo 44 de este Código”. Esto es, el monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se conviniere jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo.

7. Trabajo de Igual Valor.

Esta expresión denota la idea de que hombres y mujeres deben recibir igual salario cuando el trabajo que realicen sea de igual valor, entendiéndose “valor”, como la unión de cuatro factores básicos: habilidad, esfuerzo, responsabilidad y condiciones de trabajo. Esto es la concatenación de factores que nada tienen que ver con sesgos sexistas³². Es a éste concepto, al que se refiere el Convenio N° 100 de la Oficina Internacional del Trabajo sobre Igualdad de Remuneración de 1951, el que en su artículo 2.1. preceptúa: “Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los

³¹HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 225p. Ob. Cit.

³² OIT. La igualdad de género en el trabajo en las normas internacionales. [en línea]. <http://www.csj.gob.sv/genero/images/PDF/29_01/Igualdad%20de%20Genero%20en%20el%20Trabajo.pdf> [consulta: 02 de noviembre de 2012].

métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

Un concepto erróneo de igual valor es aquel que “suele calcularse por el tiempo que emplea en realizar un trabajo y la dificultad del mismo, pero también influye la valoración social. La realidad demuestra que existen trabajos que al ser identificados con los roles del sexo femenino el valor no es igual que trabajos identificados con los roles del sexo masculino”. Es decir, se valora menos el trabajo por el simple hecho de ser apreciado por la sociedad como un empleo de aquellos en los que suelen desempeñarse mujeres.

8. Trabajo Idéntico o mismo trabajo.

Este es el concepto que introdujo finalmente la Ley N° 20.348 que Resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones, a través de agregar el artículo 62 bis a nuestro Código del Trabajo, el que en su inciso primero preceptúa: “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.

Como es posible apreciar de dicho articulado, nuestro Código abandonó la idea central del Convenio N° 100 sobre Igualdad de Remuneración, que se refiere específicamente a un trabajo de igual valor, para reemplazarlo por el concepto de “mismo trabajo”, es decir, un trabajo idéntico. Lo que, en los hechos es muy difícil de probar, ya que, la idea de “mismo”, a su vez, denota la idea de una igualdad como identidad, la que sólo es posible de alcanzar en el campo de las matemáticas y las aritméticas, pero no en la comparación de un trabajo realizado por una mujer y otro realizado por un hombre.

CAPITULO II

LA IGUALDAD DE GÉNERO EN CHILE: LA BRECHA SALARIAL Y LA PARTICIPACIÓN LABORAL

1. Antecedentes Generales

Durante la mayor parte del siglo XX, la vida familiar y laboral se organizó a través de un modelo tradicional de familia, esto es padre proveedor y madre cuidadora, donde los hombres eran los encargados de suministrar los ingresos monetarios de las familias, a través de un trabajo remunerado, mientras que las mujeres eran excluidas a las labores domésticas no remuneradas, como el cuidado de niños, ancianos y enfermos, así como también a la preparación de alimentos, limpieza y otras labores del hogar.

Esta asignación de roles, hombres proveedores y mujeres cuidadoras, se convirtió en la principal fuente de desigualdad del sistema de género, modelo que se conoce con el nombre de *male breadwinner*. Si bien, ambos tipos de trabajo son socialmente productivos, ya que los dos contribuyen a la creación de bienes y servicios y tienen valor para quienes los utilizan, el trabajo remunerado tiene mayores ventajas en términos de reconocimiento social y autonomía económica.

Este modelo de división sexual del trabajo, de origen patriarcal y con roles y responsabilidades claramente definidos, se ha constituido en la base de las desigualdades y desventajas que experimentan las mujeres en el mercado laboral, que se manifiesta principalmente en:

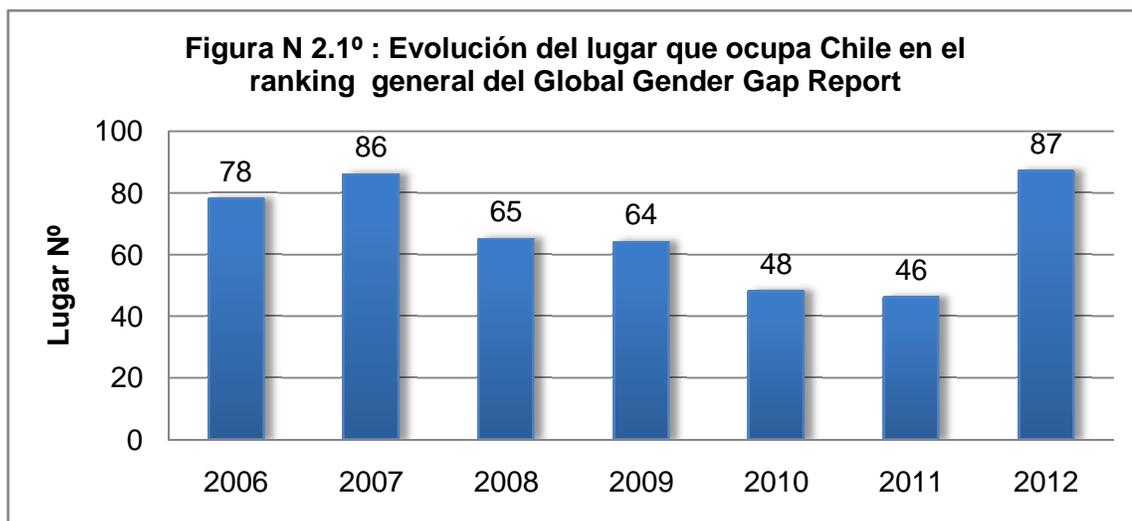
- Mayores dificultades para las mujeres de insertarse laboralmente, lo que se expresa en una menor tasa de participación laboral y mayores tasas de desempleo.
- Menores ingresos, como resultado de la discriminación salarial y la menor valoración de las ocupaciones en que se concentran las mujeres.

- Menores oportunidades producto de la segregación laboral, tanto en la gama de ocupaciones disponibles para las trabajadoras tanto en las posibilidades de ascenso.
- Mayor informalidad del trabajo femenino la cual se manifiesta en una sobre representación de las mujeres en la economía informal y en empleos sin protección social.

2. La Igualdad de Género en Chile.

La participación de la mujer en el mercado laboral ha surgido como un tema importante en el debate de las políticas públicas, ya que si bien, la participación de las mujeres ha aumentado durante estos últimos 20 años de un 29% en 1986 a un 45% al año 2010, Chile sigue estando por debajo del promedio participación femenina de los países de Latinoamericanos (que es de un 53%) y de los países que conforman la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (que es 65%).

A través del índice *Global Gender Gap Report*, podemos visualizar los avances que ha tenido nuestro país en la disminución de la brecha de género a nivel internacional. Actualmente, Chile ocupa el lugar N° 87 entre 134 países, descendiendo un total de 9 puestos desde la creación del este indicador en el año 2006 por El Foro Económico Mundial.



El índice *Global Gender Gap Report*,³³ es un marco para captar la magnitud y el alcance de las disparidades basadas en el género y el seguimiento de su progreso en los países asociados. Este índice analiza las brechas de género a través de cuatro categorías que son: educación, salud, poder político y participación económica y oportunidades de la mujer.

En la primera categoría de educación, se toman en cuenta distintas variables como la alfabetización y el acceso igualitario de niños y niñas a la educación primaria, secundaria y superior, ubicando a Chile en el lugar N° 32.

En el ítem salud se consideran la esperanza de vida al nacer, muertes maternas, enfermedades y desnutrición, entre otras variables; y Chile se sitúa en el 1º lugar junto con otros 40 países.

En el subíndice de poder político, se incluyen temas como la participación de las mujeres en la toma de decisiones, tanto en el ámbito estatal como en el ámbito privado, nuestro país ocupa el lugar N° 64.

Finalmente, en la categoría participación económica y oportunidades de la mujer, que se encuentra construido en base 4 subíndices que son: a) La participación laboral de hombres y mujeres; b) La Igualdad de salarios por el mismo trabajo; c) La proporción de ingresos promedios entre hombres y mujeres; .d) La proporción de mujeres en cargo de poder; Chile, ocupa el lugar N° 110 entre 134 países asociados.

Nos llama la atención el abrupto descenso en sufrió Chile ranking, cayendo en un año del lugar N° 46, el cual nos posicionaba dentro de los diez países con mayores índices de igualdad de la región, al puesto N° 87 el cual nos coloca actualmente entre los seis peores rankings de la región y en el país más desigual de Sudamérica.

³³ WORLD ECONOMIC FORUM. The Global Gender Gap Report 2012. [en línea]. <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GenderGap_Report_2012.pdf> [consulta: 20 de noviembre de 2012].

Esto se debe principalmente, en el descenso en el ranking en las categorías poder político y participación económica y oportunidades de la mujer. En el primer índice, descendimos del lugar 42 al 64, perjudicado principalmente por la disminución del número de mujeres en funciones ministeriales o de administración pública, por ejemplo en el año 2010 el 45% de la ministras eran mujeres, en cambio actualmente solo el 23% lo son. En relación a la segunda categoría caímos del lugar 106 al 110, siendo unos de los peores países evaluados a nivel internacional, incidiendo principalmente: la baja tasa de participación de la mujer en el mercado laboral, la gran brecha remuneracional entre los géneros y la poca participación de estas en los cargos de toma de decisiones.

Ricardo Hausmann, director del Centro para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Harvard y uno de los autores del informe, señala que “las mujeres reciben más formación escolar que los hombres pero el matrimonio y la maternidad todavía no son compatibles con una participación política y económica más completa por parte de las mujeres”.³⁴

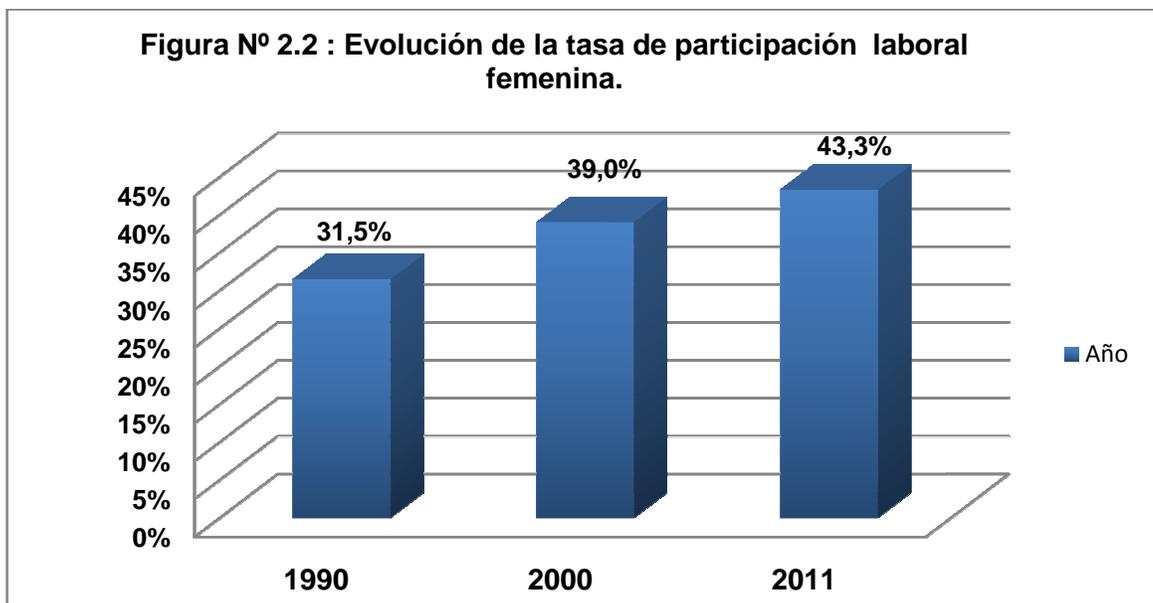
Este abrupto descenso en el índice *Global Gender Gap Report* nos demuestra que a pesar de los avances que hemos logrado como país en los últimos años para promover la igualdad, aún nos quedan un gran camino por recorrer.

3. La tasa de participación laboral femenina.

Durante la década de los 90 la economía chilena experimentó un alto y sostenido crecimiento, lo que generó un mayor número de trabajos y de oportunidades laborales, lo que fomentó la incorporación del trabajo femenino al mercado laboral. Según cifras oficiales, el empleo femenino creció de 895.700 mujeres empleadas en año 1982 a 1.834.270 en año 2002, es decir, en dos décadas la fuerza laboral femenina aumento en 104,8%, constituyendo actualmente alrededor de un tercio de la población económicamente activa.

³⁴ CONICYT. Revelan los Avances y retrocesos de género 2011. [en línea]. <<http://www.conicyt.cl/573/article-40723.html>> [consulta: 20 de octubre de 2012].

Sin embargo, históricamente la tasa de participación laboral femenina ha sido muy inferior a la masculina, quedando esto demostrado en el Censo Nacional de Población del año 2002, el cual señaló que tasa de participación laboral de las mujeres era un 35,6%, mientras que de un 70% en el caso de los hombres. De hecho, según las últimas estadísticas de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (Casen) del Ministerio de Desarrollo Social, la tasa de participación femenina fue sólo de 43,3% muy inferior en comparación a la tasa de participación masculina que alcanzó un 72,2%.



La figura N° 2.2³⁵, nos muestra la evolución de la tasa de participación laboral femenina durante los años 1990 al 2011, la que ha aumentado un 11,8%, sin embargo, las actuales cifras aún nos sitúan por debajo del promedio de la participación femenina en América Latina que es 53% y de los países que conforman la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que es 65%.

El aumento de la tasa de participación femenina durante las últimas décadas se ha visto influenciada, entre otros factores, por los cambios sociales, culturales,

³⁵ Gráfico de creación propia con antecedentes de la encuesta Casen 2011 Mujer y Familia del Ministerio de Desarrollo Social.

demográficos y económicos que ha experimentado la sociedad chilena, y que han provocado una transformación importante en la estructura etaria, composición y tamaño de las familias que ha influido en la incorporación de la mujer al mercado laboral. Estos cambios, junto con el aumento de la actividad económica, han generado nuevas oportunidades laborales lo que ha permitido que muchas mujeres inactivas se incorporen al mercado laboral.

Respecto al porcentaje de participación laboral femenina, a diferencia de los hombres, cuya tasa de participación es relativamente alta y homogénea, la vinculación de la mujer a la fuerza laboral se relaciona fundamentalmente con el nivel ingreso, edad, educación, composición de la familia y localización geográfica.

Es así como la participación femenina en el mercado del trabajo, es especialmente baja en los grupos de condición socioeconómica más desmedrada, como lo demuestra la figura N°2.3 donde sólo el 25,5% de las mujeres de los quintiles más bajos accede al mercado laboral, mientras que los quintiles más altos la tasa de participación femenina es superior al 50%.

Esto se debe a que las mujeres de los quintiles más pobres deben enfrentar condiciones más adversas para acceder mundo laboral, debido a que tienen un menor nivel educacional, generalmente un mayor número de hijos y menores posibilidades de contar con servicios de apoyo al trabajo doméstico, entre otros elementos. Lo que provoca que éstas sólo logren acceder a una gama limitada de opciones laborales, que habitualmente son mal remuneradas, con condiciones deficientes y sin protección social.³⁶

³⁶ ABRAMO Laís, VALENZUELA, María Elena. Inserción laboral y brechas de equidad de género en América Latina, En: ABRAMO, Laís {Eds}. Trabajo decente y equidad de género en América Latina. Santiago, Chile, Organización Internacional del Trabajo, 2006. pp. 36. Disponible en <<http://www.oit Chile.cl/pdf/igu026.pdf>>.

Figura N°2.3: Tasa de participación laboral por quintil. ³⁷					
	Quintil 1	Quintil 2	Quintil 3	Quintil 4	Quintil 5
Hombres	54,6%	66,9%	73,1%	77,3%	80,4%
Mujeres	25,5%	35,1%	43,3%	51,7%	58,7%

Uno de los factores más determinante en la participación laboral femenina es el aumento del nivel educacional alcanzado por las mujeres, el cual se ha igualado e incluso ha superado al nivel educacional de los hombres.

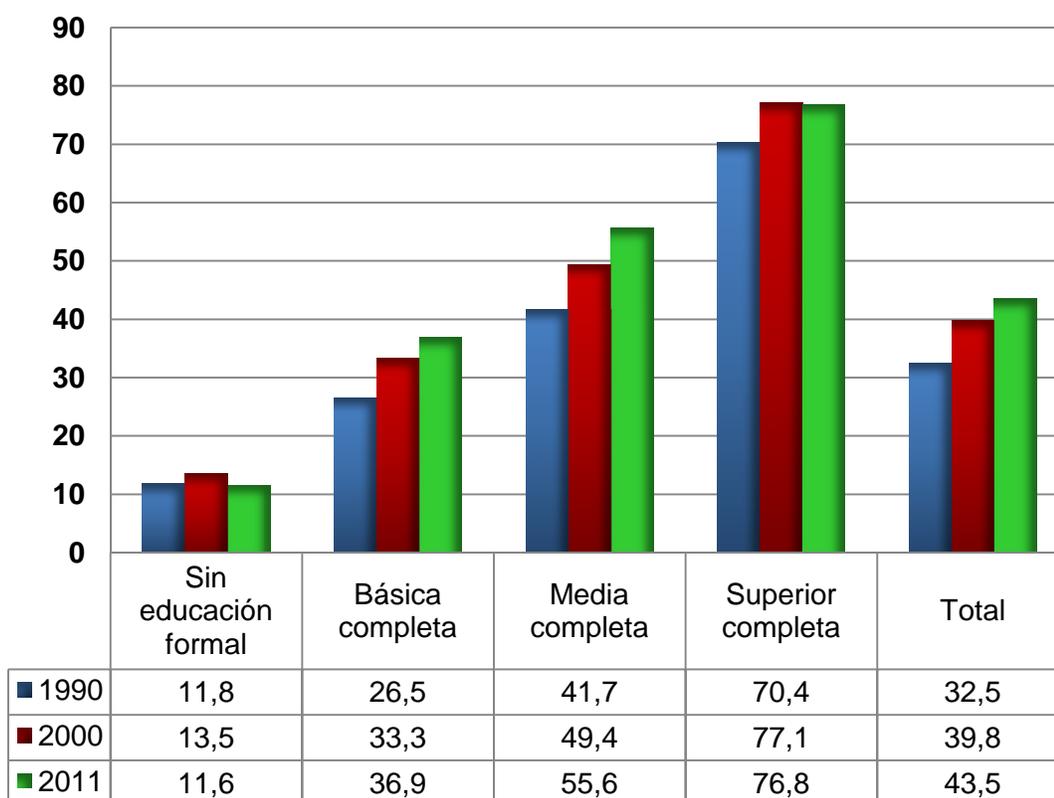
Es así como en el año 2011 la brecha de participación laboral es menor entre hombres y mujeres con mayor nivel educacional, ya que 76,8% de las mujeres que han completado la educación universitaria se ha integrado a la fuerza laboral, mientras que tan sólo el 36,9 % de las mujeres que ha completado únicamente su enseñanza básica lo hace. En cambio, la participación laboral masculina es más semejante a través de los distintos niveles educacionales, pues la integran el 87,6% de los trabajadores que sólo cuenta con educación básica y el 96,9% de los trabajadores que tienen estudios universitarios.

Asimismo podemos observar en el grafico de la figura N°2.4 ³⁸, que las mujeres con mayor nivel educacional tienen mayores posibilidades de inserción laboral. También que el índice de inserción laboral, en el caso de las mujeres con enseñanza media completa, aumentó de 41,7% en el año 1990 al 55,6% al año 2011, mientras que la participación de las mujeres sin enseñanza formal se mantuvo constante durante estas dos décadas.

³⁷; LIBERTAD DESARROLLO, Pobreza en Chile y el mercado laboral. [en línea]. <http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1011mercadolaboralchilenomlll.pdf> [consulta: 28 de marzo de 2012].

³⁸ Grafico de realizados con antecedentes de la Encuesta CASEM 2011.

Figura N°2.4: El nivel educacional como principal variable de la participación laboral femenina.



Al igual que en el caso del nivel de ingreso y la educación, la localización geográfica también influye en la participación laboral, ya que mientras la tasa de participación de los trabajadores urbanos y rurales es semejante, la brecha de participación entre las mujeres urbanas y rurales es de un 26%. Esto también se debe a que muchas mujeres que habitan en áreas rurales son pobres, lo cual puede afectar su acceso al empleo: el 19 por ciento de las mujeres del quintil de ingresos más bajo vive en áreas rurales, comparado con el 5 por ciento de las mujeres del quintil más alto. En efecto, las mujeres rurales –especialmente aquellas que viven en hogares de

bajos ingresos– tienen mucho menos educación y participación laboral que las de áreas urbanas.³⁹

Otra variable a considerar, es el rol de la mujer en el hogar en lo que se refiere al cuidado de los hijos, los ancianos y los enfermos y al trabajo doméstico. En Chile parece prevalecer una división tradicional del trabajo dentro de la familia, en la que los hombres son responsables del trabajo productivo y las mujeres asumen las responsabilidades reproductivas (trabajo doméstico). Cuando se analiza la participación de la mujer en la fuerza laboral, existen diferentes variables asociadas con la estructura de la familia tienen incidencia en la decisión de la mujer de ingresar al mercado laboral como son el estado civil, la jefatura del hogar, el número de hijos y sus edades, y la presencia de otros miembros de la familia que necesitan cuidados en el hogar, como los adultos mayores.

Respeto a la situación laboral actual de la población femenina, la Nueva Encuesta Nacional de Empleo (NENE), nos señala que durante el trimestre marzo – mayo del año 2012, el número total de mujeres en el país se estimaba de 8.792.080 personas, de las cuales el 80% tiene 15 años o más, conformando lo que se denomina la población en edad de trabajar (PET), de las cuales, el 43,6% se encontraban ocupadas⁴⁰, el 8,5% se encontraban desocupadas, lo que constituyen un 47.7% de participación laboral femenina y un 53,3% de mujeres inactivas.

Dentro del total de mujeres inactivas, se destacan aquellas que se auto clasifican como potenciales, que son aquellas mujeres que están en la frontera de la inactividad atentas a cualquier señal de mercado para entrar a la fuerza de trabajo. Estas mujeres

³⁹ BANCO MUNDIAL, BANCO INTERAMERICANO DEL DESARROLLO, SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. Cómo capitalizar el potencial económico de Chile ampliando las opciones laborales de la mujer. [en línea]. <
<http://estudios.sernam.cl/documentos/?eMTg5NTU4Ng==>
C%C3%B3mo_capitalizar_el_potencial_econ%C3%B3mico_de_Chile_ampliando_las_opciones_laborales_de_la_mujer._Diagn%C3%B3stico_de_genero_-_Chile> [consulta: 15 de octubre de 2012].

⁴⁰ Cabe señalar que para esta encuesta considera como persona ocupadas, aquellas que hayan trabajado al menos una hora en la semana de referencia.

representan al 15,7% del total de las mujeres inactivas, lo que equivale al 8,4% del total de mujeres pertenecientes a la PET. Dentro de este segmento de inactivas potenciales, sobresalen aquellas mujeres que declaran razones familiares permanentes para no estar completamente disponibles para entrar a la fuerza de trabajo, pero sin embargo están buscando empleo o dispuestas a trabajar si se presenta una oportunidad. Por otro lado, las inactivas habituales, es decir aquellas mujeres que no demuestran ningún interés por entrar a la fuerza de trabajo, representan el 83,6% del total de mujeres inactivas y 44,6% del total de mujeres pertenecientes al PET. Se destacan dentro de este segmento aquellas que poseen razones familiares permanentes y las razones de estudio como principales motivos para no insertarse en el mercado del trabajo.

Sin bien las mujeres comienzan a integrarse en forma creciente a la fuerza laboral, la estructura ocupacional se vuelve un lugar importante de la estratificación de género, produciéndose sistemáticamente diferencias sustantivas en las variables distributivas, salariales y de beneficios económicos entre hombres y mujeres. En efecto, una vez que las mujeres saltan la barrera de la inactividad y se integran al mercado laboral, se enfrentan a importantes inequidades de género en términos de remuneraciones y condiciones laborales.

4. La brecha remuneracional en el empleo femenino.

A principios del siglo XX, las mujeres que trabajaban remuneradamente lo hacían generalmente en empleos “femeninos” que eran considerados como una extensión de las labores domésticas (como cocineras, lavanderas, costureras, sirvientas, etc.), los cuales eran mal remunerados, ya que no se consideraban como labores productivas.

En el caso de aquellas mujeres que trabajaban en fábricas, la situación no era muy distinta, ya que el trabajo de la mujer tenía menor valor simplemente por el hecho

de que era realizado por mujeres, quienes ocupaban un lugar secundario respecto de los hombres en materia de trabajo, política y demás asuntos públicos.⁴¹

Durante la década de los sesenta, la situación no había variado tanto, ya que las mujeres que trabajaban en jornadas laborales de más de treinta horas semanales, percibían la mitad de los ingresos que sus pares hombres. Solo a partir de la década del los noventa, con el aumento de la participación femenina, la brecha salarial fue disminuyendo progresivamente.

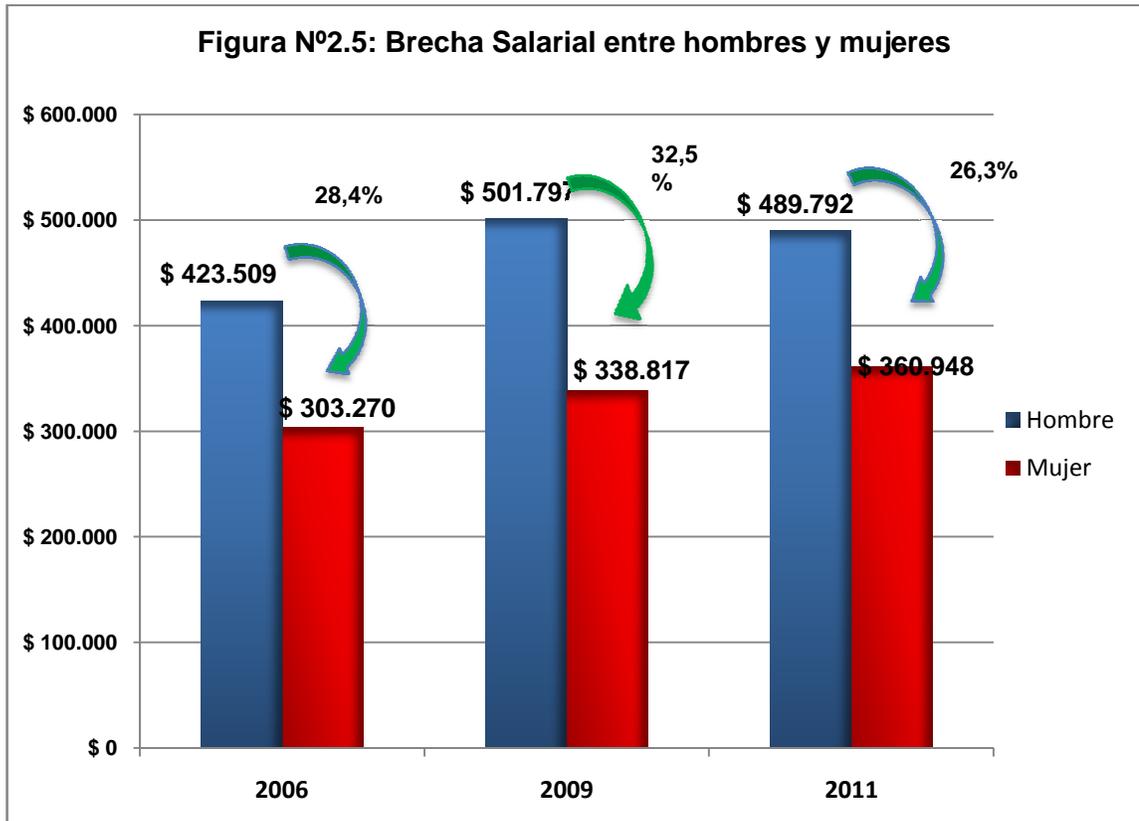
En la actualidad, la brecha salarial entre hombres y mujeres sigue vigente pero se produce principalmente por diferencia de productividad entre los géneros, que se origina por los efectos de la división sexual del trabajo que influye en las trayectorias laborales de los trabajadores sobre la elección de los tipos de empleos y en las prácticas discriminatorias contra las mujeres.

En efecto, según la encuesta CASEN, al año 2006 la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres alcanzaba al 28,1%, es decir, por cada \$1.000 que gana un hombre, una mujer sólo ganaba \$716 por el mismo trabajo. Sin embargo desde el año 2006 al año 2011, la brecha salarial habría disminuido en un 7,4% según los datos proporcionados por la misma encuesta.

No obstante, debemos considerar que las diferencias salariales no afectan a toda la población por igual, sino que varían de manera sustancial según el nivel educacional alcanzado, al estrato social al que pertenecen las trabajadoras, el sector económico donde se desempeñan y tipo de empleo al que acceden, entre otros factores.

Durante el año 2011 observamos que la brecha salarial ha disminuido en un 6,2%, sin embargo, esto se debe principalmente al que promedio de las remuneraciones masculina disminuyo en un 2,4%.

⁴¹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Género: Los desafíos de la igualdad 2010. Chile. 2010: 137.



En relación con los factores que influyen en la brecha salarial, debemos estudiar en primer lugar el factor educacional. A la inversa de la brecha de participación laboral, mientras mayor sea nivel educacional mayor es la brecha salarial entre hombres y mujeres. Por ejemplo, en las mujeres que han completado sus estudios de enseñanza media, la brecha salarial se percibe alrededor del 17%, mientras que para las mujeres que completaron su educación universitaria la brecha salarial se incrementa al 35%, como lo podemos ver en el siguiente cuadro:

Figura Nº2.6: Proporción relativa del ingreso y brecha salarial por hora promedio de la ocupación principal de las mujeres asalariadas respecto de los hombres asalariados, según nivel educacional.⁴²

Nivel Educacional	Proporción Relativa	Brecha Salarial
Educación Básica o Primaria	86,1%	-13,9%
Humanidades o Educación Media Científico- Humanista	79,5%	-20,5%
Educación Media Técnica Profesional	83,5%	-16,5%
Centro de Formación Técnica Incompleta (sin título)	67,3%	-32,7%
Centro de Formación Técnica Completa (con título)	74,2%	-25,8%
Instituto Profesional Incompleto (sin título)	72,6%	-27,4%
Instituto Profesional Completo (con título)	71,3%	-28,7%
Educación Universitaria Incompleta (sin título)	77,5%	-22,5%
Educación Universitaria Completa (con título)	64,6%	-35,4%
Universitaria de Postgrado	62,6%	-37,4%
Total⁴³	84,2%	-15,8%

El hecho que la brecha de ingresos entre hombres y mujeres sea más pronunciada en los estratos superiores de educación está relacionado a la segmentación ocupacional por género existente en el mercado de trabajo. Por un lado, aún es muy marcada la concentración de las mujeres con estudios universitarios en ramas productivas y grupos ocupacionales en los cuales los salarios promedio son

⁴² HENRIQUEZ RIQUELME, Helia, RIQUELME GIAGNONI Verónica; El derecho a ganar lo mismo Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo. p14. [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-99443_recurso_1.pdf> [consulta: 28 de marzo de 2012].

⁴³ El cálculo incluye a los empleados y obreros de los sectores públicos y privado y al servicio doméstico. No está incluido el personal de la s FF.AA y de Orden.

marcadamente más bajos (como, por ejemplo, enfermeras y maestras de la enseñanza preescolar y básica). Por otro lado, sus dificultades de ascenso y promoción en las carreras profesionales aún son significativamente mayores que para los hombres. Si bien los salarios de “entrada” son relativamente equilibrados, se van distanciando en la medida en que unos tienen más oportunidades que otras de ascenso en la carrera.⁴⁴

Por lo tanto, no obstante la creciente inclusión laboral femenina y la equiparación de las oportunidades educativas entre ambos sexos, siguen persistiendo diferencias de género sustanciales respecto a las oportunidades laborales y a las remuneraciones percibidas entre hombres y mujeres con mismo nivel educacional.

Otra variable a considerar, es que mientras mayor sea el nivel de ingresos de los hogares donde pertenecen los trabajadores, mayor es la diferencia de las remuneraciones entre hombres y mujeres, como lo demuestra el cuadro a continuación:

Figura Nº2.7: Proporción relativa del ingreso por hora promedio entre hombres y mujeres asalariados, según el quintil de ingreso autónomo del hogar.		
Quintil de Ingreso Autónomo	1990	2009
	Proporción Relativa	Proporción Relativa
I	80,6%	92,2%
II	76,3%	86,5%
III	78,9%	84,2%
IV	81,5%	83,4%
V	58,6%	70,5%

⁴⁴ ABRAMO Laís, VALENZUELA, María Elena. Inserción laboral y brechas de equidad de género en América Latina. p55. Ob. Cit.

La grafica deja ver que entre 1990 y 2009, la diferencia remuneracional se redujo de manera general en todos los quintiles, sin embargo permaneci6 más amplia en los sectores de mayores ingresos, inclusive existiendo una distancia entre el primer y quinto quintil de 19,7%.

Por consiguiente, las disparidades entre los sexos en el mercado de trabajo no son un fenómeno homogéneo, al contrario, tanto la relación entre sexo y participación laboral como la relación entre sexo y salarios están especificadas por los niveles educacionales alcanzados por la población, siendo el problema principal de las mujeres poco cualificadas el no poder acceder a la fuerza de trabajo y de aquellas mejor educadas el de recibir salarios inferiores al de sus colegas hombres

Otro factor relevante es analizar la calidad del empleo que se ofrece a las mujeres, a saber, respecto de las condiciones en que se desarrolla la relación laboral, existe una precarización de la fuerza de trabajo femenina, ya que las mujeres se insertan con mayor intensidad en el mercado informal, en trabajos por cuenta propia o en el servicio domestico, por lo cual sus ingresos son más bajos y cuentan con menor cobertura de seguridad social.

Otra variable que atenta contra la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, es la falta de corresponsabilidad de los hombres al interior de la familia, ya que siguen siendo las mujeres las principales responsables del cuidado de la familia y del hogar.

En conclusión, en la actualidad, la discriminación de género en el ámbito laboral se puede observar desde diferentes aspectos como: en la desigualdad salarial, en los menores índices de participación laboral de las mujeres, en vínculos laborales más inestables, segregación laboral y mayores tasas de desempleo, lo que ha provocado importantes desafíos para las políticas públicas, ya que al incrementar la incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo, especialmente en aquellas que cuentan con menor nivel de educacional, se contribuye enormemente a la disminución de la pobreza.

5. La División Sexual del trabajo y la Segregación Ocupacional.

Desde distintas perspectivas teóricas, podemos definir la división sexual del trabajo por razones de género, como la segregación del trabajo remunerado y el trabajo no remunerado entre hombres y mujeres en la vida privada y en la vida pública. Esta división es un reflejo de los diferentes papeles asignados tradicionalmente a la mujer y al hombre, conforme a los cuales la mujer asume el cuidado de la familia y las tareas domésticas, y el hombre, la responsabilidad básica del bienestar económico de la familia, como encargado de ganar los ingresos del hogar mediante el empleo continuo, a tiempo completo.⁴⁵

También éste concepto hace referencia a la existencia de un proceso de sexualización de la división social y técnica del trabajo, provocando una inserción diferenciada de los hombres y de las mujeres en los espacios de reproducción y de producción social que se expresa de la siguiente forma:

- a) En el espacio de la reproducción: la segregación o concentración de las mujeres en las tareas domésticas.

- b) En el espacio de la producción: Se distinguen dos tipos de segregación:
 - i. Segregación Ocupacional Horizontal: Se refiere a la concentración de hombres o mujeres en distintos sectores del mercado. Generalmente, las mujeres se concentran en “Profesiones Feminizadas”, como la enfermería y la enseñanza.

 - ii. Segregación ocupacional vertical: Es aquella que se produce cuando las mujeres paralelamente permanecen dentro de categorías de empleo subalternos a los hombres

Estos fenómenos son explicables a través de dos principios ideológicos arraigados en la sociedad: el esencialismo de género y la primacía masculina.

⁴⁵OIT. ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género. 2º ed. Ginebra, Suiza, Oficina Internacional del Trabajo, 2008. 50p.

El “esencialismo” de género se expresa en la creencia de que existen diferencias biológicas entre los sexos que afectan nuestra forma de trabajar y brindan aptitudes para distintas funciones. Normalmente se dice que las mujeres son más aptas para aquellas funciones que impliquen cuidados de los demás o interacciones sociales, mientras los hombres encuentran más facilidad para las tareas físicas, analíticas y de liderazgo.

La atribución a los hombres de una mayor capacidad de liderazgo da lugar a un segundo principio ideológico, “la primacía masculina”, que es la creencia de que los hombres están mejor preparados para asumir posiciones de poder en una organización.

En nuestro país, la división sexual del trabajo es mantenida mediante prácticas sociales por parte de los hombres y de las mujeres, así como de las propias instituciones. Esta división es reforzada en los discursos de diversos agentes de diferentes ámbitos de la vida social, que parecieran fusionar los valores de la familia y la maternidad principalmente en las mujeres, en el nivel individual y colectivo, y a veces únicamente en ellas. Este mecanismo mantiene y perpetúa una norma social que distribuye inequitativamente el trabajo familiar por género, atribuyendo a las mujeres la responsabilidad y ejecución de las tareas y actividades asociadas con éste, en tanto que los hombres aparecen liberados parcial o totalmente mediante el artilugio de la función proveedora que para su realización los lleva fuera de los confines del hogar.⁴⁶

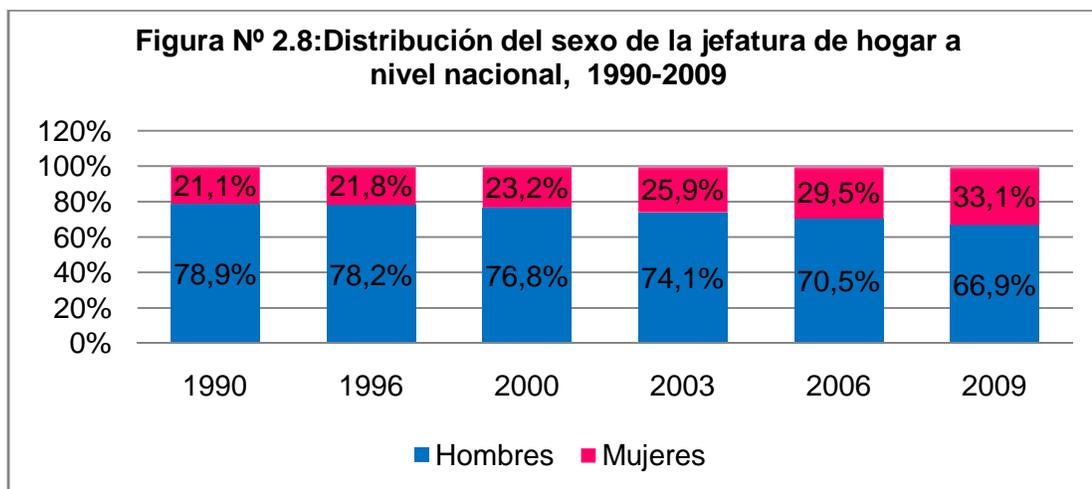
5.1. La División del Trabajo en el espacio de Reproducción.

Durante el siglo XIX y siglo XX, predominó en la sociedad el modelo de “padre proveedor y madre cuidadora”, donde los hombres eran los encargados de suministrar los ingresos monetarios de la familia, mientras que las mujeres eran las encargadas de las labores domésticas no remuneradas. En este sentido, Brunet y

⁴⁶ AVENDAÑO, Cecilia. Conciliación trabajo-familia y mujeres: reflexiones en una perspectiva psicosocial. En su: Flexibilidad laboral y subjetividades: Hacia una comprensión psicosocial del empleo contemporáneo. 1ª ed. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2008. pp. 221-234.

Alarcón⁴⁷ señalan que la exclusión de las mujeres del trabajo remunerado las recluyó al ámbito privado y familiar consolidándose de esta forma el modelo de mujer “ama de casa” y “madre amantísima” el cual constituía atender a los hijos en sus necesidades físicas, psicológicas, emocionales y morales, marcar pautas de vida cotidiana, hacer el seguimiento escolar, atender el hogar, al marido y estar disponible para cubrir las necesidades del grupo doméstico las 24 horas del día, mientras que ser padre significaba traer el dinero a casa y marcar la ley dentro del hogar.

Hoy en día, este modelo de padre productor y madre reproductora, ha disminuido su importancia, debido a los diversos cambios sociales, culturales y económicos que ha sufrido la sociedad, especialmente respecto a la reestructuración de las familias, las que dejaron de ser constituidas exclusivamente por hogares biparentales, donde sólo el padre aportaba el sustento económico, aumentado las familias con dos fuentes de ingreso y los hogares monoparentales, en los que una sola persona adulta se hace cargo de las necesidades emocionales y económicas de la familia, la que generalmente es una mujer. De hecho, la proporción de familias encabezadas por mujeres representaban al año 2009, aproximadamente el 33% de los hogares a nivel nacional.



⁴⁷ BRUNET, I. ALARCON, A. Mercado de trabajo y familia. Revista de investigaciones políticas y sociológicas. 4 (2). 2005: 124-125.

Lamentablemente, los hogares monoparentales liderados por mujeres tienden a ser más pobres, ya que si bien la mayoría de las jefas de hogar se encuentran en el mercado laboral, éstas perciben menores ingresos, debido a la dificultad que enfrentan para conciliar el trabajo domestico con el trabajo remunerado, lo que hace que, generalmente, se desarrollen en trabajos más informales, con menores remuneraciones y en un contexto de mayor inseguridad.

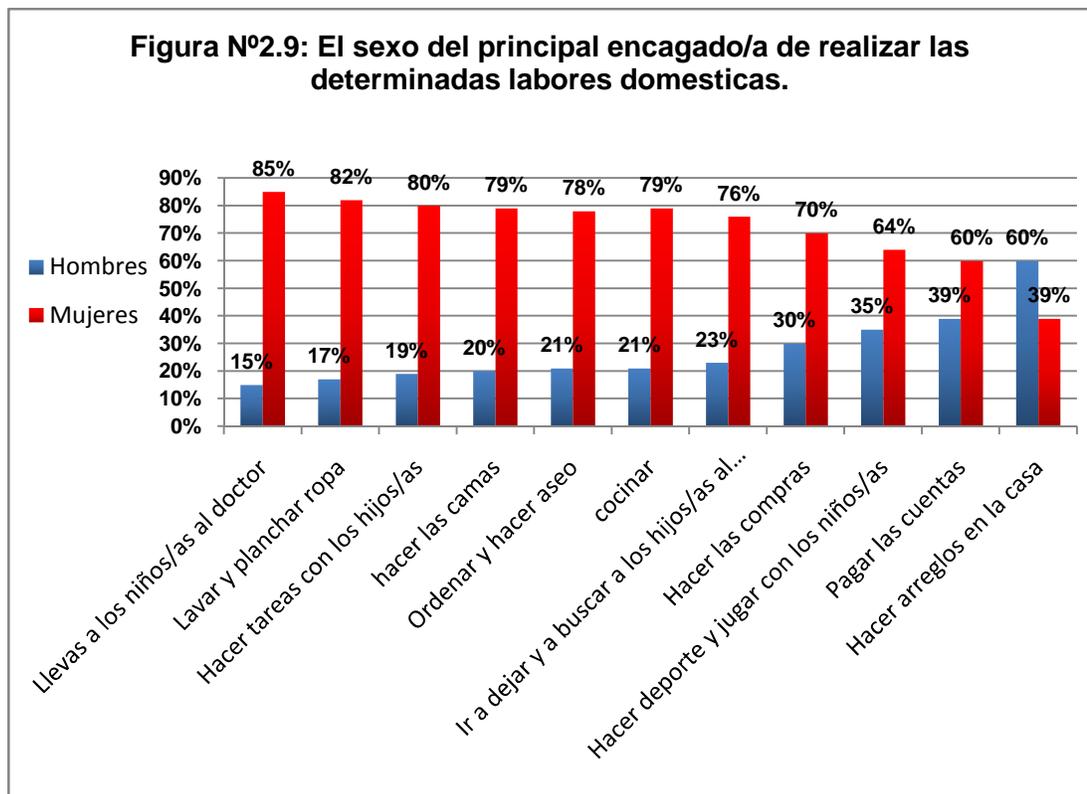
Respecto a la familia, la maternidad y la paternidad se le atribuye diversos efectos en el mercado laboral. La maternidad reduce considerablemente las opciones de las mujeres de integrar la fuerza laboral, debido a que a éstas se les imputan las responsabilidades familiares, lo que perjudicaría su productividad y disponibilidad de trabajo, mientras que la participación laboral masculina, se ve favorecida con el matrimonio y la paternidad, de manera que el trabajo y la familia no son contradictorios, sino que su relación se ve reforzada por el rol masculino tradicional de hombre proveedor.

Respecto a las mujeres jóvenes, éstas son discriminadas por ser consideradas un riesgo por la posibilidad de que sean madres, mientras que las mujeres con hijos, ven dificultada su reinserción laboral, debido a que no existen en el mercado servicios suficientes que satisfagan las necesidades de cuidado de niños y niñas en edades preescolares. Esto se debe a que, hoy en día, el funcionamiento de la sociedad aún supone que exista una persona dentro del hogar dedicada completamente al cuidado de la familia, lo que se refleja en los horarios escolares, que no son compatibles con los de una familia en que todas las personas adultas trabajan remuneradamente.

En efecto, el viejo conflicto entre responsabilidades familiares y laborales subyace hasta nuestros días en el ordenamiento jurídico vigente y representa, en gran medida, la causa de las dificultades para asegurar una efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, ya que a pesar del incremento de la participación de las mujeres en el mercado laboral, siguen siendo ellas las principales responsables de las labores domesticas y del cuidado de

menores y ancianos, lo que provoca que se enfrenten diariamente a una doble jornada de trabajo, lo que limita sus proyecciones laborales.

Esto genera un peligroso círculo vicioso de discriminación y exclusión que la legislación laboral no ha logrado revertir limitándose – como de hecho lo hace – a reconocer la mera igualdad formal entre hombres y mujeres en el empleo, sin avanzar en la concreción efectiva de esta igualdad, ya que como consecuencia de la crisis de los mecanismos de conciliación entre trabajo productivo y reproductivo y la sobrecarga de responsabilidades familiares, la mujeres tienen mayores dificultades para insertarse laboralmente y las que se insertan prefieren trabajos con jornadas laborales más flexibles los que le permiten conciliar sus labores domesticas y se caracterizan por su mayor grado de informalidad y menores ingresos.



En este gráfico observamos que a pesar de que las mujeres se han incorporado al mercado laboral, siguen siendo ellas las principales encargadas de

las labores domesticas y del cuidado de los hijos, lo que ocasiona un doble desgaste emocional y físico, ello les impide demostrar todas sus capacidades laborales, e influye negativamente en las posibilidades de ascenso y de capacitaciones.

Si bien se han dictado normas laborales tendientes a promover la conciliación del trabajo con la vida familiar, como el derecho sala cuna, pre y post natal, entre otros, estos están dirigidos exclusivamente hacia las mujeres, reforzando y reproduciendo con ello la marca cultural que delega en ellas la responsabilidad principal de la reproducción,

Cabe señalar que si bien en los últimos años se han introducido reformas destinadas a fomentar la corresponsabilidad familiar de los padres trabajadores, como es el caso del Postnatal Parental, este reconocimiento ha sido en una posición de subordinación de los derechos derivados de las mujeres. Así lo señala María Teresa Alameda, “la entrada del padre en el diseño de las políticas de conciliación se produce por la puerta de atrás, pues se diseñan derechos derivados o accesorio y no de titularidad directa”.⁴⁸

En efecto, el escaso porcentaje de varones que ha optado por asumir las funciones de cuidado de acuerdo al Postnatal Parental, -en los primeros tres meses de vigencia de la nueva ley, sólo fue 0.6% de los padres ha hecho uso del permiso parental de hasta 7 semanas que la norma les otorga- lo que da cuenta de las resistencias culturales que enfrenta aún la sociedad chilena en materia de corresponsabilidad familiar.

Por lo cual es necesario que nuestra legislación laboral evolucione a un reconocimiento neutro respecto a la titularidad de los derechos de corresponsabilidad familiar, siendo este un derecho del trabajador, ya sean hombres o mujeres.

⁴⁸ ALAMEDA CASTILLO, María Teresa. Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar, p 497. En: CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Mujer, trabajo y derecho, Op. Cit.

En conclusión, la diferencia de participación laboral y posteriormente salarial entre hombres y mujeres se atribuye entre otros factores, a la división sexual del trabajo en el ámbito doméstico, ya que para ellas, la asignación a su rol convencional, hace que las responsabilidades de la esfera doméstica choquen con sus expectativas en el mercado laboral, generándose una relación de tensión, produciendo que las mujeres se inserten en nichos laborales específicos, que les permitan compatibilizar ambos roles.

5.2. La División del Trabajo en el espacio de Producción

Ahora bien, en relación con la división del trabajo existente en los espacios de la producción, hombres y mujeres no se ven distribuidos de modo igual entre los sectores de actividad, los tipos de ocupaciones y los niveles de responsabilidad. En efecto, se observa en la Figura N° 2.10 que casi dos tercios de las mujeres están concentradas principalmente en sólo 3 de las 34 actividades económicas de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme⁴⁹ (CIIU), dichas actividades son: el comercio ventas al mayor o por menor (25,18%), servicios personales y domésticos (14,4%) y enseñanza (12,6%).

Figura N°2.10: Tabla de ocupados según rama económica y género, 2010 ⁵⁰					
Rama de la Actividad Económica	Hombre	Mujer	Total	Hombre	Mujer
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	559.180	114.790	673.970	12,68%	4,06%
Pesca	39.170	4.680	43.850	0,89%	0,17%
Explotación de minas y canteras	193.380	14.330	207.710	4,38%	0,51%
Industria Manufactureras	592.290	257.350	849.640	13,43%	9,09%

⁴⁹ El CIIU es la clasificación internacional de referencia de las actividades económicas productivas. Su principal finalidad es facilitar un conjunto de categorías de actividad que pueda utilizarse para la elaboración de estadísticas por actividades.

⁵⁰ Tabla de elaboración propia con datos de: Compendio de estadísticas de género. INE [en línea]. <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/010411/comgen_10010411.pdf> [consulta: 25 de marzo de 2012].

Suministro de Electricidad, gas y agua	56.280	9.910	66.190	1,28%	0,35%
Construcción	551.070	31.080	582.150	12,49%	1,10%
Comercio al por mayor y al por menor	805.020	713.070	1.518.090	18,25%	25,19%
Hoteles y restaurantes.	107.610	143.460	251.070	2,44%	5,07%
Transporte, almacenamiento y comunicaciones.	449.010	86.020	535.030	10,18%	3,04%
Intermediación financiera	67.130	61.430	128.560	1,52%	2,17%
Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler.	267.090	178.260	445.350	6,06%	6,30%
Administración pública y defensa; planes de seguridad social de afiliación obligatoria	228.380	156.450	384.830	5,18%	5,53%
Enseñanza	164.490	356.510	521.000	3,73%	12,60%
Servicios sociales y de salud	95.310	211.100	306.410	2,16%	7,46%
Otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales	150.510	93.630	244.140	3,41%	3,31%
Hogares privados con servicio doméstico	83.560	397.420	480.980	1,89%	14,04%
Organizaciones y órganos extraterritoriales	870	970	1.840	0,02%	0,03%
Totales	4.410.350	2.830.460	7.240.810	100%	100%

De esta manera se evidencia que las mujeres están concentradas y ubicadas principalmente en el sector terciario de la economía⁵¹, principalmente en ocupaciones que pueden ser entendidas como una prolongación de aquellas tareas que tradicionalmente han desempeñado en el hogar o, se les asignan actividades que son vistas como inherentes a la condición femenina, como el servicio doméstico y la enseñanza. Los hombres, en cambio, tienen una participación bastante más diversificada en las distintas ramas de actividad

⁵¹ Sector servicios o sector terciario es el sector económico que engloba toda aquellas actividades económicas que no producen bienes materiales de forma directa, sino servicios que se ofrecen para satisfacer las necesidades de la población

económica, de manera que están más presentes en aquellos sectores donde las mujeres están poco representadas.⁵²

No obstante, el predominio de las mujeres en el sector terciario de la economía, ello no se ha reflejado en un predominio en los cargos directivos de ese sector, ya que inclusive en esta área las mujeres se encuentran excluidas a cargos subalternos. Por ejemplo, la mayoría de los docentes son mujeres, pero generalmente los colegios y escuelas se encuentran liderados por un director y no por una directora.

Asimismo, dentro de estas ramas de actividad, las mujeres están empleadas en un rango reducido de ocupaciones, según la clasificación internacional uniforme de ocupaciones (CIUO)⁵³.

Figura Nº2.11: Brecha salarial por tipo de ocupación (salarios por hora)⁵⁴			
Tipo de calificación	Salario de mujer como % salario de hombre	Distribución trabadores mujeres (% del total)	Distribución trabadores hombres (% del total)
Trabajadores alta calificación			
Ingenieros, arquitectos, informáticos y otros	82	6	15
Médicos, biólogos y otros	79	4	4
Profesores	92	13	4
Administradores, abogados, científicos sociales	82	10	9
Técnicos en ingeniería, informática y otros	81	2	6
Enfermeros y técnicos de la salud	86	6	2

⁵² URIBE-ECHEVERRIA, Verónica. Inequidades de género en el mercado laboral: el Rol de la división sexual del trabajo. Cuaderno de Investigación Nº 35. Santiago, Dirección del Trabajo, 2008. 18p.

⁵³ El CIUO es una de las principales clasificaciones económicas y sociales de la OIT. Es una herramienta para organizar los empleos en una serie de grupos definidos claramente en función de las tareas que comporta cada empleo.

⁵⁴ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Género: Los desafíos de la igualdad.p139. Ob.Cit.

Técnicos de empresas	97	15	11
Empleados de oficina	78	17	8
Empleados con trato directo de público	85	6	2
Servicios personales	90	4	5
Vendedores y relacionados	73	7	6
Total	72	91	71
Trabajadores de calificación media			
Técnicos de empresas	85	4	3
Empleados de oficina	89	14	7
Empleados con trato directo de público	84	10	2
Servicios personales	81	14	6
Vendedores y relacionados	87	17	8
Agricultores y trabajadores calificados del agro	72	2	4
Operarios de industria de alimentos, textil y otras	86	4	4
Operadores de maquinaria	80	4	4
Servicios personales no calificados	86	20	9
Trabajadores no calificados, agropecuario	89	6	6
Trabajadores no calificados, industria y construcción	86	1	6
Total	80	95	59
Trabajadores de baja calificación			
Servicios personales	76	13	2
Vendedores y relacionados	92	3	2
Agricultores y trabajadores calificados del agro	95	5	10
Operarios de industria de alimentos, textil y otra	88	6	4
Operadores de maquinaria	87	4	4
Servicios personales no calificados	87	42	8
Trabajadores no calificados, agropecuario	92	23	26
Total	81	96	55

La figura N° 2.11, demuestra que las mujeres se concentra en un menor número de oficios que los hombres, en efecto, en el caso de los trabajadores con estudio de nivel superior considerando sólo once ocupaciones este concentra 91% de las mujeres mientras que sólo 71% de los hombres. Este hecho se repite

en las otras dos categorías, concentrándose aproximadamente un 94% de las trabajadoras en 29 ocupaciones.

Además, podemos observar que la brecha salarial se extiende por toda la gama de profesiones u oficios, en los cuales el salario promedio de las mujeres se encuentra siempre por debajo que el de sus pares masculinos, fluctuando entre un mínimo del 73% y un máximo de 97% respecto al salarios de estos. Asimismo, la brecha salarial se acentúa en aquellas profesiones con mayor calificación, lo que demuestra que a pesar de la equiparación de los niveles educacionales entre hombres y mujeres, siguen persistiendo las desigualdades remuneracionales.

La segregación laboral tiene gran relevancia en materia de riesgo y vulnerabilidad económica, ya que las mujeres al concentrarse en pocas ocupaciones las hace más vulnerables a los cambios del mercado laboral, lo que provoca que en periodos de crisis sus posibilidades de encontrar trabajos alternativos sea complicado, mientras que los hombres al concentrarse en un rango más amplio de ocupaciones reduce su riesgo laboral y les abre un mayor número de oportunidades de empleo en diferentes actividades y sectores.

5.3. Segregación Ocupacional Vertical: Las mujeres en los empleos profesionales y en los cargos de poder.

Si bien en Chile ha aumentado la participación femenina en el mercado laboral en los últimos años, todavía existe una enorme brecha en la participación entre hombres y mujeres, situación que se aprecia principalmente en la segregación ocupacional vertical concentrándose las mujeres en los niveles más bajos de la jerarquía laboral, en otras palabras, existe una subrepresentación de las mujeres en los cargos de alta dirección, tanto en el ámbito público como privado

5.3.1. Representación femenina en el Ámbito Público.

En Chile, el debate sobre el incremento de la presencia femenina en la política y en los altos cargos de dirección pública, estuvo marcado por un hecho

de la máxima trascendencia, que fue la elección de Michelle Bachelet como la Primera Presidenta de la República en el año 2006.

Durante este periodo, la Ex Presidenta conformo un gabinete paritario compuesto por un 50% de mujeres, el cual a pesar, de los distintos cambios de gabinete que se sucedieron durante su gobierno se mantuvo en lo que se denomina como “paridad flexible” que corresponde a una representación femenina en la relación 60/40%.

Sin embargo como vimos anteriormente en el último ranking global de igualdad de género del Foro Económico Mundial, Chile descendió alrededor de cuarenta lugares respecto del año 2011. Este descenso era previsible, principalmente por la baja representación política femenina, la cual se encuentra por debajo del 30% requerido por la **United States Agency for International Development**, (USAID), que corresponde al porcentaje mínimo requerido de participación femenina en aquellos países inclusivos, democráticos e igualitarios.

En efecto, si bien durante el gobierno de la Ex Presidenta Michelle Bachelet, el gabinete ministerial estuvo conformado en promedio por 45% de Ministras, hoy en día, sólo hay 5 mujeres liderando un Ministerio, lo que equivale sólo al 24% de representación femenina en el gabinete.

Si bien, los índices de representación política en el Congreso Nacional no son mejores, estos han ido aumentando progresivamente. En efecto, durante el año 1995, sólo diez de 158 Parlamentarios electos eran mujeres; mientras que en el año 2009 esta cifra aumento a veintidós, lo que equivale al 13,9% de representación femenina en el Parlamento,

Pese a este aumento, la participación femenina en el Congreso Nacional Chileno, es muy inferior al promedio regional que es de un 22,5%, superando sólo países como Suriname (9,8%), Brasil (8,6%) y Paraguay (8,5%), y estando muy por debajo de aquellos países que se encuentran en el extremo superior

de esta escala, como son Cuba (43,2%), Costa Rica (38,6%), Ecuador (32,3%) y de nuestros vecinos como Argentina (38,5%) y Perú (27,5%). Estos últimos países han incorporado más mujeres en posiciones de poder ya que cuentan con medidas de acción afirmativas, como son la Ley de cuotas de género y arreglo electorales que favorecen la participación femenina en cargos de elección popular.

Respecto a la representación femenina en la última elección de Municipal, de los 350 Municipios, en sólo en 170 de ellos se presentaron candidatas, saliendo electas 42 candidatas, mientras que en las Concejalías se aumento el número de mujeres electas a 553 de 2233 lo que equivale una representación de un 24,9%.

Por consiguiente, las mujeres siguen estando sub-representadas en la vida política chilena, tanto en el poder ejecutivo como en el parlamento y en los municipios. Por ello, se deben impulsar los cambios necesarios, para que hombres y mujeres puedan acceder a cargos de representación popular en igualdad de condiciones, a través de medidas positivas que permitan las modificaciones necesarias para el acceso de las mujeres a los círculos de tomas de decisiones, fortaleciendo su liderazgo y contribuyendo así a su crecimiento personal y al de su país

5.3.2. Representación femenina en el ámbito privado.

A nivel internacional, el promedio de participación femenina en altos cargos gerenciales es de un 21% según *El International Business Report de Grant Thornton (IBR)*⁵⁵ que abarca sociedades cotizadas en la bolsa y compañías privadas.

⁵⁵ *El International Business Report de Grant Thornton (IBR)* es un sondeo trimestral a 3,000 altos directivos de empresas cotizadas en la bolsa y empresas privadas de todo el mundo. Se inició en 1992 en nueve países europeos, en la actualidad el sondeo encuesta a 12,000 empresas líderes en 40 economías en forma anual, aportando elementos para comprender los temas económicos y comerciales que afectan a las compañías a nivel global.

El panorama según las regiones muestra algunas variaciones interesantes. En las economías BRIC (Brasil, Rusia, India y China) un 26% de los cargos de alta gerencia son ocupados por mujeres en comparación con el apenas 18% del G7. El sudeste asiático (ASEAN) posee el nivel más alto de participación femenina con un 32%, por encima de la UE que es de 24%, Latinoamérica con 22% y Norteamérica con 18%.

A nivel de país, Rusia sobresale como la nación con la más alta proporción de mujeres en altos cargos gerenciales con 46%, seguido de Botsuana, Filipinas y Tailandia, todos con un 39%. En el otro extremo están los países con culturas relativamente patriarcales, donde la proporción de mujeres en altos cargos gerenciales es mucho menor, por ejemplo Japón con 5%, India con un 14% y los Emiratos Árabes Unidos con un 15%.⁵⁶

En Chile, actualmente sólo el 21% de los cargos de alta gerencia son ocupados por mujeres (IBR 2012), disminuyendo del 24% obtenido en el IBR 2009 y encontrándose actualmente bajo el promedio latinoamericano.

Si bien las mujeres chilenas han ingresado masivamente a la educación superior, no han tenido aún la oportunidad de capitalizar los logros educacionales accediendo a posiciones estratégicas y de liderazgo en la fuerza de trabajo de las esferas culturales, económicas, académicas y políticas de la sociedad chilena.

Pero, al mismo tiempo, las mujeres se ven, en general, excluidas de los puestos de poder y dirección. Sólo muestran una mayor presencia al interior de las ocupaciones directivas en departamentos de personal y de relaciones laborales, organizaciones humanitarias, el comercio minorista y las empresas de restauración y hostelería.

⁵⁶ *Women in senior management on the rise in Europe as peers in emerging markets fall away. El International Business Report de Grant Thornton [en línea]. <http://www.internationalbusinessreport.com/Press-room/2012_women.asp> [consulta: 03 de mayo de 2012].*

5.4. El “techo de cristal” y “el laberinto del liderazgo”.

La literatura especializada ha descrito las dificultades de las trayectorias laborales femeninas a partir del concepto de “techo de cristal” (Morrison y Van Velsor 1987). El concepto apunta a la existencia de barreras al interior de las organizaciones que impedirían que las mujeres y ejecutivas puedan ascender hasta las cúpulas directivas. Se trata de una barrera de “cristal” pues opera a través de la invisibilidad de prejuicios y estereotipos incrustados en la cultura organizacional de las empresas, más que por mecanismos formales y visibles de exclusión o discriminación.

Pero la metáfora del techo de cristal no alcanza a explicar la diversidad de patrones que se observa en las trayectorias laborales de mujeres en el campo corporativo, ni todos los obstáculos que pueden intervenir en esos distintos itinerarios.

Alice Eagly y Linda Carlien, en su obra *“Las mujeres y el laberinto del liderazgo”* señalan que la mejor metáfora para representar las dificultades y desafíos que las mujeres deben enfrentar en el emprendimiento profesional es la del “Laberinto”. Ya que el Laberinto como símbolo contemporáneo, transmite la idea de un viaje complejo hacia una meta por la cual vale la pena esforzarse. Pasar por un laberinto, no es sencillo ni directo, sino que requiere persistencia, conciencia del propio progreso, y un cuidadoso análisis de las bifurcaciones que se avecinan. Por lo tanto, para aquellas mujeres que aspiran a llegar a las posiciones de liderazgo más altas, sí existen rutas, pero están llenas de giros y desvíos, previstos e imprevistos. Esta metáfora reconoce que las metas son alcanzables, no obstante la existencia de diversos obstáculos, pues se entiende que todos los laberintos tienen una ruta viable cuando se tiene talento, perseverancia y suerte.

Por ejemplo, hay circunstancias, como el matrimonio y la paternidad que suelen generar mayor sueldo para los hombres mientras que para las mujeres la maternidad frecuentemente es un obstáculo para ser contratadas, un impedimento para ascender, para acceder a la capacitación, para alcanzar iguales oportunidades

de trabajo, lo que provoca la inequidad de oportunidades entre hombres y mujeres a lo largo de sus trayectorias laborales y que dan por resultado que los hombres ganen más y sean promocionados antes.

Muchas mujeres que podrían optar por posiciones de responsabilidad y prestigio por su experiencia y formación, a veces prefieren no hacerlo porque creen que no son compatibles con sus responsabilidades familiares. Esto origina que el empleador al momento de elegir, prefiera a un hombre en vez de una mujer, ya que éstas tienen más posibilidades de pedir bajas por maternidad y por atender a otras responsabilidades materiales.

La falta de modelos de referencia femeninos en puestos de decisión provoca la persistencia de un modelo de dirección protagonizado por hombres que cronifica la escasa presencia de mujeres en estos cargos y afecta de manera negativa a la hora de generar vocaciones femeninas para ocupar estos puestos. El estereotipo que asocia lo masculino y femenino con diferentes características y que acostumbra a relacionar el poder con la masculinidad influye en el hecho probado de que las mujeres se encasillen en puestos de soporte. El prejuicio también tiene como resultado la no inclusión de las mujeres en las redes informales de relación.

5.5. El Sistema de Cuotas

En diversos países de todo el mundo han implementado las medidas de acción positiva, que son estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de determinadas políticas que permiten corregir discriminaciones o exclusiones que son producto de políticas o sistemas sociales. La acción positiva es, hasta ahora, el instrumento más aceptado a nivel internacional para superar los obstáculos para el logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. El mecanismo más utilizado es el **Sistema de Cuotas**, con el objetivo de promover la igualdad de género en distintos sectores de la sociedad.

Con su implementación se ha buscado hacer de ellas un mecanismo sólido, que garantice la efectiva integración de las mujeres a los organismos de decisión y a las instancias de poder público y privado, a través de la observancia de porcentajes mínimos de participación femenina.

Existen distintos tipos de cuotas: las adoptadas por la vía constitucional, las cuales se consagran en el ámbito de la Ley fundamental de cada país, preferentemente la Constitución (por ejemplo en Burkina Faso, Filipinas, Nepal y Uganda), las legislativas, establecidas, sobre todo, en las leyes electorales (Generalmente aplicadas en América Latina, Bélgica Bosnia y Sudán) y las que se aplican a las listas de partidos políticos, los cuales utilizan voluntariamente el sistema de cuotas de género en sus procedimientos de selección de cargos internos, para asegurar el porcentaje de mujeres candidatas (En algunos países numerosos partidos políticos han adoptado disposiciones en materia de cuotas, por ejemplo Argentina, Bolivia, Ecuador, Italia y Suecia).

En 2003, eran 74 los países dotados de cuotas constitucionales, electorales o concernientes a partidos políticos.⁵⁷

Un ejemplo de ello, es Noruega que ha tomado una iniciativa suplementaria en materia de cuotas para aumentar el número de mujeres en los consejos de dirección de las empresas públicas y privadas, donde al menos el 40% de los miembros de los consejos de dirección de las empresas pertenecientes al Estado y de los comités de dirección de empresas privadas deben ser mujeres.

Así como en Bélgica, se estableció una cuota para mujeres en materia de representación política obligatoria del 25% de candidaturas femeninas en las listas de los partidos políticos para todas las elecciones (esta cifra aumentó al 33, 3% a

⁵⁷ Instituto Internacional por la democracia y la asistencia electoral, Electoral Quotas for Women Website [en línea]. < <http://www.idea.int/gender/quotas.cfm>> [consulta: 13 de febrero de 2012].

partir de 1999), aumentando la representación de la cámara baja del parlamento del 23% en 1999 al 35% al 2003.⁵⁸

La necesidad de implementar cuotas de género ha implicado el reconocimiento de la existencia de un déficit en la participación política de las mujeres, considerando, entre otros factores:

- I. La persistencia de una cultura política autoritaria y masculina.
- II. La falta de democratización en el interior de las instituciones del Estado.
- III. La baja prioridad de la clase política para resolver los problemas y obstáculos que impiden a las mujeres participar en igualdad de condiciones respecto a los hombres, lo que refleja una resistencia a integrarlas como sujetos políticos.
- IV. La falta de una masa crítica de mujeres en puestos de toma de decisiones y autoridad, lo que les impide traspasar de las necesidades prácticas a los intereses estratégicos de género.

Las cuotas de género se han constituido en mecanismos concretos que establecen “un piso mínimo” y no un techo para la participación política de las mujeres. Mediante las leyes de cuotas se fija un porcentaje mínimo de presencia femenina en los puestos de gobiernos, de representación política o de dirección sean de empresas públicas o privadas, con el objetivo de contrarrestar los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a cargos con poder de decisión.

⁵⁹

⁵⁸ OIT. Romper el techo de cristal, las mujeres en puestos de dirección. Francia. Oficina Internacional del Trabajo.2004

⁵⁹ MEDINA ESPINO, Adriana; La participación política de las mujeres; de las cuotas de género a la paridad. México. Centro de estudio para el adelanto de las mujeres y equidad de género, febrero, 2010, 25p.

No obstante, en su implementación los actores políticos parecieran “confundir” a las cuotas no como un punto de partida que permita aumentar gradualmente la presencia de las mujeres en los espacios de representación política, sino como un límite a la participación femenina, al asumir que se trata de “la cuota a cubrir”.

6. Teorías explicativas de la división sexual del trabajo.

Las teorías explicativas de las diferencias de salarios y de ocupaciones entre hombres y mujeres se pueden dividir en dos grandes grupos:

- a) Aquellas que se centran en la característica de la oferta del trabajo: En estas teorías la discriminación de remuneraciones y de participación de las mujeres en el mercado laboral se atribuye a las diferencias de productividad de los trabajadores, que surgen por la desigual inversión de los géneros en capital humano (teoría del capital humano) y por las preferencias en que los hombres y mujeres acceden al mercado laboral (teoría y diferencias compensatorias).
- b) Aquellas que se centran en la demanda: Estas teorías se fundamentan en la discriminación sexual en el mercado laboral, atribuyéndole las desigualdades salariales y de oportunidades entre hombres y mujeres. Estas diferencias se pueden manifestar de diferentes formas:
 - I. Discriminación salarial dentro del trabajo: Es aquella que se produce cuando las mujeres reciben una menor remuneración que los hombres, por un mismo trabajo.
 - II. Discriminación de colocación: Es aquella que se produce cuando las mujeres ocupan puestos o cargos subalternos a los hombres, que tienen remuneraciones inferiores.
 - III. Discriminación valorativa: Es aquella que se produce cuando las ocupaciones que ejercen principalmente las mujeres reciben salarios menores que aquellas que realizan los hombres, aunque el

requerimiento de las cualificaciones u otros factores relevantes en la fijación de salarios sean los mismos.

6.1. La teoría del Capital Humano:

La teoría del Capital Humano ha sido desarrollada principalmente por Gary Stanley Becker en su obra "*Capital Human*" publicada en 1964. El capital humano es el conjunto de capacidades productivas que un individuo adquiere por acumulación de conocimientos generales o específicos, considerando la educación y la formación laboral, como inversiones que realizan los individuos con el fin de incrementar su eficiencia productiva y por lo tanto sus ingresos.

Esta teoría explica las desigualdades salariales entre géneros, a través de las "diferencias productivas" que se provocan por la discontinuidad laboral de las mujeres, las que abandonan el mercado activo del trabajo por razones de maternidad, lo que implica que inviertan menos en su capital humano (en educación y experiencia laboral) y por lo tanto reciban menores ingresos.

Por lo demás, las mujeres tienden a elegir empleos que tienen una menor depreciación del capital humano, es decir donde la formación en el empleo es menos importante, pensando en aquellos periodos de su vida en que se encuentren fuera del mercado laboral, lo que produce la segregación laboral de las mujeres en determinadas áreas.

Sin embargo, aun cuando las mujeres inviertan tanto en capital humano como los hombres, sus responsabilidades domésticas pueden perjudicar su productividad en el trabajo y por lo tanto afectar negativamente sus salarios. Ya que hoy en día, no existe corresponsabilidad del trabajo domestico siendo generalmente las mujeres las encargadas de realizar el trabajo del hogar, enfrentado una doble jornada laboral, lo que provoca que estén más cansadas.

6.2. La teoría de las diferencias compensatorias

La economía explica el diferencial salarial, al través de “la teoría de las diferencias compensatorias”. Esta teoría establece la posibilidad de que existan diferencias salariales, aun entre personas con las mismas características productivas, debido a que la retribución del trabajo está compuesta por compensaciones pecuniarias (salario) y no pecuniarias (desutilidad al realizar el trabajo).⁶⁰

La teoría económica señala que la competencia requiere que todos los empleos sean igualmente atractivos para los trabajadores, considerándose tanto los beneficios pecuniarios como los no pecuniarios. Así, por ejemplo, si hay trabajos que implican riesgo o condiciones laborales desagradables, como por ejemplo, jornadas laborales extensas, horas nocturnas, trabajo en ambientes malsanos, viajes frecuentes, peligro de accidentes etc., estos sean mejor remunerados con la finalidad de compensar a los trabajadores por la desutilidad que les generan las condiciones laborales.

Según esta visión los empleadores incentivan salarialmente a los trabajadores que escogen estas labores desagradables, por el contrario ofrecen menores salarios aquellas labores que proporcionan beneficios no pecuniarios. Por lo tanto, las diferencias salariales estarían reflejando simplemente las distintas características de los empleos y asociadas con las preferencias de los trabajadores y sus decisiones de oferta de trabajo

Al aplicar esta teoría a la diferencia remuneracional entre géneros, se desprende que dichas diferencias son compensatorias, ya que las mujeres generalmente prefieren y son contratadas en labores más agradables, por lo cual privilegiarían las condiciones laborales a los ingresos, mientras que los hombres se enfocan en la maximización de los ingresos

⁶⁰ ENGLAND, Paula. Desigualdad de género en los mercados de trabajo: El papel de la maternidad y la segregación, *Oxford Journals*, (12): 264-288, 2005.

6.3. La perspectiva marxista

El pensamiento marxista basa las inequidades de género, en la relación del trabajo domestico con el capital, reconociendo por primera vez, el carácter económico del trabajo domestico para la producción.

El marxismo considera que división sexual del trabajo responde a las necesidades del capitalismo en dos aspectos:

- a) El trabajo doméstico garantiza el control social de las mujeres y los valores de uso necesarios para la reproducción diaria de la fuerza de trabajo masculina (alimentación, vestimenta, etc). En este sentido, el trabajo doméstico realizado por las mujeres cumple una función de abaratamiento de los costos de reproducción de la fuerza de trabajo.
- b) La conformación de una fuerza de trabajo femenina con menor retribución que la masculina y que siendo altamente movilizable constituye un ejército industrial de reserva, lo que produciría su subordinación económica.⁶¹

En consecuencia, las desigualdades de género derivan principalmente del capitalismo al ser las mujeres asalariadas particularmente útiles como ejército de reserva laboral, ya que sus responsabilidades familiares y su dependencia parcial del salario del hombre aseguran que sean vistas como trabajadores de segunda clase, que pueden ser empujadas a la esfera privada siempre que no sean necesitadas en el mercado laboral. En este sentido, las variaciones en la tasa de actividad femenina responden a las necesidades del capital y se explican por su posición en la familia. Así, desde el marxismo tradicional se considera que la configuración de la familia y el trabajo doméstico forman parte de la lógica del

⁶¹ URIBE-ECHVERRIA, Verónica. Inequidades de Género en el mercado laboral: El rol de la división sexual del trabajo. p51. Ob, Cit.

capital, por lo que la lucha de las mujeres por su liberación forma parte de la lucha de clases.⁶²

Si bien, el pensamiento marxista incorporó la noción económica del trabajo doméstico, y reconoció la división sexual del trabajo como principal fuente de la subordinación femenina, lo realizó a través de una perspectiva económico y social.

6.4. El género como fundamento de la división sexual del trabajo.

El pensamiento feminista ha criticado las teorías que explican la división sexual del trabajo, tanto enfoque económico neoclásico como el enfoque marxista, por no considerar las relaciones sociales entre los géneros, señalando que son “ciegas al género” o “sexualmente neutras”, ya que no consideran la importancia de los factores sociales y culturales en el fenómeno división sexual del trabajo, asociándolo solo a factores biológicos y naturales que no necesitan mayor explicación.

Para esta teoría, las inequidades de género se originan como consecuencia del modelo patriarcal que domina la sociedad, tanto en el ámbito laboral como familiar, el cual establece determinados roles para cada género, lo que conlleva a la división sexual del trabajo. Por esta razón, las mujeres son segregadas a labores feminizadas o aquellos trabajos que constituyen una extensión de las labores domésticas, los cuales son considerados como un trabajo secundario para sociedad y que debe conciliarse con el trabajo reproductivo de las mujeres, por lo cual son de jornadas laborales más flexibles, pero con mayor índice de informalidad, menores remuneraciones y con menores posibilidades de capacitación y de ascensos.

Esta teoría reconoce la existencia de una vinculación entre la división social y técnica del trabajo en las sociedades capitalistas y las relaciones sociales de género entendidas como relaciones de poder, pues la división sexual del trabajo

⁶² BRUNET, I. ALARCON, A. Mercado de trabajo y familia. 121p. Ob. Cit.

doméstico es perpetuada por la división sexual del trabajo en el mercado y viceversa.

CAPITULO III:
EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES
EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL.

1. La Igualdad de Remuneraciones en el Ordenamiento Jurídico Internacional

El hecho que las mujeres se hayan incorporado cada día más al mercado laboral ha dejado de manifiesto las desigualdades y discriminaciones que se producen, ello debido a que el mercado laboral fue, por mucho tiempo, un lugar donde la normalidad era encontrarnos con “hombres trabajadores” y, por otro lado, las mujeres se encontraban en sus hogares realizando las labores domésticas, que siempre les habían sido propias y exclusivas.

La incorporación de la mujer al mercado laboral como fenómeno creciente y cada día en mayor expansión ha llevado a que la comunidad internacional, consciente de éste, haya tenido que regular este fenómeno social.

Sin embargo, se ha dicho que “las transformaciones económicas y sociales del trabajo han puesto en evidencia que los sistemas jurídicos clásicos inspirados en el impuesto paradigma del hombre proveedor y la mujer cuidadora no han estado preparados para responder a las interrogantes que hoy representan los problemas derivados de la incidencia de la discriminación por causa de sexo y la demanda por conciliar responsabilidades laborales y familiares, todo lo cual ha llevado inexorablemente a tener que rediseñar la legislación laboral.”⁶³

Claro es que el derecho laboral se encuentra inspirado en la noción de la existencia de una relación contractual en donde una de las partes es el empleador que tiene una supremacía como tal y por otro lado el trabajador que es la parte débil de la relación contractual, es decir, se inspira en la desigualdad. Por lo mismo, las modificaciones que históricamente ha sufrido la regulación laboral han sido siempre

⁶³ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Mujer, Trabajo y Derecho.8p. Op. Cit.

inspiradas y han tratado de equiparar esta desigualdad. Pero la regulación se ha hecho considerando al trabajador en términos neutrales sin considerar su sexo y las diversas responsabilidades que cada persona posee en su ámbito familiar como es el cuidado del hogar y de terceras personas como son los hijos y adultos mayores.

La comunidad internacional, consciente de esta tensión y preocupada por brindar apoyo a un gran sector productivo como es la mujer, ha ido dictando diversa normativa que permita resguardar sus derechos.

Los principios generales del derecho son esenciales en todo ordenamiento jurídico, pues corresponden al conjunto de premisas que impregna todo el sistema legislativo de un país, inspirando la normativa estatal en su conjunto. En materia laboral, los principios “se plasman en la legislación interna de cada país a través de su pirámide jurídica, que contiene las constituciones, códigos de trabajo (cuando existen) y otras leyes complementarias o disposiciones reglamentarias. Asimismo, los tratados internacionales de derechos humanos y los convenios de la OIT, ejercen una importante influencia sobre dicho ordenamiento, en la medida que orientan algunos lineamientos de la legislación interna. Finalmente, buena parte de los países diseñan políticas específicas para superar la discriminación contra las mujeres”.⁶⁴

El principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres goza de una larga historia de reconocimiento jurídico a nivel supranacional. Este principio fue reconocido por primera vez en un tratado internacional, en la parte octava del Tratado de Paz de Versalles, de fecha 28 de junio de 1919. Posteriormente, tuvo un especial reconocimiento en el Preámbulo del Tratado que constituyó la Organización Internacional del Trabajo en el año 1940 y de ahí en adelante ha sido reiteradamente reconocido en una serie de pactos y convenciones internacionales, entre los que destacan: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948; el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo,

⁶⁴ PAUTASSI, Laura, FAUR, Eleonor, GHERARDI, Natalia. Mujer y Desarrollo. Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad. Chile. CEPAL, 2004. 56p.

de fecha 29 de junio de 1951, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de fecha 19 de diciembre de 1966.

En el ámbito del derecho comunitario europeo, el principio de igualdad de remuneraciones o de retribución tiene un reconocimiento expreso en el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). El inciso 1 del art. 141 TCE establece textualmente que: “Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”.⁶⁵

De esta forma podemos ver que la preocupación por la igualdad salarial entre hombres y mujeres se instala como uno de los principios básicos del Derecho Internacional del Trabajo, siendo objeto de diversos Convenios Internacionales. Cabe recalcar además que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha servido de base para la redacción de otros tratados internacionales y para la creación dogmática sobre la materia.

2. Convenios dictados por la Organización Internacional del Trabajo

La OIT es una agencia especializada de las Naciones Unidas responsable de la elaboración y supervisión de las Normas Internacionales del Trabajo. Es una institución de carácter “tripartito”⁶⁶ ya que representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores participan en conjunto en la elaboración de sus normas, políticas y programas. Los principales objetivos de la OIT son la promoción de los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo.

En cuanto a su origen, la OIT se instituyó con el Tratado de Versalles de 1919, que pone fin a la I^o Guerra Mundial bajo la creencia de que la paz universal y

⁶⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.348 resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones. [en línea]. <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20348/HL20348.pdf>> [consulta: 11 de abril de 2012].

⁶⁶ MONTT BALMACEDA, Manuel. Principios de Derecho Internacional del Trabajo: La OIT. 2^o ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 70p.

permanente es alcanzable basada en la Justicia social. Los motores que impulsan la creación de esta institución son la búsqueda de la seguridad de los trabajadores basado en consideraciones humanitarias, políticas y económicas. Se pensó que el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores se traduciría invariablemente en la paz social. La institución se ha preocupado de regular diversas materias con el fin de garantizar la protección los trabajadores a escala global, entre las cuales se destacan: la regulación de las horas de trabajo; garantizar un sueldo o salario vital adecuado; proteger al trabajador contra las enfermedades y los accidentes de su empleo; prestación de vejez y de invalidez que permitan una vida digna; reconocimiento del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y reconocimiento del principio de libertad de asociación, por mencionar algunos. Es decir, desde la creación de la Institución, la no discriminación y la promoción de la igualdad constituyen principios fundamentales que sustentan la labor de la institución.

Hoy en día con la importancia de la globalización de la economía, la universalización de los principios del derecho laboral es una realidad que se ha materializado por el surgimiento y fortalecimiento del derecho internacional del trabajo, gracias al rol de la Organización Internacional del Trabajo y a la implementación de los Convenios Internacionales del Trabajo.

Los referidos convenios internacionales del trabajo son los principales instrumentos internacionales por medio de los que opera la OIT. Pueden ser clasificados en convenios de Derechos Humanos y convenios técnicos, según si establecen derechos básicos o fundamentales (como la libertad sindical, la prohibición del trabajo forzoso) o no⁶⁷.

Los convenios se caracterizan por emanar de un organismo internacional como es la OIT (y no de un acuerdo bilateral entre estados) ya que son resultado de la Conferencia Internacional del Trabajo (de carácter tripartito, a la que concurren los gobiernos, los representantes de los empleadores y de los trabajadores) y por lo mismo

⁶⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Fundamentos de Derecho Laboral. 3º ed. Chile, Editorial Legal Publishing Chile, 2011, 63p.

son instrumentos de carácter multilateral (puede ser suscrito por varios Estados). Su objetivo o finalidad es la protección de los trabajadores sin importar su nacionalidad.

Respecto a la naturaleza jurídica de los convenios, consideramos que constituyen una ley una vez que el convenio es ratificado por Chile, ya que el artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República establece que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, **así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**”. Esto es, no sólo son vinculantes los tratados internacionales ratificados por nuestro país- entre los que se encuentran los convenios, entre otros instrumentos- sino que, además, tanto el Estado como los particulares están obligados a respetarlos, puesto que se incorporan al ordenamiento jurídico interno.

Los Convenios de la OIT han permitido la creación y el posterior fortalecimiento de una legislación internacional del trabajo que establecen parámetros básicos o mínimos que deben cumplirse para dar una protección efectiva a trabajadores. Este “piso mínimo”, se expresa en los siguientes ocho convenios básicos, los cuales han sido ratificados por Chile:

- I. C029 Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930.
- II. C087 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.
- III. C098 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.
- IV. C100 Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951.
- V. C105 Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957.
- VI. C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.
- VII. C138 Convenio sobre la edad mínima, 1973.
- VIII. C182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999.

En 1998 la OIT emite la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, en la que reconoce que el crecimiento económico es esencial pero no suficiente para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza. Dicho instrumento recalca los derechos más esenciales en esta materia, reforzando la necesidad de eliminar toda forma de discriminación en materia laboral:

- I. Eliminación de todas las formas del trabajo forzoso u obligatorio;
- II. Abolición efectiva del trabajo infantil;
- III. Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación;
- IV. Libertad de asociación sindical;
- V. Reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

La regulación del trabajo femenino por medio de los convenios de la OIT ha tenido un importante impacto, tanto en términos de regulaciones concretas como también, actuado como marco conceptual para las legislaciones internas. De este modo, al ratificar un determinado convenio, el Estado-Miembro de la organización asume la obligación de implementar los principios establecidos en el convenio. El carácter vinculante se manifiesta, además, en la obligación de informar periódicamente los motivos que impiden su ratificación y las medidas que se están tomando para revertir la situación desfavorable.

En todos los casos, con o sin propuesta de ratificación, los Estados-Parte deben someter al cuerpo legislativo de sus países el Convenio o la Recomendación, ya que servirá para divulgar el contenido de las normas internacionales del trabajo y para propiciar el debate público, permitiendo que los empleadores y los trabajadores participen en el proceso a escala nacional e influyan respecto de la ratificación del Convenio o la aceptación de la Recomendación

2.1. Convenio N° 100 “Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, 1951.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo el 29 de junio de 1951, adoptó el Convenio N° 100, sobre la igualdad de remuneración, el cual adopta diversas proposiciones relativas al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

El presente Convenio fue ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971, luego promulgado mediante DS 732 de 19 de octubre de 1971 y finalmente publicado en el Diario Oficial el día de 12 de noviembre de 1971.

2.1.1. Aspectos Conceptuales del convenio:

- I. Remuneración:** Según el artículo 1 letra a) ésta comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, por concepto del empleo de este último.

En nuestro Código del Trabajo el concepto de remuneración se encuentra definido en los artículos 41 inciso primero y artículo 42. Es así como el artículo 41 inciso primero del código en comento preceptúa “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”. Luego el artículo 42 nos indica que constituyen remuneración lo siguiente: a) El sueldo o sueldo base que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por periodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo; b) El sobresueldo que consiste en la remuneración de horas extraordinarias de

trabajo; c) La comisión que es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador; d) La participación, que es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma, y e) La gratificación, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador. Finalmente, en el inciso segundo del artículo 41 se indica que “no constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”.

De la lectura de ambos conceptos, vale decir, el concepto de remuneración entregado por el convenio 100 de la OIT y el concepto de remuneración de nuestro Código del Trabajo se puede apreciar que nuestra legislación nacional posee un concepto más acotado, ya que, para la OIT se encuentra dentro del concepto de remuneración “cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente al trabajador, en concepto del empleo de este último”, en cambio, nuestro código señala expresamente ciertas materias que no constituyen remuneración como son las asignaciones de movilización, de colación , viático, entre otras. Dichas materias pueden perfectamente caer dentro del concepto del convenio 100 que señala “cualquier otro emolumento”. El Convenio se aplica a los salarios o sueldos básicos y a cualquier otro emolumento en dinero o en especie (suplementos, primas, prestaciones,

etc.) pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador o a la trabajadora, por concepto de remuneración de su trabajo”.⁶⁸

La Ley 20.348 del año 2009 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, agrega el artículo 62 bis al Código del Trabajo, que en su inciso primero establece: “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.

Esto es, nuestro Código del Trabajo protege la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres pero sólo si prestan un mismo trabajo. En efecto, la Dirección del Trabajo ha dicho respecto al artículo 62 bis del Código del Trabajo que “del precepto en análisis es posible colegir que el empleador ante un mismo trabajo que sea desempeñado por un hombre y una mujer, se encuentra obligado a dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre ambos”.⁶⁹ En el mismo Dictamen, se definen el sentido y alcance de la expresión "características técnicas esenciales" de los cargos o funciones en la empresa a que se refiere el N°6 del artículo 154 del Código del Trabajo, introducida por la ley N°20.348, en los siguientes términos:....por "características técnicas esenciales", debe entenderse aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a realizar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda ejecutar en la empresa.

Esto es, el artículo 62 bis del Código del Trabajo no se condice con los principios que establece el Convenio 100 de la OIT, por cuanto parte de una premisa completamente diferente, cual es el requisito de similitud absoluta

⁶⁸ OIT. Convenios fundamentales y prioritarios en materia de igualdad. Perú. 2005, 5p.

⁶⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N°1187/018 del 10 de marzo de 2010. [en línea]. <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97655.html>> [consulta: 24 de octubre de 2012].

en la labor realizada por los trabajadores y trabajadoras, mientras que el Convenio comprende una mayor amplitud en materia de igualdad de remuneraciones, como pasaremos a ver a continuación.

- II. Igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor:** Con esta expresión según el artículo 1 letra b) se designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo por concepto de un trabajo de igual valor, esto es, no es necesaria la existencia de una igualdad en el cargo o puesto de trabajo, sino que se busca que la equivalencia esté en función de las características y responsabilidades de éste, pero no necesariamente respecto del contenido del trabajo, ya que muchas veces las mujeres realizan labores con contenido diferente a las de sus compañeros de trabajo.

En efecto, se ha dicho que el objetivo del Convenio (núm. 100) relativo a la igualdad de remuneración, 951, es acabar con la discriminación en materia de remuneración y asegurar que las mujeres y los hombres reciban un mismo salario no sólo por un trabajo similar o idéntico, sino también por un trabajo de igual valor. Este principio es esencial para lograr la igualdad de género, ya que muchas mujeres desempeñan trabajos distintos a los que realizan los hombres. La determinación del valor – y los requisitos correspondientes – de los diferentes puestos sobre la base de criterios comunes y objetivos también contribuye al establecimiento de sistemas más transparentes y eficaces de fijación de salarios, y a la mejora de los procesos de selección y contratación”.⁷⁰

⁷⁰CHICHA, Marie-Thérèse. Promoción de la Igualdad Salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos: Guía detallada. OIT, 2008. [en línea]. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_101326.pdf> [consulta: 16 de octubre de 2012].

2.1.2. Problemática que aborda este Convenio:

El Convenio N° 100 se adoptó en la 34ª reunión de la OIT el día 29 de junio de 1951 y precisamente “fue creado para garantizar y promover el principio de la igualdad de remuneración del salario entre hombres y mujeres cuando realizan un trabajo de igual valor”.⁷¹

El problema de las mujeres trabajadoras se da debido a que somos discriminadas por el sencillo y natural hecho de “ser mujeres”, es así, como sufrimos una discriminación de género en el ámbito laboral que repercute en variadas situaciones y una de ellas – y la que nos preocupa en el presente trabajo – es la remuneración, lo que se ve evidenciado de manera empírica por la diferencia porcentual que existe entre las remuneraciones de los hombres en comparación con la de las mujeres aún cuando se encuentren desempeñando un trabajo de igual valor: un estudio reveló que, en cuanto a la situación laboral, “se puede apreciar que las mujeres y, particularmente las madres, se encuentran en una situación desmejorada respecto a la de los hombres, con independencia de que éstos sean padres”. Las tasas de participación en Chile son particularmente bajas en las mujeres en comparación, incluso, con el resto del continente. Según los datos de la Encuesta CASEN (2006), la tasa de participación de las mujeres no supera el 43%, mientras que la de los hombres llega a un 72%.⁷²

De esta forma nos encontramos con el hecho de que el Convenio 100 finalmente aborda “una cuestión de derechos humanos, porque si el trabajo de una mujer se valora menos solamente porque es una mujer, su dignidad individual se ve lesionada. También es una cuestión de desarrollo económico,

⁷¹OIT.Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. Ob. Cit.

⁷² PINCETTI, Catalina de la Cruz. Padres y madres en el mercado laboral: la necesidad de una respuesta desde la política pública: El caso Chileno, OIT, 2011. [en línea]. <http://igenero.oit.org.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=174&Itemid=113> [21 de octubre de 2012].

ya que promover un trato igual equivale a promover un potencial productivo de la nación. Finalmente, es una cuestión de recursos humanos, porque incrementar los salarios de los trabajos infravalorados puede resultar más rentable por incrementar la productividad y reducir la rotación de personal”.⁷³

Este Convenio exige la igualdad de remuneraciones por un trabajo considerado de “igual valor”, entre hombres y mujeres, lo que no siempre coincide con la igualdad de la función realizada por trabajadores y trabajadoras. Esto es, para promover la igualdad a que apela el Convenio, se “requiere examinar desde un nuevo ángulo las características de los empleos, modificar la percepción que se tiene del trabajo de las mujeres en comparación con el de los hombres, revisar los sistemas de remuneración vigentes en las empresas y, por último, aumentar los salarios de los empleos femeninos. Esas etapas a menudo se describen como largas, costosas y arduas, opinión muy influida por la evolución de la igualdad salarial y experiencias fundadoras en la materia”.⁷⁴

2.1.3. Contenido del Convenio:

La obligación principal de todos los estados miembros se encuentra enunciada en su artículo 2.1 que nos señala que “Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

⁷³ OIT.Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 11p. Ob. Cit.

⁷⁴CHICHA, Marie-Thérèse. Promoción de la Igualdad Salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos: Guía detallada. 5p. ob. Cit.

Este artículo viene entonces a establecer “que las mujeres tienen derecho a recibir el mismo salario que los hombres cuando realizan un trabajo que tiene el mismo valor”.⁷⁵

“Los Estados que han ratificado el Convenio se comprometen a promover el principio de la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor, y deben garantizar su aplicación a todos los trabajadores, en la medida que sea compatible con los métodos nacionales utilizados para fijar las tasas de remuneración”.⁷⁶

2.1.4. Formas de aplicar este principio u obligación principal.

El convenio número 100 no sólo establece la obligación principal, sino que además enumera los cuatro medios por los cuales todo miembro debe aplicar el principio y estos son:

- a) La legislación nacional;
- b) Cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación;
- c) Contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o
- d) La acción conjunta de estos diversos medios.

2.1.5. Evaluación Objetiva del Empleo:

El artículo 3.1 del Convenio nos introduce este nuevo concepto al preceptuar “Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio”.

Lo que quiere decir este artículo es que, para la evaluación del trabajo, se deben incentivar aquellas evaluaciones que permitan superar los prejuicios o

⁷⁵ OIT. Promoviendo la Igualdad de Género, Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 12p. Ob. Cit.

⁷⁶ OIT, Convenios fundamentales y prioritarios en materia de igualdad. 4p. Ob. Cit.

estereotipos derivados del sexo del trabajador y que más bien se basen en el contenido mismo del trabajo. En efecto, el estereotipo en el trabajo es un factor importante que influye sustancialmente en la falta de igualdad de remuneraciones y que se asocia comúnmente al predominio de un sexo por sobre otro en una labor determinada.

2.1.6. Estrategias para aplicar el Convenio:

- Revisar los métodos que fijan los salarios con el fin de eliminar todas las diferencias directas entre la remuneración de hombres y mujeres.
- Revisar las leyes y prácticas que determinan indirectamente el salario u otras ventajas utilizado por ejemplo, expresiones como «jefe de familia» como criterio para determinar los beneficios complementarios (si solo los hombres pueden ser considerados jefes de familia según la ley).
- Eliminar la discriminación de los convenios colectivos.
- Conducir la investigación sobre la remuneración de hombres y de mujeres para identificar los dominios en los cuales se verifican las diferencias más grandes comparándolas por categorías en el mismo sector y entre los varios sectores
- Utilizar datos estadísticos
- Introducir una disposición sobre la igualdad de remuneración en la legislación y en los convenios colectivos
- Revisar las categorías «sospechosas» que esconden una remuneración discriminatoria entre hombres y mujeres (Ej.: criterios como la fuerza o la talla, distinción entre trabajo pesado o ligero).
- Utilizar sistemas de evaluación basados en una metodología analítica.
- Instituir organismos o agencias (con base tripartita) competentes para tratar la cuestión relacionadas con la aplicación de principios.
- Promover una inspección del trabajo eficaz y sensible al tema.
- Asegurar una coordinación entre la inspección del trabajo y los órganos competentes para tratar el tema ya sea a nivel nacional o regional.

- Campaña de educación, en particular para los empleadores y trabajadores.

2.1.7. ¿Pueden producirse diferencias entre el salario de un hombre y una mujer si ellos realizan un trabajo similar?:

Desde ya se debe señalar que, a la luz de éste Convenio, la respuesta es afirmativa, no obstante, las diferencias salariales no pueden originarse por motivos de sexo, ya que, si así fuera, se estaría violando este convenio. Las diferencias deben provenir exclusivamente de evaluaciones objetivas del trabajo desempeñado. Esta es la conclusión a la que se llega luego de leer el artículo 3 que nos señala:

- I. Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio.
- II. Los métodos que se adopten para esta evaluación podrán ser decididos por las autoridades competentes en lo que concierne a la fijación de las tasas de remuneración, o cuando dichas tasas se fijen por contratos colectivos, por las partes contratantes.
- III. Las diferencias entre las tasas de remuneración independientemente del sexo, que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

2.2. Convenio N° 111: Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación”, 1958

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo el 4 de junio de 1958, adopto el Convenio N° 111, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El presente Convenio fue ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971, luego promulgado mediante DS 733 de 19 de octubre de 1971 y finalmente publicado en el Diario Oficial el día de 13 de noviembre de 1971.

2.2.1. Aspectos Conceptuales del Convenio:

- I. **Discriminación:** Según el artículo 1.1 éste 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”.

“Por discriminación en el empleo y la ocupación se entiende la aplicación de un trato diferenciado (una exclusión, una referencia o una distinción), basada en características personales que no son relevantes para el desempeño de un determinado trabajo, tales como el sexo, el color o la raza, la religión, el origen o ascendencia social, la opinión política, discapacidad. En suma, por criterios que no se basan en la competencia o mérito de las personas”.⁷⁷

En lo que se refiere a la regulación nacional de la discriminación, se debe señalar que no se contiene una definición de Discriminación en el empleo u ocupación, sino más bien en el artículo 2 inciso tercero de nuestro código laboral se proscriben los actos de discriminación y se señala enfáticamente: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Luego en el inciso siguiente se señala que se entiende por actos de discriminación: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad,

⁷⁷ OIT. Promoviendo la Igualdad de Género, Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 15p. Ob Cit.

estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” Luego el inciso sexto es más específico ya que expresa que “son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”.

- II. No serán consideradas como discriminación:** Según el artículo 1.2 quedan excluidas del concepto de discriminación todas aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado. Además, tenemos el artículo 4 que nos indica que “No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional”. Y por último el artículo 5.1 nos añade que “Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.”

Tenemos, de ésta manera, que el conjunto de estos articulados nos introducen tres tipos de conducta que no serán consideradas discriminatorias, a saber:

- 1) Distinciones que se funden requisitos esenciales para el desempeño de un empleo: esto es, todas aquellas distinciones basadas en el mérito o competencia de la persona.
- 2) Medidas que afecten a personas sobre la que recaigan sospechas legítimas de que se dedican a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado.

- 3) Medidas de acción afirmativas: estas son todas aquellas “que tienen por objeto reducir las desigualdades históricas existentes entre grupos sociales”.⁷⁸

2.2.2. Problemática que aborda este Convenio:

El Convenio N° 111 se adoptó en la 42ª reunión de la OIT el día 25 de junio de 1958 y aborda una problemática muy amplia, pues no sólo se preocupa de la discriminación que puede existir en el ambiente laboral, sino que también aborda la discriminación desde la perspectiva de la admisión o búsqueda de empleo e incluso va más allá señalando que el ámbito de aplicación del convenio se extiende también al acceso a la formación profesional.

Se puede decir entonces que “la finalidad de este Convenio es promover la igualdad de oportunidades y de trato con respecto al empleo y la ocupación, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.”⁷⁹ Por lo tanto, este convenio también incluye la protección de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, debido a que dentro del concepto de discriminación que aborda se encuentra, precisamente, aquella discriminación originada por cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo.

2.2.3. Contenido del Convenio

La obligación principal de todos los estados miembro se encuentra enunciada en su artículo 2 que nos señala que “Todo Miembro para el cual éste Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la

⁷⁸ OIT.Promoviendo la Igualdad de Género, Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 15p. Ob. Cit.

⁷⁹ OIT.Promoviendo la Igualdad de Género, Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. Ibídem.

práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.

Esta obligación principal establecida por el Convenio 111 obliga a los Estados miembros a que en el momento de diseñar y aplicar sus políticas públicas se deban incorporar medidas propositivas que vengán a robustecer el principio de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y ocupación.

El Convenio N° 111, no sólo establece una obligación principal sino también obligaciones subsidiarias de la anterior al establecer que: “Todo Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a:

- a) Tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política;
- b) Promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política;
- c) Derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política;
- d) Llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional;
- e) Asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional;
- f) Indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos”.

En general, se considera que “este artículo es muy importante porque le indica a la autoridad nacional, es decir, a todas las instituciones del Estado: Presidencia, ministerios y sus dependencias, tribunales, alcaldías, parlamento,

etc., que deben realizar acciones que eliminen la discriminación en el empleo y fomenten la cultura de respeto al principio de igualdad”.⁸⁰

2.2.4. Estrategias para aplicar el Convenio

- Desarrollar mecanismos de aplicación, control y promoción del Convenio.
- Elaborar indicadores de igualdad.
- Promover empleos libres de sesgos.
- Incluir los temas de no-discriminación e igualdad en la agenda de negociación colectiva.
- Promover organizaciones de trabajadores y empleadores libres e incluyentes.
- Desarrollar programas de educación y formación profesional libres de prejuicios.
- Establecer medidas dirigidas a compatibilizar trabajo y familia.
- Promover la igualdad de acceso al mercado de capitales, tecnología, información, tierra, etc.
- Promover acciones de sensibilización para prevenir y eliminar la discriminación en el lugar de trabajo.
- Desarrollar estrategias bipartitas/tripartitas a nivel territorial de lucha contra la discriminación en alianza con otros sectores de la sociedad civil.⁸¹

2.2.5 Medidas adoptadas por Chile en virtud de este Convenio:

La redacción del artículo 2 del Código del Trabajo es una de las más palpables aplicaciones de este Convenio en nuestra legislación, pues “establece una prohibición de discriminación en materia laboral que, a diferencia

⁸⁰ OIT.Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 18p.Ob. Cit.

⁸¹ OIT.Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 19p. Ibídem.

de la Constitución, mantiene el modelo tradicional impuesto por el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo y enumera los criterios discriminatorios”.⁸²

Dicho artículo establece en su inciso tercero: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Enseguida, enumera los actos de discriminación:

“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o adulterar la igualdad de oportunidades de trato en el empleo y la ocupación”.

Pero el principio de no discriminación constituye en nuestro ordenamiento un Principio General del Derecho. En efecto, nuestra Constitución consagra el principio general de no discriminación, en el artículo 19 N° 16 pero “a circunstancia de que esta disposición constitucional no enumere un conjunto de criterios sujetos a sospecha de discriminación tales como la etnia, la religión o la opinión política, sino que se limite a señalar que los únicos criterios razonables para establecer diferencias de trato son la capacidad y la idoneidad personal, ha llevado a sostener que nuestra Constitución consagra a este respecto un “modelo antidiscriminatorio de sospecha abierta”⁸³, en contraposición al artículo referido del Código del Trabajo, que consagraría un modelo antidiscriminatorio de sospecha cerrado, por enumerar las causales de discriminación en forma taxativa.

El artículo 2 del Código del Trabajo establece en su inciso 7 que “lo establecido en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones

⁸² LIZAMA PORTAL, Luis. El Derecho del Trabajo Chileno durante el Siglo XX. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2, (4): 123, 2011.

⁸³ LIZAMA PORTAL, Luis. El Derecho del Trabajo Chileno durante el Siglo XX. 122p. *Ibidem*.

que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporados a los contratos de trabajo que se celebren”.

2.3. Convenio N° 156: “Convenio sobre Los Trabajadores con Responsabilidades Familiares”, 1981

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, el 3 junio 1981, adopto el Convenio N° 156 el cual surge por la preocupación de la OIT de complementar los acuerdos adoptados en materia de no discriminación en el empleo (Convenio N° 111 de 1958) y de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres (Convenio N° 100 de 1951), pues ellos no hacen referencia a trabajadores con responsabilidades familiares, quienes se han visto enfrentados a diferenciaciones de trato y menores posibilidades de integración al mercado de trabajo, no excluidas por dichos acuerdos internacionales.⁸⁴

El presente Convenio fue ratificado por Chile el 14 de octubre de 1994.

2.3.1. Conceptuales del Convenio:

- I. Trabajadores con Responsabilidades Familiares:** Según el artículo 1 de este Convenio son aquellos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Asimismo, el inciso 2 de este artículo del Convenio N° 156 de la OIT abarca, dentro del concepto de trabajadores con responsabilidades familiares, a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten de su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

⁸⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Mujer, Trabajo y Derecho. 32p.Ob. Cit.

2.3.2. Problemática que aborda este Convenio:

El Convenio N° 156 se adoptó en la 67ª reunión de la OIT, y aborda una cotidiana problemática que enfrentan aquellos trabajadores que poseen responsabilidades familiares, surge específicamente “de la preocupación de la OIT por complementar los acuerdos adoptados en materia de no discriminación en el empleo (Convenio N° 111 de 1958) y de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres (Convenio N° 100 de 1951), pues ellos no hacen referencia a los trabajadores con responsabilidades familiares, quienes se han visto enfrentados a diferenciaciones de trato y menores posibilidades de integración al mercado de trabajo, no excluidas por dichos acuerdos internacionales.”⁸⁵

Lamentablemente, podemos ver que los trabajadores con responsabilidades familiares –que en su mayoría son mujeres– enfrentan constantemente problemas para lograr conciliar el doble rol o más bien “una doble jornada: por un lado, atender todas las responsabilidades familiares del hogar y, por el otro, cumplir con el horario y exigencias de un empleo, situación que, normalmente, no enfrenta el hombre”.⁸⁶

Lo anterior nos da como resultado una situación de desigualdad, debido a que en su gran mayoría son las mujeres quienes poseen responsabilidades familiares, son ellas quienes “por atender a sus hijas e hijos no disponen del tiempo ni de las condiciones necesarias de capacitarse o a las cuales se les niega el empleo por el hecho de ser madres con hijas e hijos a su cargo. Esta realidad coloca a las mujeres en una situación de desigualdad de oportunidades respecto de los hombres. En otras palabras, las mujeres que tienen

⁸⁵ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Conciliación de trabajo y vida familiar: un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno. Revista de derecho de Valdivia, 16: 59-82, 2004.

⁸⁶ OIT. Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 20p. Ob. Cit.

responsabilidades familiares son discriminadas cuando buscan empleo o postulan a una promoción”.⁸⁷

En efecto, se ha dicho que “el problema de fondo es que el mercado laboral no está pensado para personas con responsabilidades familiares, sino para quienes dispongan del aporte de alguien que se haga cargo de las necesidades de cuidado de su familia. De ahí el concepto de “modelo masculino de empleo”, según el cual el costo de contratar mano de obra femenina es alto si se lo compara con el de contratar hombres, por lo que es preferible abrir vacantes para ellos”.⁸⁸

2.3.3. Contenido del Convenio:

- I. **Obligación principal de todo miembro:** Esta se encuentra enunciada en el artículo 3.1 que nos señala “Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”.

Esta obligación principal o idea rectora del Convenio viene a obligar a los Estados en el sentido de que “el fin de asegurar la igualdad de oportunidades de los trabajadores con responsabilidades familiares debe ser, ante todo, un

⁸⁷ OIT. Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 20p. Ob. Cit.

⁸⁸ OIT. Trabajo y Familia: Hacia Nuevas Formas de Conciliación con Corresponsabilidad Social. 108p. [en línea].
<http://www.pnud.cl/areas/GobernabilidadDemocratica/2010/Informe%20trabajo%20y%20familia/informecompleto_esp.pdf> [consulta: 22 de octubre de 2012].

principio o una idea rectora que inspire e integre las políticas sociales del Estado”.⁸⁹

Se debe dar reconocimiento en nuestra legislación a una realidad de las sociedades modernas, en donde conviven dos tipos de trabajos “el trabajo a cambio de remuneración tiene lugar en el mercado laboral y representa la principal fuente de ingresos de las familias. El trabajo no remunerado se realiza preferentemente en los hogares, en la forma de actividades de cuidado de niños, ancianos y enfermos, así como de preparación de comidas, aseo, compras del hogar y otras labores domésticas”.⁹⁰

II. Obligaciones subsidiarias de la anterior: El Convenio 156 vino a señalar en su artículo 4 que “Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

- a) Permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;
- b) Tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social.”

Luego, el artículo 5 del Convenio agrega que “Deberán adoptarse además todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales o regionales; desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar”.

⁸⁹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Conciliación de trabajo y vida familiar: un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno. Ob. Cit.

⁹⁰ OIT. Trabajo y Familia: Hacia Nuevas Formas de Conciliación con Corresponsabilidad Social., p108. Ob. Cit.

Además, se establecen obligaciones para las autoridades y organismos de cada país, pues estos por prescripción del artículo 6 “deberán adoptar medidas apropiadas para promover mediante la información y la educación una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas”.

Finalmente, su artículo 7 nos señala que “Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”.

2.3.4. Ámbito de Aplicación del Convenio:

El Convenio 156 tiene un ámbito de aplicación bastante amplio, dicha amplitud viene dada en un doble sentido:

- I. **La definición de trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares enunciado por el artículo 1:** Dicha definición, que ya fue señalada anteriormente en éste trabajo, posee a su vez tres aspectos relevantes, “en primer lugar, que el Convenio coloca en igualdad de condiciones respecto de la aplicación de las medidas especiales que contempla, tanto a hombres como a mujeres que tengan la calidad de trabajadores. En segundo lugar, constituye una innovación importante, en nuestra opinión, que la extensión de la responsabilidad familiar no se limita sólo a los hijos, sino que comprenda también, con bastante realismo, a otros familiares directos que puedan requerir cuidado o asistencia, lo que suele involucrar a un número significativo de personas en los países en desarrollo, en los que la escasez de instancias o establecimientos que den asistencia a personas en edad senil o inválidas o que requieran de algún tipo especial de atención, origina que sus familiares directos,

sobre todo mujeres, deban asumir su cuidado. En tercer lugar, corresponde destacar que la necesidad de protección de estos trabajadores, según el Convenio N° 156 de la OIT, viene dada por la circunstancia que la asunción de una responsabilidad familiar limita sus posibilidades de prepararse para la actividad económica, como asimismo, de ingresar, participar y progresar en ella, lo que coloca a estas personas en una situación desventajosa que amerita que se les otorgue una protección especial que les garantice que no sean objeto de prácticas o medidas discriminatorias en el empleo”.⁹¹

- II. Lo preceptuado por el artículo 2:** Dicho artículo nos indica que el Convenio se aplica a todas las ramas de la actividad económica y a todas las categorías de trabajadores. “Esto quiere decir que no hay excepciones. No sólo para obrera u obreros de fábrica, sino para todo tipo de empleo: trabajadoras domésticas, trabajadoras o trabajadores agrícolas, empleados y empleadas del Estado, etc. Y es también para todas las categorías de trabajo: operarios y operarias de planta, secretarias, administradores, ingenieras o ingenieros, etc”.⁹²

2.3.5. Estrategias para aplicar el Convenio

- “Reducir progresivamente la duración de la jornada de trabajo y de las horas extraordinarias.
- Introducir una mayor flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, de los periodos de descanso y de las vacaciones.
- Establecer condiciones de empleo para los trabajadores a tiempo parcial, temporeros y a domicilio que sean equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo y permanente.
- Crear servicios de cuidado infantil accesibles a los trabajadores.
- Fomentar el reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, mediante la concesión de licencias pagadas para los casos de

⁹¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Conciliación de trabajo y vida familiar: un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno. Ob. Cit.

⁹² OIT. Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. 20p. Ob. Cit.

nacimiento de hijo, de enfermedades de hijo –adoptado o biológico- y de familiares directos.”⁹³

2.3.6. Medidas adoptadas por Chile en virtud de este Convenio:

Se ha aceptado que en esta materia, que para empezar a promover una más equitativa división del trabajo doméstico y de las responsabilidades familiares, se debe partir desde los gobiernos, promoviendo políticas públicas orientadas en ese sentido, “Hay dos tipos de políticas públicas principales en esta materia: los permisos maternales y parentales, y la provisión de servicios de cuidado infantil a través de una oferta pública directa o de subsidios que financian el acceso a oferta privada. Aparte de facilitar la conciliación entre maternidad y trabajo remunerado, estas políticas también buscan contribuir a un mejor desarrollo infantil temprano a partir de los tres años de vida del niño. Para servir al primer objetivo los horarios de los centros de cuidado infantil deben ser largos y tener pocas interrupciones en el año.”⁹⁴

- La primera de las políticas importantes es el permiso post natal parental. En éste sentido Chile cuenta con el pre y post natal, en donde el prenatal consta de 6 semanas antes del parto y el postnatal de 12 semanas después del nacimiento. El permiso de post natal parental agregó 12 semanas adicionales con permiso completo y 100% de subsidio o 18 semanas a media jornada con 50% de subsidio.
- La segunda de las políticas mencionadas es la provisión de salas cunas, guarderías y jardines infantiles.

Modificaciones en el Código del Trabajo que han tendido a armonizar la co-responsabilidad familiar:

⁹³ OIT.Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los Derechos Laborales.20p. ob. Cit.

⁹⁴ OIT. Desarrollo Humano en Chile: Género: los desafíos de la igualdad 2010, Chile 2010, 130p.

- Ley N°20.047 sobre Permiso de Nacimiento en Favor de los Padres Trabajadores.
- Ley N°20.137 sobre Permiso por Causa de Fallecimiento.
- Ley N° 20.399 sobre Extensión del Derecho a Sala Cuna al Padre Trabajador a cargo de la tuición de un menor de 2 años.

Se debe reconocer que todas estas modificaciones han venido a contribuir en alguna medida hacia la co-responsabilidad familiar. Sin embargo, es posible advertir que algunas han sido absolutamente insuficientes y en otros casos han venido distanciar más las posiciones, por cuanto los beneficios son otorgados generalmente a la madre trabajadora y solamente a falta de ésta (o bien si ella transfiere el beneficio) al padre trabajador.

Ejemplo de ello es el Derecho a Sala Cuna establecido en el artículo 203 de nuestro Código del Trabajo el cual, en su inciso primero, señala expresamente: “Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter”. De la lectura del artículo precedentemente transcrito podemos advertir que la obligación de tener salas anexas depende de la cantidad de TRABAJADORAS contratadas, lo que conlleva obviamente a que las empresas decidan contratar menos mujeres para no tener que cumplir con este requisito, es decir, “con este criterio, el derecho a sala cuna queda entregado a la mera decisión organizativa de los empresarios y a su mayor o menor interés en la contratación de mujeres. Sin perjuicio de ello, un análisis economicista de esta obligación legal tiende a

favorecer decisiones para obviar este costo por la vía de contratar menos mujeres que las indicadas en la norma referida”.⁹⁵ Ello viene a constituir una clara discriminación hacia las mujeres, debido a que la redacción de esta norma viene a promover la contratación de hombres.

A este respecto, cabe tener presente que la Comisión de Expertos de la OIT solicitó a Chile en la 101 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo que: “continúe desplegando esfuerzos para extender el beneficio de guarderías a padres trabajadores tal como está previsto en el Convenio y que envíe información estadística sobre las salas cuna y jardines de infantes establecidos. La Comisión pide al Gobierno que informe sobre las medidas de control adoptadas con miras a garantizar que las empresas respeten la obligación de proporcionar guarderías a los hijos de los trabajadores. La Comisión pide asimismo al Gobierno que informe sobre toda otra medida adoptada compatible con las condiciones y posibilidades nacionales, para tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares.”⁹⁶

Es por ello que debemos forzosamente concluir que nuestro país no se ha adaptado al espíritu del Convenio 156, si bien se han realizado avances tendientes a proteger a los trabajadores con responsabilidades familiares, estos avances son limitados y generalmente protegen a la madre trabajadora en desmedro del padre trabajador. Estas diferencias acentúan aún más las desigualdades de género en el contexto de la relación laboral, el Convenio mencionado surge justamente con la finalidad de propender a la igualdad de oportunidades entre trabajadores con responsabilidades familiares, sin realizar distinciones de género.

3. Otra Normativa Internacional

⁹⁵ CAAMAÑO, EDUARDO: Mujer, Trabajo y Derecho. 74p. Ob. Cit.

⁹⁶OIT. Publicación 101ª reunión CIT (2012), [en línea].<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2700287> [consulta: 22 de OCTUBREI de 2012]

3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Fue adoptada el día 10 de diciembre de 1948 en la Sesión Plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas (Número 183º) por medio de la Resolución 217 A (III), de la misma fecha.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos surge como consecuencia del término de la II Guerra mundial, con el objeto de establecer los derechos esenciales del hombre para evitar que se repitieran en el futuro las atrocidades cometidas durante ese período. Es así como se elabora un documento, en el año 1946, que tras sucesivas revisiones, pasaría a convertirse en 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En cuanto a su contenido, la Declaración constituye una pauta general que enumera los derechos más básicos e inalienables del ser humano, garantizando las libertades mínimas del hombre. Es instrumento fundamental en el desarrollo posterior de la normativa internacional de los derechos humanos y constituye el pilar fundamental para proteger dichos derechos. Cabe destacar que en 1946 se creó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para incluir en la Declaración previsiones sobre la igualdad de la mujer⁹⁷, por lo que este instrumento es fundamental porque consolida la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a dignidad y derechos.

El artículo 1 de la declaración reconoce la inherente libertad e igualdad de los hombres en materia de dignidad y derechos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, Estos derechos son inalienables y todo ser humano goza de ellos por el simple hecho de nacer.

⁹⁷ BINSTOCK, Hannah. Avances legales desde la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. [en línea]. <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/4342/lcl1126e.pdf>> [consulta: 17 de octubre de 2012].

El artículo 2 garantiza la universalidad de los derechos que la Declaración enumera: “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”.

En el artículo 7, se afirma que todas las personas son “iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”. Se indica además que “todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

El artículo 23 asegura, en su punto 1, a toda persona el derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. En el punto 2, el referido artículo establece que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

En el punto 3 del artículo mencionado, la Declaración reconoce el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure, tanto a la persona como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana.

El artículo 25 asegura a todas las personas el “derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

En el número 2 del mismo artículo se protege la maternidad: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

En suma, en este instrumento internacional se ve protegida la libertad en todas sus formas, lo que incluye la libertad de trabajo, el derecho a la igualdad de trato y de remuneración (prohibiendo, consecuentemente, la discriminación), y se asegura el derecho a una vida digna con el fin de que todos los seres humanos puedan alcanzar su realización personal y espiritual. De esta manera, es claro que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es plenamente aplicable en materia laboral, constituyendo además una fuente para garantizar y promover la igualdad remuneracional entre hombres y mujeres.

3.1.1. Medidas adoptadas por Chile en virtud de este Instrumento:

En primer lugar, hay que mencionar que nuestra Constitución Política garantiza a todos los habitantes de la República el derecho a la libertad. En su artículo 1 inciso primero señala que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Posteriormente, en el inciso tercero del mismo artículo señala que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Esto es, nuestra Carta Fundamental reconoce y ampara la igualdad de hombres y mujeres en todo aspecto y reconoce el derecho a su realización material y espiritual, obligándose el Estado al desarrollo de las condiciones que permitan a todas las personas alcanzarlas.

La Constitución reconoce, además, en el artículo 19 número 16 tanto la libertad de trabajo como el derecho a la justa retribución: “La Constitución asegura a todas las personas: a libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

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

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. (...)"

De manera que nuestra Carta Fundamental protege los derechos garantizados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, otorgándoles el carácter de Garantías Constitucionales, y garantiza las garantías enumeradas con la acción de protección del artículo 20, pero sólo en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación.

En cuanto a nuestra legislación infra-constitucional, y particularmente en materia laboral, esto se ha visto reflejado en la llamada eficacia horizontal de los derechos humanos en la empresa, que se conoce como la "ciudadanía en la empresa", esto es, el reconocimiento y la protección de los derechos humanos del trabajador, en cuanto ciudadano, en la esfera de la empresa.

El artículo 5 del Código del Trabajo viene a reconocer lo anterior, estableciendo en su inciso primero que "el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo".

Esto es, se limita la potestad de mando del empleador al mismo tiempo que se reconoce y garantiza a los trabajadores sus derechos fundamentales en la esfera de la empresa.

Sin embargo, se produjo un problema respecto a la aplicación del artículo mencionado, en la práctica, pues: “si bien los derechos fundamentales tenían un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico interno, y en particular, plena vigencia y aplicabilidad en la relación de trabajo, (...) no gozaban de la tutela judicial que se requería para hacerlos plenamente practicables. No basta, para la efectiva vigencia y tutela de los derechos fundamentales, con meras declaraciones de principios que se queden sólo en las buenas intenciones y en el papel, sino que es necesario mecanismos que permitan hacer efectivas dichas garantías en la realidad práctica de la relación de trabajo, vale decir, en su desarrollo y evolución diaria. (...) Frente a este panorama, una solución esperanzadora fue proporcionada por la ley 20.087 que, entre otras cosas, introdujo el nuevo procedimiento de tutela judicial de los derechos fundamentales”⁹⁸, con la que se da efectiva protección a los derechos fundamentales tanto específicos como inespecíficos del trabajador en materia laboral.

Es por ello que la modificación introducida por la Ley 20.087 que Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, viene a ser una adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, porque permite proteger y garantizar, en la práctica, los derechos fundamentales de toda persona en el ámbito de su trabajo.

3.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966. Fue suscrito por Chile el 16 de

⁹⁸ AGUILAR, CAVALLO, Gonzalo y ROJAS, CONTRERAS Cristian. El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile, *Revista Ius et Praxis*, 13 (1): 205 - 243, 2007, [en línea]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100008&script=sci_arttext> [consulta: 24 de octubre de 2012].

septiembre de 1969, ratificándose el 10 de febrero de 1972 por el Decreto n° 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Fue publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989.

El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales busca garantizar a las personas un nivel de vida que contemple un determinado estándar mínimo de libertad, además de ciertas condiciones básicas de educación, salud y trabajo sin discriminación alguna. Para ello se establece que los Estados Parte deben desarrollar diversas políticas con el fin de proteger y promover los derechos enunciados en este instrumento, incluso comprometiéndose al envío periódico de informes al Secretario General de Naciones Unidas, indicando los progresos realizados en las distintas áreas, conforme lo indica el artículo 16 del Pacto.

3.2.1. Análisis de los artículos referidos específicamente al trabajo:

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

El artículo 6 establece en su punto 1 el reconocimiento del derecho a trabajar: “que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”. Este derecho coincide con el derecho a la libertad de trabajo garantizado por nuestra constitución en el artículo 19 N° 16 inciso primero, que en términos similares, garantiza el derecho a la libertad de trabajo: “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

En el punto 2 del artículo 6 del Pacto se establece que las medidas que deben adoptar los Estados Partes para lograr la efectividad de este derecho “deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de

programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

El artículo 7 se refiere al derecho a condiciones de trabajo: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i. Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii. Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.”

El pacto reconoce el derecho a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; cabe destacar que en el instrumento en comento se equipara el “trabajo de igual valor” con el “salario igual por trabajo igual”, cuando son conceptos diferentes, como hemos notado

previamente, ya que el primero trata de la equiparación del trabajo realizado, mientras que el segundo busca la similitud o equivalencia total de la función realizada.

El artículo 8 establece el derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse libremente. Se protege además el derecho a formar federaciones y confederaciones y se protege el funcionamiento libre y sin obstáculos de los sindicatos. Este artículo protege además el derecho de huelga siempre que sea ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

3.2.2. Estrategias para aplicar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

El Estado Parte se obliga a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” (Artículo 2 número 1).

Respecto a los derechos laborales garantizados en el instrumento, el Estado Parte debe tomar medidas para hacer efectivos los derechos garantizados por el Pacto, incluyendo la preparación de programas, normas y técnicas adecuadas para alcanzar este objetivo (art. 6 número 2).

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

Esta Convención nació a partir de la necesidad de otorgar mayor protección a las mujeres, debido que hasta la época existía diversa normativa internacional que en sus articulados protegía la igualdad de todas las personas y proscribía cualquier tipo de discriminación por motivos de sexo, pero dicha normativa no fue suficiente,

tanto así que la comunidad internacional se vio en la necesidad de dar vida a un convenio o tratado internacional que brindara mayor protección a las mujeres.

Para dar vida a este convenio, previamente se creó por el Consejo de las Naciones Unidas la denominada Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer que “fue establecida como una comisión del Consejo Económico y Social por su resolución 11(II) del 21 de junio de 1946 para preparar recomendaciones e informes al Consejo para promover los derechos de las mujeres en los ámbitos político, económico, civil, social y educacional”⁹⁹. El objetivo primordial de la Comisión “es promover la implementación del principio de que hombres y mujeres tendrán los mismos derechos”¹⁰⁰, en la lucha por lograr este objetivo primordial de promoción de la igualdad de género es que cada año representantes de los diversos estados miembros de las Naciones Unidas se reúnen para debatir en torno a la igualdad de género y fijar directrices y políticas concretas sobre igualdad de género y adelanto de las mujeres.

Fue así como en el 18 de Diciembre del año 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer”, también conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés. “Constituye un tratado internacional que amplía y profundiza los derechos de las mujeres. Es de carácter vinculante, puesto que, sus cláusulas son obligatorias para los Estados que suscriben y ratifican dicho tratado”.

En Chile, con la ratificación de esta Convención, que tuvo lugar el día 10 de Diciembre de 1989, se abre paso a una segunda etapa de evolución de la normativa laboral, en donde se comienza a reconocer la importancia de la mujer en el ámbito laboral. Pero lo más relevante de esta Convención es que nuestro país, para lograr adecuarse a su normativa, debe tomar medidas concretas para suprimir

⁹⁹ CENTRO DE INFORMACIÓN NACIONES UNIDAS. Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer. [en línea]. <<http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/ccjsm.htm>> [consulta: 25 de mayo de 2012].

¹⁰⁰ CENTRO DE INFORMACIÓN NACIONES UNIDAS. Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer. *Ibidem.*.

la discriminación hacia la mujer, ya que, “la Convención establece no sólo una declaración internacional de derechos para la mujer, sino también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos”.

La CEDAW parte en su primer artículo señalando que “A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

3.3.1. Articulado de la CEDAW, referido específicamente al trabajo:

Artículo 11:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.

c) (...) al derecho a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional (...)

d) el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
 - b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
 - c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
 - d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.
- Artículo 11:

3.3.2. Medidas adoptadas por Chile en virtud de este Convenio:

La ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha tenido los siguientes efectos sobre nuestra legislación laboral:

- a) Derogación de la prohibición de trabajos nocturnos y subterráneos para mujeres (Ley 19.250 de 1993);
- b) Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres (Ley nº 20.348): De la Historia de la Ley es posible concluir que este instrumentó fue una de las fuentes que inspiró la moción que generó el proyecto de ley respectivo.

- c) Ley N° 20.336 que Modifica el Artículo 150 del Código del Trabajo, relativo al descanso semanal de los trabajadores de casa particular del 03 de abril de 2009.

CAPITULO IV:
EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES
EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL.

1. Consagración Constitucional del Derecho a la Igualdad

A nivel constitucional, son tres las normas que fijan el marco jurídico que estructura el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en Chile. Estas normas son: el artículo 1° inciso primero que señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, el artículo 19° N° 2 que establece la igualdad ante la ley y el artículo 19° N° 16 inciso segundo que nos señala: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

En primer lugar, debemos hacer referencia al artículo 1° del capítulo Bases de la Institucionalidad de la Constitución Política de la República, que señala: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Este precepto constitucional no sólo tiene importancia por su ubicación, sino que también por otra razón mucho más significativa, se trata del precepto rector de nuestra Carta Fundamental, donde vienen precisamente a sentarse las bases del carácter personalista de la misma, al señalar expresamente un concepto prescriptivo de la persona, como ser libre e igual.¹⁰¹

Cabe recordar que hasta antes de la reforma introducida por la Ley N° 19.611, de 16 de junio de 1999 que establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, el texto del artículo 1° hablaba de "Los hombres" y no de "Las personas". Esta modificación se hizo motivada por la consideración de que la nueva expresión introducía un lenguaje menos excluyente y discriminatorio en nuestro texto

¹⁰¹ CASTRO, José Francisco. Discriminación en las relaciones laborales. Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo. (146): 10, marzo, 2001. [en línea]. <http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf> [consulta: 03 de agosto de 2012].

constitucional, respecto de las mujeres. Se debe entender que se trata sólo de personas naturales y no de personas jurídicas.

En segundo lugar, el artículo 19 N° 2 del capítulo III de los derechos y deberes constitucionales, asegura a todas las personas:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

En este artículo existe un reconocimiento expreso del principio de igualdad entre hombres y mujeres, el que también fue incorporado por la Ley N° 19.611, con el objeto de asegurar la eficacia de dicho principio, transformándolo en garantía constitucional y no en una mera declaración, que orienta a todo el ordenamiento jurídico, al legislador y en definitiva, a quienes aplican y hacen uso de la normativa

La norma recién citada constituye una importante innovación constitucional, pues extiende el sentido de la igualdad ante la ley como una mera generalidad, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que el principio de igualdad no precisa qué es lo que es igual, sino que va directamente al resultado, entendiéndose el principio de igualdad como un contenido múltiple al comprender tres aspectos normativos: la exigencia de igualdad o de igual tratamiento a quienes están en una misma situación o categoría; la permisión de la desigualdad, vale decir, de no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones o categorías distintas, y, finalmente, la prohibición de discriminación, lo que supone la prohibición de tratar

distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de igualdad”.¹⁰²

En tercer lugar, en el plano estrictamente laboral, la Constitución reconoce expresamente el derecho a la no discriminación en su artículo 19 N°. 16. Esta disposición establece que se asegura a todas las personas:

“La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa 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”.

De este artículo podemos distinguir dos principios esenciales que se relacionan estrechamente, a saber: la libertad de trabajo, establecida en los incisos primero y segundo, que consagran la libertad de elección y su protección, y el principio de igualdad en materia laboral, regulado en el inciso tercero, que establece la no discriminación en materia laboral.

El principio de igualdad en materia laboral se encuentra consagrado en el inciso tercero del artículo 19 N° 16 de la CPR, siendo una manifestación particular del principio de igualdad, establecido en el artículo 19 N° 2 de este mismo cuerpo legal, cuya incorporación en este numeral dieciséis sobre la libertad del trabajo, se debe más bien a una aplicación más apropiada de la materia que por su contenido.

De esta manera, el numeral 16 fija una regla fundamental, toda vez que le otorga rango constitucional al principio de no discriminación en materia laboral y, por lo tanto, todas las normas de nuestro sistema jurídico deben ajustarse a esta disposición, sin

¹⁰² DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 2210/035 del 5 de marzo del 2010. [en línea]. <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97649.html>> [consulta: 03 de abril de 2012].

perjuicio que, además, considera a la discriminación laboral como un ilícito a nivel constitucional.

Por otra parte, la prohibición de discriminación en materia laboral tiene un alcance amplio, tanto al sujeto imperado por la prohibición, que no sólo se extiende a la ley y a las autoridades públicas, sino que también a los particulares, como también en los criterios admisibles para poder hacer diferenciaciones laborales, lo que se debe fundar en la capacidad o idoneidad personal, prohibiendo cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable, sin perjuicio que la ley pueda exigir, en determinados casos, la nacionalidad chilena o ciertos límites de edad.

A diferencia del Convenio N° 111 de la OIT, nuestro ordenamiento no introdujo una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, con bastante acierto, cualquier motivo o criterio que no se base en la capacidad o idoneidad personal, de esta manera, el constituyente nacional ha dado un paso adelante frente al método seguido por los instrumentos internacionales.

En adelante realizaremos un análisis más detallado de cada uno de estas normas constitucionales, que regulan la igualdad de trato y de no discriminación en Chile a nivel constitucional.

1.1. Artículo 1° de la Constitución: Igualdad de Derechos

Tal como se señaló anteriormente, a nivel constitucional encontramos la consagración de la igualdad en el primer inciso del Artículo 1° que preceptúa “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. De la lectura del inciso se puede apreciar que no sólo se establece la igualdad de derechos sino también la igualdad de dignidad.

La ubicación de éste artículo precisamente en el primer capítulo denominado “Bases de La Institucionalidad”, no es baladí, al contrario, es de suma importancia, debido a que las bases de la institucionalidad son todos aquellos principios y

valores que un Estado considera como prioritarios, vienen a constituir los cimientos y sus disposiciones irradian a todas las otras normas de la Constitución y del ordenamiento jurídico chileno en su plenitud. Además, es de suma importancia su ubicación dentro de las bases de la institucionalidad, ya que ellas, al ser principios, sirven para interpretar la Constitución en su totalidad y más aún, ya que toda norma perteneciente al ordenamiento jurídico nacional debe ser interpretada en armonía con los preceptos constitucionales.

Ahora nos toca la tarea de desentrañar el verdadero sentido y alcance del primer inciso del Artículo 1° que, tal como se señaló anteriormente, preceptúa “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. De la lectura del inciso se puede apreciar que no sólo se establece la igualdad de derechos sino también la igualdad de dignidad.

Para dilucidar el principio de igualdad a nivel constitucional debemos analizar sus dos tópicos de suma importancia: En primer lugar la dignidad de la persona humana y en segundo término el derecho a la igualdad ante la ley.

Al tratar de dilucidar el concepto de dignidad, nos encontramos que existen muchos que postulan que la dignidad no puede ser definida, sino más bien es un sentimiento que debe ser interpretado según el devenir de las circunstancias y el contexto histórico por el que se esté pasando.

Por otro lado, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos señala que dignidad es cualidad de digno y, a su vez, digno es merecedor de algo, correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo, que tiene dignidad o que se comporta con ella.

Otros señalan que la igual dignidad de los seres humanos “es aquella que se predica como un valor espiritual y moral inherente a toda persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión del respeto por parte de los demás, y la idea que las

personas son siempre sujetos y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros fines”.¹⁰³

El hecho que la dignidad sea inherente a todo ser humano, quiere decir que la poseemos todas las personas naturales, con exclusión de las personas jurídicas, ello independiente de la edad, sexo, condición, capacidades, etc. “En virtud de esta igual dignidad común a todos los seres humanos se fundamentan los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona humana, que igualmente pertenecen a cada uno y a todos los seres humanos por tener la dignidad de seres humanos, de personas. Ello nos permite ya una primera afirmación con consecuencias jurídicas prácticas en el ámbito constitucional, es el hecho de que siempre la dignidad de la persona está por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni aún un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana, ya que ésta constituye su propio fundamento y el mínimo de humanidad respecto del cual no está permitido realizar diferenciaciones”.¹⁰⁴

Las consecuencias prácticas de esta dignidad del ser humano pueden ser analizadas desde tres perspectivas. En primer lugar, el hecho connatural al humano de ser digno trae aparejado que por el sólo hecho de ser persona posee una serie de derechos fundamentales o esenciales que no pueden ser vulnerados bajo ningún respecto y que poseen como fundamento los atributos de la persona humana. En segundo lugar, como el ser humano es digno, nos encontramos con que el Estado está al servicio de la persona humana, tal y como lo reconoce expresamente nuestra Constitución al principio del inciso tercero del artículo primero. Dicho artículo señala: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno

¹⁰³ NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. [en línea] <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf>> [consulta: 11 abril 2012].

¹⁰⁴ NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. *Ibidem*.

respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Este artículo está en absoluta concordancia con el reconocimiento que hace el artículo primero a la dignidad humana y se establece el principio de servicialidad del Estado hacia el ser humano, lo que debe interpretarse en la premisa de que todos hombres y mujeres, independiente de la edad, sexo, condición social, capacidad, poseemos iguales derechos fundamentales, los que tenemos tan sólo por el hecho de ser persona, por lo que, el Estado reconoce tales derechos, pero, además de reconocerlos debe velar porque dichos derechos fundamentales no sean violados ni conculcados, para lo cual el Estado se pone al servicio de la persona estableciendo los mecanismos para garantizar tales derechos y de esa forma promover el mayor desarrollo espiritual y material posible de todos y cada uno de los habitantes de nuestro país. Y por último, es la dignidad la que hace posible limitar el ejercicio de la soberanía lo que se recoge por nuestra carta fundamental en su artículo 5° inciso segundo que expresa: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Es decir, el ejercicio de la soberanía reconoce como límites el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

“Como consecuencia de lo anterior, y de la lectura de la norma en cuestión, se concluye que los Derechos Humanos no nacen ni son creados por la Carta Fundamental, sino que ésta sólo los garantiza o protege. En rigor, estos derechos brotan directamente de la propia naturaleza humana, la que se caracteriza principalmente por su dignidad, origen último de los Derechos Fundamentales”.¹⁰⁵

¹⁰⁵TORTORA, Hugo. Apuntes Derecho Constitucional. [En línea] <<http://constitucionalchile.blogspot.com/2010/07/02-bases-de-la-institucionalidad.html>> [5 octubre 2012].

1.2. Artículo 19° N° 2: Igualdad ante la Ley

El segundo tópico del principio de igualdad es el derecho a la igualdad ante la ley. La igualdad en cuanto derecho fundamental reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación.

El principio y el derecho a la igualdad se proyectan siempre en dos niveles diferentes: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. La igualdad ante la ley se refiere a la eficacia de los mandatos de la igualdad en la aplicación en el ámbito administrativo, en el ámbito jurisdiccional y en la relación entre particulares. La igualdad en la ley se refiere a la igualdad como derecho fundamental, a su eficacia vinculante frente al derecho, frente al legislador.”¹⁰⁶ Más bien, constituye el conjunto de prerrogativas, derechos y garantías que establece el ordenamiento jurídico en su totalidad para las persona.

La igualdad ante la ley se puede definir como el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de raza, nacionalidad, sexo, profesión grupo social o económico al que se pertenezca. Constituye un mandato a la judicatura y a todos los órganos del Estado de someter a todos los habitantes a un mismo estatuto jurídico sin hacer diferencias basadas en sexo, nacionalidad, condición social, edad, etc.

En cuanto a su evolución histórica se debe decir que encontramos antecedentes de la igualdad ante la ley en el Reglamento Constitucional de 1812,

¹⁰⁶NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Op. Cit.

el cual en su artículo XXIV preceptuaba “Todo habitante libre de Chile es igual de derecho...”, como se puede apreciar de la lectura de éste artículo se establecían ciertos requisitos para acceder a la igualdad ante la ley, en primer lugar, se requería ser habitante de Chile y también ser una persona libre, es decir, aquellos que fueren esclavos no eran considerados iguales ante la ley según este Reglamento.

Luego la Constitución de 1925 en su artículo 10 N° 1 estableció: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1. La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada. En Chile no hay esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República”. Como se puede apreciar la Constitución de 1925 introdujo una importante modificación en esta materia, ya que, señaló expresamente que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República la igualdad ante la ley. Ello sin excepciones de ningún tipo y para evitar dudas al respecto fue más allá proscribiendo la esclavitud de nuestro país e incluso señalando las sanciones a las que se verían expuestos los extranjeros que pretendieran realizar tráfico de esclavos en Chile.

Nuestra actual Constitución de la República de Chile establece la igualdad ante la ley, en el artículo 19 N° 2, pero también se debe entender que hace mención a ella en el artículo 1°, específicamente en sus incisos primero y tercero que rezan como sigue: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Luego este principio se concreta en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental que establece: “La Constitución asegura a todas las personas:

“2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la Ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Respecto de la Constitución de 1925, el constituyente introdujo novedades, pero manteniendo la esencia y el espíritu de la Constitución anterior. Se cambió el vocablo “clase” por el de persona y, según la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución por indicación de don Alejandro Silva Bascuñán, se le introdujo un último inciso al artículo 19 N° 2 que preceptúa: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

En lo que se refiere a la “introducción de la frase “Hombres y mujeres son iguales ante la ley” en la reforma constitucional de 1999, más que introducir un elemento sustantivo nuevo, constituyó el cumplimiento de tratados internacionales que obligaban formalmente a establecer específicamente el principio en el texto constitucional, como asimismo, por razones de lenguaje constitucional, con el objeto de establecer un lenguaje equitativo y no discriminatorio en materia de género, lo que llevó también a sustituir las expresiones “hombres” por “personas” en el artículo 1°, inciso 1° de la Constitución, en la misma reforma”.¹⁰⁷

El último de los incisos del artículo 19° N° 2 señala “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Para lograr una cabal comprensión de este inciso se debe previamente responder a la interrogante: ¿Qué se entiende por diferencias arbitrarias? Diferencia según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en sus diversas acepciones es: 1. Cualidad o accidente por el cual algo se distingue de otra cosa, 2. Variedad entre cosas de una misma especie y 3. Controversia, disensión u oposición de dos o más personas entre sí. Y arbitraria es aquella que depende del arbitrio y este último es la voluntad

¹⁰⁷ NOGUEIRA, Humberto. La Concepción de Constitución, el Bloque de Constitucionalidad de Derechos Fundamentales y el Control de Convencionalidad en la Práctica Jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Chile. En su: Derechos Fundamentales. Santiago, Chile, 2012. pp. 219–260

no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho. Es decir nuestra Constitución proscribire todas aquellas distinciones que no se funden en la razón y el bien común y que más bien se encuentren fundadas en el capricho.

1.3. Artículo 19° N° 16: La Libertad del Trabajo y su Protección

La regulación a nivel constitucional de los derechos laborales es de suma importancia para su efectividad y protección, ya que la Constitución de la República de Chile dentro de la pirámide Kelseniana se ubica en primer lugar, por cuanto es la norma fundante que debe servir de base e inspiración para el ordenamiento jurídico en su totalidad, ninguna ley, ley orgánica constitucional, decreto, decreto con fuerza de ley puede ir en contra de lo que establece la Constitución. Esto es lo que se conoce como supremacía constitucional y se puede definir como “una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores, los derechos fundamentales y el sistema de fuentes formales del derecho. La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas del derecho internacional. La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas jurídicas infraconstitucionales no pueden contradecirla”.¹⁰⁸

En cuanto a los derechos laborales, el texto constitucional reconoce en el artículo 19 N° 16 el “derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”. No se regula el “derecho a un trabajo digno”, ya que no se habla de remuneración mínima para los trabajadores ni de la existencia de un

¹⁰⁸ NOGUEIRA, Humberto. La Concepción de Constitución, el Bloque de Constitucionalidad de Derechos Fundamentales y el Control de Convencionalidad en la Práctica Jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Chile. Ob.Cit.

salario equitativo como ocurre en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En segundo lugar, se reconoce el derecho de sindicarse en el artículo 19 N° 19, poniéndose énfasis en la voluntariedad de la afiliación sindical. Este derecho es incorporado a la Constitución porque se considera que se trata de una derivación del derecho de asociación y que su estructura se asemeja más a la de los derechos civiles y políticos que a la de los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰⁹

Dichos derechos caen dentro de lo que se conoce como Derechos Sociales, los que según el profesor de Derecho Constitucional Tomás Jordán son aquellos “derechos que tienen todas las personas de acceso y preservación del mayor grado posible de realización material existencial, garantizando el Estado la autonomía individual y colectiva, como los bienes y servicios necesarios, para el logro de tal objeto”.¹¹⁰

Podemos decir que, en comparación con los tratados internacionales sobre la materia, los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran débilmente consignados en la Constitución chilena de 1980 e incluso algunos ni siquiera aparecen mencionados. En otros supuestos se reconoce la posibilidad de “acceder libremente” al derecho social pero no se garantiza el derecho sustantivo mismo.¹¹¹

La Garantía Constitucional de la libertad de trabajo se encuentra regulada en el artículo 19 N° 16°, en donde se preceptúa lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de trabajo y su protección.

¹⁰⁹ BUSTOS, Rodrigo. Derechos Sociales y Constitución: Algunas Reflexiones sobre el Modelo Chileno. En su: Derechos Fundamentales. Santiago, Chile, 2012. pp. 47–70.

¹¹⁰ JORDÁN, Tomás. Los derechos sociales como categoría jurídica de orden constitucional. En su: Derechos Fundamentales. Santiago, Chile, 2012. pp. 155–185.

¹¹¹ BUSTOS, Rodrigo. Derechos Sociales y Constitución: Algunas Reflexiones sobre el Modelo Chileno. Ibidem.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

De la lectura del primer inciso del artículo se puede apreciar que no está protegiendo un determinado trabajo, tampoco se protege el derecho de un trabajador para seguir desarrollando su trabajo, sino que más bien es una libertad y no un derecho al trabajo, ello porque no implica que se pueda exigir del Estado y de otros particulares un puesto de trabajo, lo que realmente viene a asegurar este artículo es la libre elección. Dicho de otra forma, no se trata de una garantía que permita permanecer en un trabajo determinado ni tampoco obtener un determinado puesto laboral, sino sólo el derecho a desarrollarlo libremente sin que intervenga el Estado o un particular para impedirlo, todo ello teniendo presente las normas constitucionales o legales que por otras consideraciones superiores pueden prohibir determinadas actividades, como por ejemplo el Estado podría prohibir el desarrollo de actividades que atenten contra la seguridad interior o exterior del Estado o de las personas.

Se ha entendido mayoritariamente por la jurisprudencia de los tribunales de nuestro país que esta garantía está referida a aquellos trabajadores dependientes, es decir, para quienes poseen un vínculo de subordinación y dependencia con un empleador, no así para aquellos trabajadores que desarrollan un trabajo por cuenta propia e independiente. Ello debido a que los trabajadores independientes o por cuenta propia pueden invocar el artículo 19 N° 21 que establece la garantía de libertad de empresa, por intermedio de la cual la Constitución asegura a todas las personas: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

Otros autores señalan que no es un derecho social, pero reconocen que “no obstante encontrarse centrada la garantía en la libertad de trabajo, no resulta del

todo posible afirmar que se trate de un derecho de corte meramente liberal pues existe un germen de derecho social, consistente en que se establece la noción de “justa retribución”. Sobre la noción de “justa retribución” la CENC señaló – con el alcance relativo que le damos a este dato histórico contenido en sus actas – que ha de entenderse por ella la que “asegure a la persona y su familia, a lo menos, un bienestar acorde con la dignidad humana”. Como sea que se conceptúe, la noción de justa retribución rompe el paradigma de que en las relaciones laborales todo es negociable y permite el establecimiento, vía normativa, de derechos básicos irrenunciables como por ejemplo el sueldo mínimo.”¹¹²

Además, en éste artículo se establece la garantía constitucional para el empleador de la libre contratación, es decir, el derecho que tiene todo empleador de decidir si quiere contratar a alguien o no, de buscar con plena libertad sus propios colaboradores para la actividad empresarial que desee desarrollar. Así las cosas, en este artículo se establecen dos tipos de garantías, una para cada una de las partes de la relación laboral. Por un lado, tenemos al trabajador que goza de la garantía de la libertad en la elección del trabajo con una justa retribución y por el otro, encontramos al empleador premunido de la garantía del derecho a la libre contratación de sus colaboradores.

Siguiendo con el análisis del artículo nos encontramos con el tercer inciso que preceptúa: “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”. Este artículo viene a ser la concreción en materia laboral del principio la igualdad que se consagrado en el artículo 19 N° 2.

El principio de igualdad en materia laboral no es absoluto, lo que significa que en ciertos casos si se podría discriminar y los parámetros los señala la propia

¹¹²AVILÉS, Víctor. Apuntes de clases: números 16 al 19 del artículo 19 de la Constitución Política de la República [En línea]. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D123A0313/2/material_docente/objeto/218261> [consulta: 3 septiembre 2012].

norma cuando dice “se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”, es decir, es perfectamente lícito discriminar a un trabajador de otro, siempre y cuando dicha discriminación este basada en la capacidad e idoneidad personal. Lo prohibido es incurrir en discriminaciones arbitrarias entendiéndose por esta cualquier distinción que no se base en la capacidad e idoneidad personal y que sea más bien caprichosa, infundada, carentes de razón y contraria al bien común. Todo ello se encuentra en consonancia con la realidad imperante en el mercado laboral en donde “siempre habrá trabajadores que encuentren trabajo con mayor facilidad que otros, que ganen más que otros, o que progresen profesionalmente más rápidamente que otros. Es justo y eficaz que las diferencias de rendimiento entre las diversas profesiones y los trabajadores reflejen diferencias de aptitudes, cualificaciones o capacidades y redunden en resultados económicos diferentes. La eliminación de la discriminación a través de la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades no significa anular todas las diferencias que existen en el mercado de trabajo. El objetivo de estas políticas es garantizar que los diferentes resultados obtenidos en el mercado de trabajo reflejen la libre elección de la profesión, una neutralidad en la valoración y en la definición de la idoneidad, y la igualdad de oportunidades para adquirir y conservar las cualificaciones adecuadas al mercado”.¹¹³

2. Consagración en el Código del Trabajo del Derecho a la Igualdad

2.1. Breve reseña sobre la protección de la mujer en Código del Trabajo.

El Derecho del Trabajo tiene su origen a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, durante el fenómeno denominado “cuestión social”, donde se produjeron diversos cambios sociales, culturales, políticos y económicos, que influyeron directamente en derecho Laboral.

¹¹³OIT, La Hora de La Igualdad en el Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 91° reunión 2003. 29p.

En esta primera etapa, el derecho del trabajo se orientó principalmente a la protección de la familia, mediante una labor de moralización de las clases trabajadoras, a través del modelo “hombre productor, mujer reproductora”, el cual recluía a las mujeres al espacio doméstico, sobrevalorando su papel como esposa y madres y excluyéndola del ámbito laboral, mientras que a los hombres se le atribuía la obligación de proveer los sustentos económicos y de representar a la familia en la sociedad.

Esta concepción jurídica de protección a la mujer y de la familia se fundaba en la visión de la mujer trabajadora como un sujeto de derecho más débil, que necesitaba una protección especial, y además de una sociedad con un marcado componente patriarcal y marital que relegaba a la mujer al ámbito doméstico con la finalidad de proteger a la familia y así evitar la ausencia prolongada de ésta en el hogar. Es muy probable que esta concepción más tradicional de la mujer como ama de casa sea debido a dos realidades bien definidas; en primer lugar una de matiz social, donde los varones veían en la mujer trabajadora el peligro de perder el poder jerárquico en el seno de sus familias, y, otra, de carácter puramente económico, dado que existía un miedo fundado al ver a la mujer como una seria competidora en un mundo laboral hasta entonces reservado únicamente a los hombres, ya que ésta recibía un menor salario.¹¹⁴¹¹⁵

¹¹⁴ ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo, Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días, *Revista Aranzadi Social*, 22: 4,2004.

¹¹⁵ Además, el trabajo femenino era visto como una competencia al que desarrollaban los varones obreros, lo que generaba una baja general de los salarios. Esto era considerado como un verdadero círculo vicioso, ya que la mujer trabajaba aun teniendo una pareja estable, porque los salarios de su compañero eran muy bajos y no le permitían mantener a toda la familia y, a su vez, el salario era bajo, porque los empresarios preferían a las mujeres para muchos empleos, dado que percibían salarios menores y eran más sumisas. En este sentido: CAAMAÑO ROJO, Eduardo; *Mujer y Trabajo: Origen y ocaso del modelo de padre proveedor y*

Algunos ejemplos de esta normativa protectora los encontramos en el artículo 49 del Código del Trabajo de 1931, que prohibía de manera genérica el trabajo nocturno de las mujeres y en el antiguo texto del artículo 15 Código del Trabajo de 1.987, prohibía que las trabajadoras fueran contratadas para realizar trabajos mineros subterráneos o faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales propias de su sexo, salvo ciertas excepciones expresamente determinadas por el legislador, esta norma fue modificada recién en el año 1995 por la Ley 19.250.¹¹⁶

Por consiguiente, el desarrollo paulatino de la legislación laboral a comienzos del siglo XX va asociado a lo que podemos llamar el “pecado original”, dado que fue desincentivando la contratación de mujeres y acentuando su rol en el cuidado de la familia y del hogar, con el fin de que ellas pudieran concentrarse en la crianza de las nuevas generaciones de trabajadores que deberían asumir los retos del futuro mundo industrializado.¹¹⁷

Posteriormente, con el fortalecimiento del movimiento feminista, la ratificación de los tratados internacionales y los logros civiles adquiridos, como el voto femenino y el incremento de la participación de las mujeres en los distintos ámbitos de la sociedad, el trabajo femenino fue adquiriendo mayor importancia, lo que a su vez provocó un cambio de perspectiva respecto a las normas laborales, que ya no buscaban la protección de la mujer per se, sino que el afianzamiento del principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres y la protección de la maternidad.

madre cuidadora, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 24:9, 2010.

¹¹⁶ ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo, Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días. Op.Cit.

¹¹⁷ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, Mujer y Trabajo: Origen y ocaso del modelo de padre proveedor y madre cuidadora. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 23: 20-28, 2010.

2.2. La Igualdad en Código del Trabajo.

Antes de la promulgación de la Ley 20.348, sólo existía una disposición que se refería prohibición de discriminación laboral consagrada en la Constitución, la cual se encuentra regulada en el artículo 2 del Código del Trabajo que señala en su inciso tercero y cuarto:

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

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

De esta manera, nuestro legislador armoniza el derecho a la no discriminación en materia laboral con los tratados internacionales ratificados por Chile, especialmente el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, enumerando un catalogo de criterios de diferenciación que se consideran discriminatorios. No obstante, esta técnica legislativa de ir agregando criterios o factores de diferenciación prohibidos, no sería conveniente, ya que obligaría a actualizar constantemente esta norma del Código del Trabajo, debido a que los criterios de diferenciación que pueden dar lugar a un caso de discriminación son prácticamente ilimitados.

Por lo demás, esta norma discrepa con el mandato constitucional establecido en el artículo 19 N° 16, en virtud del cual toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal se encuentra prohibida, sin perjuicio que, en ciertos casos, la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad.

Esta diferencia de planteamientos entre la Constitución y el Código del Trabajo en materia de discriminación, debe entenderse en el sentido que el Código del Trabajo ha reforzado en el ámbito legal la prohibición de discriminación

respecto de aquellos criterios potencialmente más frecuentes de distinciones de trato en el ámbito laboral. Por lo tanto, frente a la invocación de un criterio de diferenciación no enunciado por el artículo 2 inciso 3 del Código del Trabajo, debe aplicarse esta disposición a la luz del mandato amplio del artículo 19 N° 16 inciso 3 de la Constitución, para calificar la existencia o no de un acto de discriminación.¹¹⁸

“Cabe señalar que la Ley 19.759, de 2001, incorporó al Código del Trabajo nuevas normas que consagran el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa y la prohibición de la discriminación en el empleo; estas modificaciones reconocen que la dignidad de cada trabajador no puede ser sobrepasada por la normativa interna de la empresa bajo ningún pretexto, toda vez que ésta tiene su fundamento no solo en la Constitución Política de la República, sino que en las normas más básicas del respeto y la convivencia humana”.¹¹⁹

Luego el día 8 de Marzo de 2005 se promulgó la Ley 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, la que fue publicada y entró en vigencia el día 18 de Marzo de 2005, dicha norma introdujo el siguiente inciso: “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. Es decir, a través de esta modificación legal se reconoció expresamente que la dignidad de cada trabajador, es el fundamento de la relación laboral, se entiende que a pesar del carácter de subordinación y dependencia entre empleador y trabajador, se deben observar ciertos mínimos de respeto dentro de la empresa y velar porque el derecho fundamental de la dignidad humana no sea violado ni conculcado al interior de la empresa. En este sentido, con fecha 8 de mayo de 2008, la Ilustrísima Corte de

¹¹⁸ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Revista de Derecho de la facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Austral de Chile. 14: 9, 2003.

¹¹⁹ HUMERES, Héctor. Derecho Individual del Trabajo y de la Seguridad Social. 96p. Ob. Cit.

Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 1.729-2007 señaló: “Que las conductas acreditadas en autos, que se traducen en requerimientos sexuales físicos y verbales, no consentidos por la destinataria, exceden lo que puede calificarse como relación laboral seria y respetuosa, atentando contra la dignidad de la trabajadora, el mutuo respeto que debe regir las relaciones laborales y la intimidad de la actora, desde que como víctima del hostigamiento aparece invadida su privacidad en lo que a su sexualidad se refiere”.

Con fecha 31 de Julio de 2012, se promulgó la Ley 20.607 que sanciona las prácticas de acoso laboral o *mobbing* que incorporó al inciso 2 el siguiente párrafo: "Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo".

“El acoso laboral es todo acto que implique una agresión física por parte del empleador o de uno o más trabajadores, hacia otro u otros dependientes o que sea contraria al derecho que les asiste a estos últimos, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se practiquen en forma reiterada, cualquiera sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos y siempre que de ello resulte mengua o descrédito en su honra o fama, o atenten contra su dignidad, ocasionen malos tratos de palabra u obra, o bien, se traduzcan en una amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo de dichos afectados".¹²⁰

¹²⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 3519/034 del 09 de agosto de 2012., [en línea]. <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101010.html>> [consulta: 11 de noviembre de 2012].

Anteriormente, a través de la Ley N° 19.759, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de Noviembre de 2001, se incorporó el inciso tercero al artículo 2° del Código del Trabajo que preceptúa lo siguiente: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”.

El actual inciso cuarto del artículo precedentemente mencionado señala: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Estos dos últimos incisos deben entenderse incorporados en los contratos individuales del trabajo de modo tal que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a cualquiera de las circunstancias mencionadas en el inciso cuarto. Tal como se señaló anteriormente, se debe reforzar que, en relación a la técnica legislativa utilizada por el legislador, es posible advertir que no parece conveniente “ir agregando a este inciso criterios o factores de diferenciación prohibidos, ya que, ello obligaría a actualizar constantemente esta disposición del Código del Trabajo, considerando que los criterios de diferenciación que pueden dar lugar a un caso de discriminación son prácticamente ilimitados. Además, esta práctica seguida por el legislador nacional pierde de vista el claro mandato constitucional del artículo 19 N° 16, en virtud del cual toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal se encuentra prohibida, sin perjuicio que, en ciertos casos, la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad”.¹²¹ Es por ello, que la norma en estudio debe ser entendida e interpretada a la luz del principio de la supremacía constitucional, por intermedio del cual todos “los estados constitucionales contemporáneos reconocen a la Constitución como norma jurídica plena, que posee el más alto nivel dentro de la jerarquía de las normas del ordenamiento jurídico interno y poseedora de plena fuerza normativa. Ello exige a todo intérprete del ordenamiento jurídico operar a

¹²¹ CAAMAÑO, Eduardo. La Tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Ob. Cit.

partir de la Constitución y en consonancia con sus valores, principios y reglas.”¹²² En el mismo sentido el artículo preceptúa “Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”. De esta forma lo que se debe entender, es que es posible discriminar entre un trabajador y otro, siempre y cuando dicha discriminación se base en calificaciones necesarias para emprender un trabajo.

En el inciso inmediatamente siguiente que fue modificado por el artículo 1° N° 1 letra b) de la Ley 20.005, publicada en el Diario Oficial el día 18 de Marzo de 2005, se establece: “Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”. De esta forma, este inciso viene a ser la manifestación del principio de igualdad y de no discriminación en la fase precontractual, esto es, antes de que siquiera exista la relación laboral, lo que existe en estos casos es apenas un germen de ella, ya que, por ejemplo las ofertas de trabajo que se realizan en los periódicos no poseen un destinatario determinado, sino que se dirigen a la población en su conjunto. “Cabe recordar que anteriormente se había dictado la Ley N° 19.739, la que vino a incorporar la edad y el estado civil entre aquellos aspectos que no pueden servir de base a dicha conducta de parte del empleador, y declaró como contrarias a los principios de las leyes laborales las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador que señalaren como un requisito de postulación cualquiera de las condiciones prohibidas, a menos que se trate del requerimiento propio de idoneidad de las personas para desarrollar una función”.¹²³ En relación a la idoneidad y capacidad de las personas para desarrollar un trabajo la jurisprudencia administrativa emitida por la Dirección del Trabajo en su dictamen ordinario N° 352/24 de fecha 22 de enero de 2004, ha propugnado un criterio

¹²² NOGUEIRA, Humberto. La Concepción de Constitución, el Bloque de Constitucionalidad de Derechos Fundamentales y el Control de Convencionalidad en la Práctica Jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Chile. Ob. Cit.

¹²³ HUMERES, Héctor. Derecho Individual del Trabajo y de la Seguridad Social. 96p. Ob. Cit.

mucho más estricto y restrictivo al interpretar la norma en comento y ha señalado: “Las actividades de prevención, incluyendo en ellas aquellas que dicen relación con la capacitación y adiestramiento del personal, constituyen una obligación del empleador, no pudiendo por tanto entenderse éstas como una exigencia basada en la “capacidad o idoneidad personal” o una “calificación” inherente al ejercicio de un determinado empleo, únicas condiciones admitidas como elementos diferenciadores por nuestro ordenamiento jurídico”.

El inciso séptimo preceptúa: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno”. Esta es una prohibición dirigida al empleador de no inmiscuirse en el manejo financiero y particular de sus potenciales trabajadores, es decir, no se puede hacer distinciones o discriminaciones entre una persona que posee un buen manejo de sus finanzas personales, de otra que no lo tiene. Se exceptúan de dicha prohibición tal y como señala el inciso inmediatamente siguiente solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

Por último, el inciso final del artículo 2° del Código del Trabajo estipula: “Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios”. Este inciso establece un mandato al Estado, es decir, a todos los poderes del Estado, de resguardar la libertad de las personas para elegir el trabajo que ellas deseen, esto es, al igual que la norma constitucional del artículo 2° N° 16, no se resguarda el derecho al trabajo, sino que solamente la garantía de elegir con libertad, esto es, libre de presiones de cualquier tipo. Además, la última parte del inciso ordena al Estado velar por el correcto cumplimiento de las normas laborales,

mandato que la autoridad estatal desarrolla a través de la Dirección del Trabajo y los Tribunales Ordinarios de Justicia.

2.3. Otros Artículos del Código del Trabajo sobre no discriminación

En materia de no discriminación en primer lugar debemos señalar las normas sobre protección a la maternidad que se encuentran en el Título II del Libro I del Código del Trabajo en sus artículos 194 a 208, en dichas normas se establecen una gran cantidad de derechos a favor de la madre y en algunos casos para el padre. “Para la ley laboral, la maternidad comienza en la concepción, por lo tanto, la madre es la titular de las protecciones establecidas en las normas laborales vigentes para fueros, descansos pre y post-natal, subsidios, sala cuna, derecho a alimentar a su hijo o hija y a cuidarle en caso de enfermedad. De esta forma, se busca que la legislación garantice el desarrollo de los embarazos, incluyendo la prohibición de trabajos pesados o atentatorios al estado, estableciendo el descanso previo y posterior al alumbramiento, los derechos de sala cuna, la alimentación y cuidado de hijos e hijas menores de un año.”¹²⁴

Dentro de estos artículos sobre normas de protección a la maternidad uno de los más importante es el Artículo 194 que señala lo siguiente: “La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado.

Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados.

¹²⁴ CENDA. Género y Trabajo. Derechos, legislación laboral y relación de equidad de género en el mercado del trabajo. [en línea] <http://www.fielchile.cl/Genero%20y%20Trabajo_Julio_2010.pdf> [10 noviembre 2012]

Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.”

De la lectura de éste artículo es posible advertir que “las normas de protección a la maternidad son de aplicación amplia y se hacen extensivas a todas las entidades y empresas de los sectores públicos y privados, sin excepción alguna. Esta normativa atiende a la calidad de trabajadora y no a la actividad que realiza, por lo que, se aplican a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, incluso aquellas que trabajan en sus domicilios y, en general, a todas las mujeres trabajadoras acogidas a un sistema de previsión. Junto con resguardar la maternidad se pretende que la mujer no se considere discriminada por el hecho de estar embarazada o que, por el contrario, sólo pueda ser contratada con la condición de no encontrarse en estado de gravidez.”¹²⁵

Además, al igual que el artículo 2° inciso sexto, también se hace una mención especial a la Discriminación en la etapa preocupacional: es decir aquella que surge antes del nacimiento de la relación laboral, en donde sólo existe un germen de relación laboral. En estos casos la discriminación puede provenir por ejemplo de las ofertas de trabajo emitidas por medios masivos de comunicación, como los periódicos, radio o televisión, entre otros o en los procesos de selección de personal, ya sean, estos realizados al interior de las empresas o bien, por empresas externas dedicadas exclusivamente a la selección de personal. Y es aquí donde juega su rol este artículo, ya que expresamente dice: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras (...) a la ausencia o existencia de

¹²⁵ LIZAMA, Luis. Código del Trabajo. Nueva Justicia Laboral. Tomo II. Santiago, Chile, 2010. 501p.

embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”.

Lamentablemente, a la luz de la lectura de éste solo artículo, se estimo que no otorgaba protección a todas las mujeres embarazadas, de esta forma fue entendido por nuestros Tribunales Ordinarios de Justicia, quienes han señalado que las prestadoras de servicios a honorarios en municipalidades no se ven beneficiadas por fuero maternal, así se ha decretado en causa Rol N° 4.519-2005 pronunciada por la Corte Suprema con fecha 14 de Marzo de 2007 en donde se señaló: “No obstante el amplio ámbito de aplicación de la normativa sobre “Protección a la Maternidad” que contiene el Título II del Libro II de este texto, no es posible sostener que las personas contratadas a honorarios tengan la condición de “trabajadoras que dependen de algún empleador” a que alude el inciso tercero de su artículo 194, en cuanto ellas, según se ha visto, están explícitamente marginadas tanto del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales como del Código del Trabajo.” Tampoco esta norma otorga protección a las funcionarias suplentes o reemplazantes de funcionarios públicos, ello ha sido reafirmado en diversa jurisprudencia judicial, a modo de ejemplo, podemos citar un fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 1.884-2002, en el que con fecha 4 de Abril de 2003 que señaló: “Los funcionarios a contrata tienen un plazo de expiración legal de sus contratos a diciembre de cada año, y quienes se encuentran en cargos en calidad de suplente se encuentran limitados legalmente hasta el plazo verificado para dicha suplencia.

A una funcionaria contratada para cumplir una suplencia con una fecha de expiración de su respectivo contrato de trabajo, que no se encuentra adscrita a la planta del servicio respectivo, no le es aplicable la normativa del Código del Trabajo en cuanto a la protección de la maternidad, por cuanto ha sido la propia ley la que se ha encargado de poner fecha de expiración a las personas contratadas en tal calidad.

La vigencia de una suplencia dura sólo hasta que el impedimento del titular de dicho cargo cese, no pudiéndose extender la duración del contrato por aplicación de las normas relativas a la protección de la maternidad contenidas en el Código del Trabajo.”

Otro de los defectos atribuibles a la norma en comento se encuentra constituido por su falta de eficacia, ya que prohíbe la solicitud de exámenes o certificados para la verificación del embarazo, y su redacción da a entender que la mujer debe acreditar la intención discriminatoria, con ello “vuelve a hacerse patente la gran deficiencia de nuestro actual ordenamiento jurídico-laboral respecto a la cobertura y eficiencia de los mecanismos que tutelan los derechos fundamentales y que aseguren a la víctima, el ejercicio de una acción para hacer valer el derecho y un medio para obtener una reparación de la infracción y un resarcimiento frente al daño causado”.¹²⁶

Una de las leyes protectoras más importante en materia de protección hacia la mujer en su rol de madre trabajadora es la Ley 19.591 que modificó el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad que fue publicada el 9 de noviembre de 1998, la que vino a perfeccionar la posibilidad de ejercicio de derechos para las mujeres trabajadoras. “Esta ley es un nuevo avance pro igualdad de condiciones para que las mujeres accedan al mundo del trabajo y se les reconozcan en plenitud su dignidad y derechos. Las siguientes reformas se destacan:

Prohibición de discriminar a la mujer por estado de gravidez. Para ello, el Código del Trabajo establece que la mujer trabajadora tiene derecho a un descanso de maternidad de 6 semanas antes del parto y de 12 semanas después de él. Este derecho no puede ser renunciado por disposición expresa del legislador, quedando prohibido durante dichos períodos el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas.

¹²⁶ CAAMAÑO, Eduardo. *Mujer, Trabajo y Derecho. Hacia Relaciones Laborales con Equidad de Género y Corresponsabilidad Social*. Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2011. 63p.

- Fuero maternal para la trabajadora de casa particular. A partir de la publicación de la Ley N° 19.591 las trabajadoras de casa particular gozan de fuero maternal establecido en el Art. 201 del Código del Trabajo, que va desde el inicio del embarazo hasta un año después de expirado el descanso del post natal. De esta forma quien la emplea sólo podrá poner término al contrato si cuenta con autorización expresa de juez del trabajo, en un juicio de desafuero en los Tribunales de Justicia.
- Extensión del derecho de sala cuna, reemplazando el concepto de establecimiento por el de empresa, lo que ayuda a establecer el derecho de toda mujer trabajadora a que su hijo y/o hija asista a sala cuna mientras trabaja en empresas en las que existan 20 o más trabajadoras de cualquier edad, estado civil y hasta que la criatura cumpla dos años de edad. Este derecho es extensivo a mujeres que trabajen en centros o complejos comerciales con administración en una misma razón social o personalidad jurídica, cuyo establecimiento ocupe entre todas a 20 o más trabajadoras. El empleador debe mantener una sala cuna de la empresa o establecer convenio con alguna institución autorizada por la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI); también debe pagar valor de pasajes por transporte de ida y de regreso del niño y/o la niña a ese establecimiento. A partir del 9/11/1998, no se requiere del número mínimo de 20 trabajadoras en cada uno de los establecimientos (sucursales) de la empresa, sino basta que exista ese número en la totalidad de la empresa, aunque las trabajadoras se distribuyan en cualquier número en las sucursales.”¹²⁷

En relación al post natal se debe decir que este fue nuevamente modificado a través de la ley N° 20.545 que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, dicha ley entró en vigencia en nuestro país el día 17 de Octubre de 2011 y fue impulsada como una medida para

¹²⁷ CENDA. Género y Trabajo. Derechos, legislación laboral y relación de equidad de género en el mercado del trabajo. [en línea] <http://www.fielchile.cl/Genero%20y%20Trabajo_Julio_2010.pdf> [10 noviembre 2012]

permitir a las mujeres compatibilizar su rol como trabajadora y madre, permitiéndoles estar más tiempo con sus hijos en los primeros meses de vida.

Esta ley modificó, entre otros, el artículo 195 del Código del Trabajo, que preceptúa lo siguiente: “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él. El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable.

Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.

El padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor perderá el derecho a fuero y subsidio establecidos en el inciso anterior.

Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas

Asimismo, no obstante cualquier estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos períodos, incluido el período establecido en el artículo 197 bis”.

Dentro de las características de éste nuevo postnatal es posible señalar que al anterior postnatal de 12 semanas se le sumaron 12 semanas más, es decir, un total de 24 semanas íntegras. Ello a través de la incorporación del artículo 197 bis que preceptúa lo siguiente: “Las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195.

Con todo, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extenderá a dieciocho semanas. En este caso, percibirá el cincuenta por ciento del subsidio que le hubiere correspondido conforme al inciso anterior y, a lo menos, el cincuenta por ciento de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho.

Las trabajadoras exentas del límite de jornada de trabajo, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 22, podrán ejercer el derecho establecido en el inciso anterior, en los términos de dicho precepto y conforme a lo acordado con su empleador.

Para ejercer los derechos establecidos en los incisos segundo, tercero y octavo, la trabajadora deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada, enviada con a lo menos treinta días de anticipación al término del período postnatal, con copia a la Inspección del Trabajo. De no efectuar esta comunicación, la trabajadora deberá ejercer su permiso postnatal parental de acuerdo a lo establecido en el inciso primero.

El empleador estará obligado a reincorporar a la trabajadora salvo que, por la naturaleza de sus labores y las condiciones en que aquella las desempeña, estas últimas sólo puedan desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes de su permiso prenatal. La negativa del empleador a la reincorporación parcial deberá ser fundamentada e informada a la trabajadora, dentro de los tres

días de recibida la comunicación de ésta, mediante carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo en el mismo acto. La trabajadora podrá reclamar de dicha negativa ante la referida entidad, dentro de tres días hábiles contados desde que tome conocimiento de la comunicación de su empleador. La Inspección del Trabajo resolverá si la naturaleza de las labores y condiciones en las que éstas son desempeñadas justifican o no la negativa del empleador.

En caso de que la trabajadora opte por reincorporarse a sus labores de conformidad a lo establecido en este artículo, el empleador deberá dar aviso a la entidad pagadora del subsidio antes del inicio del permiso postnatal parental.

Con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá a éste el permiso y subsidio establecidos en los incisos primero y segundo.

Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado en base a sus remuneraciones. Le será aplicable al trabajador lo dispuesto en el inciso quinto.

En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental, deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada, a lo menos, con diez días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso, con copia a la Inspección del Trabajo. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la trabajadora. A su vez, el empleador del padre deberá dar aviso a las entidades pagadoras del subsidio que correspondan, antes del inicio del permiso postnatal parental que aquél utilice.

El subsidio derivado del permiso postnatal parental se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía del decreto con fuerza de ley N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1982.

El empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto”.

Como se puede apreciar de la lectura de este artículo, se otorga una extensión en 12 semanas más de postnatal, dicha extensión se conoce con el nombre de permiso postnatal parental, entregado a la madre trabajadora con derecho a subsidio de hasta 66 UF mensuales.

En el periodo de postnatal parental la madre puede elegir entre volver a su trabajo por media jornada con lo que su postnatal extendido será de 18 semanas, con un subsidio equivalente al 50% de su sueldo, o bien puede optar por tomarse el postnatal completo, en cuyo caso podrá estar con su hijo por 12 semanas y acceder al subsidio por el 100% de su remuneración con un tope legal de 66 UF.

Lo novedoso de esta ley es que si la mujer trabajadora decide tomarse las 12 semanas a jornada completa tiene la posibilidad de traspasar hasta un máximo de 6 semanas al padre a jornada completa y si la mujer trabajadora decide tomarse 18 semanas a media jornada, puede traspasar al padre hasta un máximo de 12 semanas en media jornada. Y, en ambos casos, si el padre hace uso de este derecho, el subsidio se calculará en base a su sueldo y, además, tendrá derecho a fuero por el doble del periodo que se tome a jornada completa, o bien, por un máximo de tres meses si toma el postnatal a jornada parcial. De esta forma se encuentra establecido en el inciso primero del artículo 201 que señala lo siguiente: “Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al

doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.” Es decir, el fuero laboral de la mujer continúa inalterado por un lapso de un año, pero se le suma el fuero para el padre que haya ejercido el postnatal parental.

Otro aspecto importante de destacar de esta ley, es que el beneficio de pre y postnatal se otorga a todas las mujeres trabajadoras, sin excepción, esto es a las mujeres trabajadoras dependientes y a las mujeres trabajadoras independientes, ya sean estas: trabajadoras por cuenta propia, temporeras, trabajadoras por obra o faena, trabajadoras a honorarios, comerciantes, feriantes, etc., siempre que estén afiliadas, se encuentren trabajando y posean un mínimo de cotizaciones, de esta forma lo establece el artículo 152 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud de 1996 que preceptúa lo siguiente: “Los trabajadores independientes tendrán derecho al permiso postnatal parental del artículo 197 bis del Código del Trabajo, el cual podrán ejercer por doce semanas, percibiendo la totalidad del subsidio, o por dieciocho semanas, percibiendo la mitad de aquel, además de las rentas o remuneraciones que pudieren percibir, dando aviso a la entidad pagadora del subsidio antes del inicio del período.

La base de cálculo del subsidio establecido en este artículo será la misma del descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo. Para efectos de determinar la compatibilidad de subsidios a que tiene derecho el trabajador se aplicará lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 25 del decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978.”

Por último, se puede destacar de esta ley que se refiere expresamente a los funcionarios del sector público, señalando que dichos funcionarios también tienen derecho a este postnatal parental y además se decretó que las asignaciones o bonificaciones por zona se continuarán percibiendo, ello lo señaló en el artículo 6° de la Ley que preceptúa lo siguiente: “Las y los funcionarios del sector público a

que se refiere el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, tendrán derecho al permiso postnatal parental y al subsidio que éste origine en los mismos términos del artículo 197 bis del referido Código. A este subsidio se le aplicarán las normas correspondientes del decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978.

A este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del decreto con fuerza de ley N° I, del Ministerio de Salud, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda, suscrito además por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, determinará la forma y el procedimiento en que la funcionaria podrá hacer uso del derecho a reincorporarse a sus funciones durante el goce de este permiso. Además, establecerá los criterios que el Servicio o Institución empleadora deberán utilizar para determinar la jornada que le corresponderá cumplir. Para ello podrá considerar la escala de remuneraciones y el grado que ella detente, entre otros factores.

Las normas de este artículo serán aplicables a los funcionarios del sector público que hagan uso del permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, las y los funcionarios continuarán percibiendo la asignación de zona a que se refiere el decreto ley N° 249, de 1973, y sus normas complementarias, así como las bonificaciones especiales que benefician a zonas extremas del país, establecidas en el artículo 3° de la ley N° 20.198, el artículo 13 de la ley N° 20.212, el artículo 3° de la ley N° 20.250, el artículo 30 de la ley N° 20.313 y el artículo 12 de la ley N° 20.374. El pago de estas remuneraciones corresponderá al Servicio o Institución empleadora”.

“La igualdad de trato también prohíbe el acoso laboral así como el acoso sexual laboral. El primero, se define la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de una persona con el

propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. El segundo se define como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.¹²⁸

Sobre el acoso sexual, con fecha 18 de Marzo de 2005 entró en vigencia la Ley 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, dicha ley introdujo nuevos artículos y modificó otros ya existentes. Al artículo 2 del Código del Trabajo le agregó un segundo inciso en los siguientes términos: “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. En relación con el concepto de acoso sexual introducido por la Ley 20.005 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en fallo dictado causa Rol N° 4475-2007 con fecha 27 de Mayo de 2008 señaló: “Que con el mérito de la prueba rendida es posible tener por establecida la conducta sexual indebida del demandado en la persona de la actora, quien jamás aprobó los excesos de su empleador; el comportamiento de éste está fuera de los cánones normales propios del escenario laboral y la gravedad de la conducta se encuentra probada en autos, pues el hostigamiento sexual comenzó con simples comentarios de mal gusto, pasando a roces y vocaciones impropias en los pasillos de la farmacia en que prestaba sus funciones y concluyó, en diciembre de 2005, en una conducta de agresión física sexual directa.

¹²⁸ CANALES, Patricia. Igualdad de trato en el ámbito laboral en los tratados internacionales y en la legislación de España y Francia. [en línea] <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro317.pdf> [8 Octubre 2012]

En efecto, el comportamiento del demandado, representante y socio de la empleadora, no puede sino que interpretarse como requerimientos de carácter sexual, que no eran consentidos por la destinataria de los mismos, ocurridos mientras desempeñaba sus labores bajo la supervigilancia del demandado.

La disposición ordinaria de las cosas no permite asignar a los hechos relatados una significación distinta; no se está en presencia de flirteos o tratos cariñosos propios de un ambiente laboral digno, sino de conductas ofensivas, indeseadas y humillantes que afectaron la salud de la demandante, su intimidad y libertad sexual.” Este fallo se refiere al acoso sexual vertical que se define como aquel realizado por el empleador, en contra del trabajador, en oposición al acoso sexual horizontal verificado entre pares o compañeros de trabajo.

Como es posible apreciar la definición de acoso sexual introducida por la Ley 20.005 en nuestro Código adolece de deficiencias, en primer lugar es posible señalar que se estaría tipificando solamente el acoso sexual vertical, el cual, como mencionamos anteriormente es el ejercido por el empleador hacia el trabajador, ya que la parte final del inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo señala: “... que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”, ello debido a que dicho artículo deja, “en principio, como conductas atípicas el requerimiento sexual efectuado por quien no tiene poder de influir en las condiciones u oportunidades de trabajo de la víctima – acoso sexual horizontal – (...). Por tanto, para ampliar la extensión del tipo a otros sujetos activos, distintos del empleador y sus representantes es preciso un esfuerzo hermenéutico. En primer lugar, hay que concordar el art. 2° inc. 2° CT con el art. 160 N° 1 letra b) CT; esta última disposición permite sancionar con el despido disciplinario al trabajador que incurre en “conductas de acoso sexual. Aquí hay un primer indicio de que tales conductas pueden ser cometidas por sujetos distintos del empleador. Con todo, esta norma nos reconduce a la definición del art. 2° inc. 2° CT y a la exigencia del tipo en orden a que la víctima vea amenazada o perjudicada “su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Volvemos, pues, al punto de inicio: habría acoso sexual laboral sólo cuando el sujeto activo tiene el poder de generar el efecto que

pide la norma, vale decir, cuando el acosador es el empleador o un trabajador que, en su nombre, ejerce facultades de organización, de control o de disciplina dentro de la empresa. ¿Cómo se rompe este círculo vicioso? Entendiendo que el resultado de “perjuicio de la situación laboral” de la víctima no se refiere sólo al menoscabo de las condiciones de trabajo que son resorte del empleador o de sus representantes, sino que la exigencia del tipo se satisface también con un resultado más difuso: el sentimiento de incomodidad que provoca en la víctima la reiteración de propuestas sexuales indeseables de uno de sus pares, lo cual vendría a deteriorar su situación laboral, en sentido amplio.”¹²⁹ La segunda deficiencia que adolece este artículo es que deja fuera del concepto de acoso sexual todas aquellas formas de acoso que no que no buscan la obtención de favores sexuales, sino que son conductas obscenas que vienen a entorpecer el ambiente laboral y de las cuales al trabajador no le es posible sustraerse de ellas, teniendo que conformarse y tolerar dichas conductas que no son sancionadas de acuerdo a la nuestra normativa actualmente vigente.

En el caso de que el denunciado sea el empleador, la denuncia por acoso sexual deberá plantearse directamente ante la Inspección del Trabajo, institución que tendrá la tarea de investigar los hechos denunciados. Además, se establece a favor del trabajador afectado la figura del despido indirecto, que consiste en la facultad del trabajador de poner término al contrato de trabajo si el empleador incurriere en falta de probidad al desempeñar sus funciones y ejerciere conductas de acoso sexual. En relación al despido indirecto y a los requisitos que debe reunir el acoso sexual para poner término a la relación laboral nuestra Corte Suprema en fallo dictado por su cuarta sala (especial) con fecha 14 de Febrero de 2009, en causa Rol N° 6.569-2.008, ha señalado lo siguiente: “Para la resolución del recurso, cabe tener presente que la acción ejercida por los dependientes corresponde a aquella contemplada en el artículo 171 del Código del Trabajo, esto es, el despido indirecto, facultad que el legislador otorga al trabajador para poner término al

¹²⁹ PALAVECINO, Claudio. El Nuevo Ilícito de Acoso Sexual en el Derecho del Trabajo Chileno. Revista de derecho (Valdivia). 19(1): 105-123, Jul. 2006.

contrato de trabajo que lo une con el empleador, en el caso que éste incurra en las causales N°s 1, 5 y 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, debiendo cumplir los requisitos y condiciones que en dicha norma se estipulan. La invocada en la especie es la letra b) del primer numeral del precepto citado, que contempla las conductas de acoso sexual, norma introducida por el artículo 1° N° 4 de la Ley 20.005 de 18 de marzo de 2005. Para que pueda configurarse la mencionada causal, se requiere que se trate de: algunas conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, de lo cual se infiere que el legislador requiere que para que se produzca el término de la relación laboral no bastan las medias suposiciones, sino que los actos o actitudes respectivas sean verificadas y, en cuanto a la gravedad, revistan de una entidad tal que lleve a un quiebre de la relación laboral, situación que debe ser determinada caso a caso.”

A modo de conclusión, podemos decir, tal y como lo ha señalado la Dirección del Trabajo en su dictamen ordinario N°3.704/134 de fecha 11 de agosto de 2004 que: “El derecho a la no discriminación ejerce su virtualidad protectora en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. En efecto, tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes, en los procesos de selección de personal, como durante su desarrollo y en conclusión, el derecho a la no discriminación emerge como límite a los poderes empresariales.

Asimismo, y ahora en cuanto al ámbito material en que puede ejercerse el derecho a la no discriminación, éste no solo se refiere a las conductas ligadas al acceso al empleo (ofertas de trabajo y selección de personal), sino también a aquellas referidas al desarrollo de la relación laboral propiamente tal, es decir, a las condiciones de trabajo y a la causa de término de la misma.”

Naturalmente, todo lo referente a la Ley 20.348 que reguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre hombres y mujeres será latamente tratado en un capítulo especial dedicado al efecto.

3. Mecanismos para resguardar la igualdad antes de la Ley 20.348

En adelante analizaremos las acciones que permiten de conformidad a la normativa laboral vigente antes de la dictación de la Ley 20.348, impugnar, sancionar y reparar los efectos derivados de los actos de discriminación en razón del sexo durante la vigencia de la relación laboral. Este aspecto es interesante de estudiar debido a que “las relaciones laborales – entendidas éstas como relaciones privadas – y la empresa en particular, constituyen un verdadero arquetipo de poder social o poder privado. No por nada, nuestra disciplina debe su nacimiento y razón de ser, a este fenómeno de desigualdad entre empresario y trabajador. Se parte en este caso, de un reconocimiento a priori de esta realidad y se utilizan como mecanismos de reacción las técnicas protectoras y tutelares de la parte económicamente más débil de la relación laboral – el trabajador –. En suma, el Derecho Laboral es quizá uno de los ámbitos jurídicos en donde la falacia liberal de igualdad jurídica-formal se hace más palpable.”¹³⁰ Es por todos estos antecedentes que se ha necesitado introducir diversos mecanismos tutelares de los derechos y garantías laborales de los trabajadores.

3.1. Acción de Protección

Como punto de partida, se debe señalar que el recurso de protección es más bien una acción y no un recurso, ello en atención a que los recursos procesales son aquellos destinados a impugnar una resolución judicial, en cambio, la acción de protección no busca la impugnación de una resolución judicial, sino que está destinado para los actos u omisiones arbitrarias e ilegales.

El recurso de protección lo podemos definir como aquella acción que nuestra Constitución de la República concede a todas las personas que como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufran privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales. Así lo establece el artículo 20 de la Constitución que preceptúa: “El que por causa de

¹³⁰ MELLIS, Christian. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Legal Publishing, 2009, Santiago, Chile. 15p.

actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Como es posible apreciar de la lectura del artículo 20 de nuestra Constitución, con respecto a la garantía constitucional del derecho al trabajo, se señala expresamente por el constituyente que el recurso de protección tutela solamente la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, es decir, lo que viene a resguardar son las libertades establecidas a favor del trabajador de libre elección del trabajo y por otro lado, la libertad del empleador de decidir si quiere o no contratar y en el caso afirmativo de decidir quiénes serán sus colaboradores.

Además, se tutela la garantía establecida en el inciso cuarto del artículo 16º de la Constitución, que señala: “Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado

o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.”

Lamentablemente el recurso de protección excluye la norma constitucional más importante en materia de discriminación en el trabajo, esto es, se excluye el inciso tercero del artículo 16 que prescribe: “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.” “No obstante, teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación en el trabajo por cualquier causa o motivo que no diga relación con la capacidad o idoneidad personal es una manifestación concreta y explícita del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, reconocido por el artículo 19 Nr. 2 de la Constitución, sería posible, por la remisión a esta última norma, recurrir de protección en contra del empleador que haya discriminado a la mujer trabajadora.”¹³¹

A pesar de que sería posible a través de invocar la garantía constitucional de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2, la que preceptúa: “La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. “Se debe señalar que la acción de protección no resulta totalmente eficaz para resguardar los derechos fundamentales de la relación laboral, dicho planteamiento,

¹³¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Ob. Cit,

ya fue sostenido por el profesor José Luis Ugarte quien manifestó tres aspectos que hacen al recurso de protección inútil en esta materia, a saber:

- 1) La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección y de la forma de tramitación contenida en el auto acordado complementario, lo que aleja a esta acción especial de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol protector directo a favor del trabajador, en cuanto contratante más débil de esta relación jurídica.
- 2) El recurso de protección es concebido como una acción judicial de carácter extraordinario, lo cual lo hace inoperante para la tutela efectiva de los derechos fundamentales del trabajador, la que entre otros aspectos requiere la declaración de nulidad de los actos lesivos de esos derechos y/o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que exige un proceso de fondo ante un juez de grado. Asimismo, en razón de lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución, que restringe la procedencia de este recurso sólo a ciertas garantías constitucionales expresamente individualizadas, ha primado en nuestro país una interpretación restrictiva que ha dejado de lado la tutela del derecho fundamental a la no discriminación en el empleo.
- 3) Por último se señala el riesgo que esta acción de protección genera en la estabilidad en el empleo, para aquellos trabajadores con una relación laboral en vigencia. En efecto, frente al ejercicio del recurso de protección es probable que el empleador adopte represalias contra el trabajador, para lo cual dispone del útil mecanismo reconocido por la legislación laboral del despido fundado en “necesidades de la empresa” (artículo 161 del Código del Trabajo). Esta causal de despido es reconocida de manera amplia por la legislación laboral y por la jurisprudencia judicial y no conlleva, en verdad, la carga de probar realmente las circunstancias que motivan la necesidad de la empresa, por lo que el pago de las indemnizaciones respectivas y del eventual

recargo de un 30% en su monto, conforme a lo dispuesto por el artículo 168 del Código del Trabajo, si el despido fuese calificado judicialmente como improcedente, no representa un serio obstáculo para el empleador que quiera desprenderse de un trabajador que haga valer su derecho a la no discriminación por esta vía.¹³²

3.2. Acciones Administrativas

Antes de la dictación de la Ley que resguarda la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres la norma que quedaba para resguardar el derecho a la igualdad en razón de sexo era el artículo 477 del Código del Trabajo que señala lo siguiente: “Tratándose de las sentencias definitivas , sólo será procedente el recurso de nulidad cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquella se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En contra de las sentencias definitivas no procederán más recursos.

El recurso de nulidad tendrá por finalidad invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según corresponda.”

Sobre la nulidad contra sentencias definitivas la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia ha señalado que procede cuando se infrinjan garantías o sean dictadas con infracción a la ley, ello en fallo dictado con fecha 13 de Mayo de 2009 en causa Rol N° 26-2009, el cual es del siguiente tenor: “Tratándose de sentencias definitivas, el artículo 477 del Código del Trabajo dispone que solo será procedente el recurso de nulidad cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que

¹³² CAAMAÑO ROJO, Eduardo, La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Op. Cit.

hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y su objetivo, según lo consigna esta misma norma, es “invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según corresponda.”

Entre la notificación de la demanda laboral y la audiencia deben mediar quince días.

Si se tiene presente que las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, forzoso es concluir que no pudo el juez de la causa llevar a efecto la audiencia (de contestación y conciliación) de estilo al día siguiente de la fecha en que se notificó por correo electrónico la resolución que tuvo por notificado tácitamente al demandado de la demanda, por cuanto entre ésta notificación y la audiencia debió mediar a lo menos quince días para permitir a esa parte reunir las pruebas para probar sus argumentos en torno a la acción deducida en su contra. “Es posible advertir, que al igual que el recurso de protección, el recurso de nulidad tampoco era un buen medio para resguardar los derechos fundamentales de los trabajadores durante la relación laboral, ya que, si bien resguarda derechos fundamentales, dicha tutela queda restringida al ámbito de la tramitación del procedimiento o de la dictación de la sentencia definitiva, ámbitos en los cuales, lo usual será que la relación laboral, ya se haya terminado”.

3.3. Acciones Civiles

“Un acto discriminatorio por razones de sexo que se manifieste, por ejemplo, en la desigualdad de remuneraciones de una trabajadora frente a un trabajador por la realización de un trabajo de igual o similar valor o en la imposibilidad de acceder a un cargo de nivel superior por el hecho de encontrarse embarazada, implica no sólo la vulneración de un derecho fundamental de la persona, sino que, además, según lo dispuesto por el artículo 2º inciso 7 del Código del Trabajo, presupone un incumplimiento del contrato de trabajo, pues la prohibición de actos de discriminación se entiende incorporada al contrato como una obligación más para las partes y, en concreto, para el empleador. Ahora bien, respecto de esta obligación de no discriminación incorporada al contrato no sería procedente el

acuerdo de voluntades en orden a excluir su incorporación, en atención al carácter irrenunciable de los derechos laborales, según lo ordena el artículo 5º inciso 2 del Código del Trabajo”¹³³ Dicho artículo en su plenitud señala: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo.

Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente.”

A su vez estas normas laborales son relacionadas con el artículo 1.545 del Código Civil que establece el principio de pacta sunt servanda, esto es, lo pactado obliga, el que señala lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Y con el artículo siguiente que señala: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

De la concatenación del artículo 2º inciso séptimo y el artículo 5º inciso segundo, ambos del Código del Trabajo, más los artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil una trabajadora afectada por un acto discriminatorio podría hacer efectiva la responsabilidad contractual civil del empleador, demandado incluso el daño moral que la actitud lesiva le ocasionó.

“Sin perjuicio de lo anterior y sin pretender ahondar en este punto el tema de la responsabilidad civil, conforme a su regulación en nuestro Código Civil y a lo

¹³³ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Ob. Cit.

resuelto por la jurisprudencia judicial, deseamos manifestar que sobre la base de reconocer la eventual procedencia de una responsabilidad contractual del empleador que discrimina a un trabajador o a una trabajadora en razón del sexo durante la vigencia de la relación laboral – por constituir ello una infracción al contrato, según lo dispuesto por los artículos 2º inciso 7 del Código del Trabajo y 1545 del Código Civil – es preciso efectuar también una salvedad, atendida la naturaleza del acto discriminatorio. En efecto, el acto discriminatorio al atentar contra una garantía reconocida por la Constitución configura un acto antijurídico y, en concreto, un particular caso de delito o cuasidelito civil, que es susceptible, por tanto, de generar una acción en favor de la mujer afectada para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del empleador.”¹³⁴

Es decir, podríamos recurrir a las normas de la responsabilidad extracontractual establecidas en nuestro código Civil en los artículos 2.314 al 2.334 en el Título XXXV denominado “De los delitos o cuasidelitos” del Libro IV. Debiendo para estos efectos el trabajador probar los requisitos de la responsabilidad extracontractual, a saber: 1) Capacidad; 2) Daño; 3) Causalidad y 4) Dolo o culpa.

Dentro de las normas pertinentes encontramos las siguientes: El Artículo 2314 del Código Civil que expresa: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito y cuasidelito”. Luego podemos señalar al artículo 2316 que expresa las personas obligadas a otorgar esta indemnización, señalando: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho de dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta la concurrencia de lo que le valga el provecho.” Además, se establece una prescripción especial para las acciones emanadas de delito y cuasidelito en el artículo 2.332 del mismo cuerpo legal, en donde se señala: “Las acciones que

¹³⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Ob, Cit.

concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del hecho.” Es decir, en estos casos desde que se comete el acto arbitrario o ilegal. Como aspecto negativo de la interposición de una demanda de indemnización, se debe señalar que estas se tramitan en un proceso de lato conocimiento denominado “Juicio Ordinario”, lo que viene a desincentivar el uso de esta vía jurídica para el resguardo de los derechos fundamentales de los trabajadores.

CAPITULO V

LA LEY 20.348 SOBRE LA IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES; SU ORIGEN, CARACTERÍSTICAS Y SUS PRINCIPALES CRÍTICAS.

Como señalamos en el capítulo anterior, el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres se encuentra consagrado tanto en el ámbito internacional, principalmente por los Convenios N° 100 y 111 de la OIT, como por la legislación nacional.

Sin embargo, antes de la promulgación de la Ley 20.348 la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, no era más que una simple declaración de principios, ya que carecía de instrumentos procesales efectivos que garantizaran su cumplimiento.

Esta situación, infringía expresamente los tratados internacionales ratificados por Chile, específicamente el artículo 2 del Convenio N. 100 de la OIT, que dispone: “1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. 2. Este principio se deberá aplicar por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios”.

Por lo tanto, con el objetivo de cumplir la obligación del Estado de respetar y promover los derechos garantizados en tratados internacionales que se encuentran vigentes¹³⁵, y de las demás normas legales y constitucionales ya señaladas, se promulgó la Ley 20.348, que reconoce expresamente el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo,

¹³⁵ Artículo 5 de la Constitución Política de la República.

estableciendo mecanismos procesales efectivos que promueven el cumplimiento del principio de igualdad en materia laboral.

1. Breve resumen de la historia de la Promulgación de la Ley 20.348

El proyecto de ley sobre el resguardo del Derecho a la Igualdad de las remuneraciones tuvo su origen en una moción parlamentaria presentada el 19 de Julio de 2006 por la diputada señora Alejandra Sepúlveda Orbenes y los diputados señores Pedro Araya Guerrero, Gabriel Ascencio Mansilla, Eduardo Díaz del Río, Jaime Mulet Martínez, Sergio Ojeda Uribe, Carlos Olivares Zepeda, Jorge Sabag Villalobos, Mario Venegas Cárdenas y Patricio Walker Prieto, con el objeto de introducir modificaciones al Código del Trabajo, y así hacer efectiva la obligación de no discriminar por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral, mediante el reconocimiento expreso del derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por el trabajo que realizan de igual valor.

Esta normativa fue aprobada de forma unánime por el Congreso Nacional el 20 de mayo de 2009 y promulgada por la presidenta Michelle Bachelet el 2 de junio del mismo año, quien expresó en su discurso de promulgación¹³⁶ que “ésta fecha será un hito en la lucha contra la discriminación que sufren muchas mujeres”, ya que se está realizando un “acto de justicia” en una tarea que se encontraba pendiente, porque “no basta con reconocer igualdades, sino que es necesario poner mecanismos que resguarden definitivamente éstas igualdades”, porque “queremos que cada mujer sepa que su trabajo, esfuerzo y producción valen lo mismo que el trabajo de su compañero”.

Por lo tanto, “queremos que toda trabajadora sepa que toda diferenciación injustificada es un abuso y, por ley, debe ser reparado”, pues “la igualdad en materia de remuneraciones es ahora un derecho fundamental de todas las mujeres y, como tal, va a ser resguardado por la nueva Justicia Laboral”.

¹³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.348 resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones. Ob. Cit.

La ley fue publicada en el Diario Oficial el 19 de Junio de 2009; entrando en vigencia el 19 de Diciembre de ese mismo año, salvo la exigencia de registro que consigna los cargos o funciones en la empresas de 200 o más trabajadores que comenzó a regir a partir de 19 de Enero de 2010.

El texto promulgado fue el siguiente:

“Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes enmiendas en el Código del Trabajo:

a) Agrégase el siguiente artículo 62 bis, nuevo:

“Artículo 62 bis.- El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en la remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6º del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa.

b) Modifícase el inciso primero del art. 154, en la forma que se señala:

a. Intercálense, en el número 6, a continuación de la palabra "sugerencias", las frases ", y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales".

b. Reemplázanse en el número 11, la conjunción “y” y la coma (,) que la precede por un punto y coma (;) y en el número 12, el punto final (.) por la conjunción “y” precedida de una coma (,).

c. Incorpórase el siguiente número 13, nuevo:

"13.- El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al art. 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador".

c) Agrégase, en el artículo 511, el siguiente inciso final:

"Los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, podrán solicitar la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes, en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales".

Artículo 2°.- Intercálase, en el artículo 10 del decreto con fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, el siguiente inciso cuarto, nuevo:

"En los empleos a contrata la asignación a un grado será de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y con la capacidad, calificación e idoneidad personal de quien sirva dicho cargo y, en consecuencia, les corresponderá el sueldo y demás remuneraciones de ese grado, excluyendo toda discriminación que pueda alterar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres".

Art. transitorio.- Lo dispuesto en la letra a. del número 2 del art. 1°, comenzará a regir seis meses después de su publicación en el Diario".

2. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 20.348

2.1. El principio de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo.

La Ley 20.348 establece el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, ratificando el principio ya consagrado en el artículo 2 del Código del Trabajo, respecto a los actos discriminatorios que emanan de las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivo de sexo.

Originalmente el proyecto se refería a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un “servicio de igual valor”, concepto utilizado en el Convenio N° 100 de la OIT, para referirse aquellos trabajos que reporten un mismo valor en la cadena productiva de la empresa.

Para determinar los trabajos de un mismo valor, la OIT desarrolló un sistema de evaluación de los puestos de trabajo de carácter analítico, en el cual se debe considerar un conjunto de factores objetivos, entre los cuales se encuentran la responsabilidad que está asociada al cargo, las condiciones de trabajo, el esfuerzo que implica y las capacidades técnicas que requiere, entre otros, y de acuerdo a ello, los puestos de trabajo que resulten con un mismo valor, deben contemplar una misma retribución. Dicho análisis quedó entregado a las empresas, siendo éstas las encargadas de analizar y determinar que trabajos y servicios tienen un mismo valor.

Sin embargo, este concepto fue abandonado durante la tramitación del proyecto, ya que involucraba en su definición aspectos relativos a la productividad de los trabajadores que en la práctica es muy difíciles de objetivizar.

Es así como en el segundo informe de la Comisión de Trabajo del Senado, el ejecutivo realizó la siguiente indicación: “Agrégase el siguiente artículo 62 bis: El

empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo”.

El asesor legislativo del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, explicó que la indicación del Ejecutivo se fundamenta en la inquietud manifestada durante la discusión, en general, del proyecto de ley, en cuanto a que la referencia a los “servicios de igual valor” vinculado al tema de la productividad, revestiría una gran complejidad, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, atendida la estructura de su organización productiva. En consecuencia, añadió, la nueva redacción propuesta por el Ejecutivo, pretende que los trabajadores que cumplen un mismo trabajo accedan a una misma remuneración y, consecuentemente, tengan una instancia de reclamación ante la constatación de diferencias remuneracionales en razón de género.¹³⁷

Además, durante la tramitación del proyecto en la Comisión de Trabajo del Senado, se concordó que el principio general que inspiraba la Ley de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, es la premisa básica de “ante el mismo trabajo procede pagar la misma remuneración”, estableciéndose los casos que no serían considerados como discriminatorios. En otras palabras, el principio rector debe encontrarse en la comparación de la retribución económica de los trabajadores que estén en plena igualdad de condiciones laborales, ya sea con la misma idoneidad, preparación, capacitación y que desarrollen un mismo trabajo, y en el caso que de dichas circunstancias varíen entre los trabajadores, sería factible establecer sueldos diferenciados.

El principio de igualdad debe entenderse contenedor de un contenido múltiple, al comprender tres aspectos normativos: la exigencia de igualdad o de igual tratamiento a quienes están en una misma situación o categoría; la permisón de la desigualdad, vale decir, de no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones o categorías distintas, y, finalmente, la prohibición de la

¹³⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.348 resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones. Ob, Cit.

discriminación, lo que supone la prohibición de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de igualdad.¹³⁸

Por lo tanto, al estudiar la historia de la Ley, el concepto “mismo trabajo” estaría relacionado con mismas condiciones de trabajo e iguales responsabilidades, más que un concepto que podría resultar más complejo como el de la “misma productividad” el cual podría implicar la aplicación de un conjunto de variables que harían más difícil objetivar la noción sobre la cual se sustentará el principio.¹³⁹

De esta forma. Igualdad de remuneraciones significaría que hombres y mujeres deben ganar lo mismo cada vez que se dé equivalencia de condiciones y responsabilidades objetivas de trabajo. Y en el caso que algunas de estas circunstancias objetivas varíe, sería totalmente factible establecer diferencias de remuneraciones entre trabajadores.

Por consiguiente, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.

Por esta razón, se incorporó en la segunda parte del inciso primero del artículo 62 bis la frase “...no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en la remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”

En la Comisión del Trabajo del Senado se discutió intensamente respecto a la forma en que se debía expresar los criterios objetivos que permitirían hacer diferenciaciones remuneracionales sin que éstas sean arbitrarias.

¹³⁸ DIRECCION DEL TRABAJO. Dictamen N° ORD N°2210/035. Ob. Cit.

¹³⁹ CARVAJAL GODOY, Gabriela. Derecho a la igualdad en las remuneraciones. Manual de consultas laborales y previsionales. 294:15-28, nov, 2009.

La Honorable Senadora señora Matthei indicó “que el hecho de que dos personas tengan el mismo título profesional o la misma capacitación, no significa que necesariamente aporten lo mismo a la empresa, ni que obtengan los mismos resultados. En consecuencia, no puede determinarse en forma a priori que por la sola circunstancia de ostentar una misma calidad profesional o técnica, deberá pagarse lo mismo a los trabajadores, sin posibilidad de premiar a aquél que produce más o al que presta un mejor servicio”.

Anteriormente, el proyecto despachado por la Cámara de Diputados, modificaba el artículo 2 del Código del Trabajo agregando en el inciso cuarto, la siguiente oración, pasando su punto aparte (.) a ser seguido (.): “Son actos de discriminación las diferencias en las remuneraciones en trabajos de igual valor basadas en criterios distintos de las características y naturaleza del trabajo que se realiza”. Y se intercalaba en el inciso quinto, entre los términos “calificaciones” y “exigidas”, la expresión “, capacidades e idoneidad”.¹⁴⁰

Sin embargo, la Comisión del Trabajo del Senado consideró que no era necesario modificar ni hacer referencia al artículo 2 del Código del Trabajo, ya que, como lo señaló el Honorable Senador señor Pizarro, ésta disposición se refiere a las calificaciones exigidas para acceder en igualdad de condiciones a un empleo determinado. En cambio, cuando ya se está en posesión de un puesto de trabajo, la evaluación del trabajador no dice relación con su calificación sino que más bien con su desempeño, rendimiento o productividad.

¹⁴⁰140 La redacción de los incisos 3 al 5 del artículo 2 del Código del Trabajo quedaba de la siguiente forma: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Son actos de discriminación las diferencias en las remuneraciones en trabajos de igual valor basadas en criterios distintos de las características y naturaleza del trabajo que se realiza. Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones, capacidad e idoneidad exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por esta razón, la Ministra del SERNAM, doña Laura Albornoz, presentó como propuesta que enseguida del artículo 62 bis que establece la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, se señalaran los criterios objetivos que permitirían hacer diferenciaciones remuneracionales sin que éstas constituyan una arbitrariedad, siendo aprobada esta propuesta por la Comisión del Trabajo del Senado.

Los criterios objetivos señalados en la Ley 20.348 son: capacidad, calificación, idoneidad, responsabilidad y productividad. El dictamen de la Dirección del Trabajo N° ORD. 1187/018 del 10 de marzo de 2010, señala que según el principio de la hermenéutica legal, contenido en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, para fijar el verdadero sentido y alcance de la norma, debemos aplicar la primera regla de interpretación, que es el principio gramatical, según el cual, las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sostenido en reiteradas oportunidades que uso general de las palabras, es aquel asignado al vocablo por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE).

La RAE define "capacidad" como la "aptitud, el talento o la cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo".¹⁴¹

Asimismo, el Diccionario citado asigna a la palabra "calificación" el significado de "acción y efecto de calificar" y "calificar", a la vez, es "apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o algo".

Por su parte, el vocablo "idoneidad", según el mismo diccionario es "cualidad de idóneo" e "idóneo", que es "adecuado y apropiado para algo". A la vez, "responsabilidad" es la "cualidad de responsable" y "responsable" dicho de una persona "que pone cuidado y atención en lo que hace o decide". Finalmente, el

¹⁴¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición [en línea]. <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=CAPACIDAD> [consulta: 14 de abril de 2012].

vocablo "productividad ", según el aludido diccionario es la "cualidad de productivo" y "productivo", aquello "que tiene virtud de producir" y en otra acepción, es "que es útil y provechoso".

De acuerdo a esto, entonces, si entre un hombre y una mujer trabajadores, que realizan un mismo trabajo, existen diferencias relacionadas con algunos de los criterios señalados, el empleador podrá establecer remuneraciones distintas, siempre y cuando a que estas diferencias se basen en razones fundadas y objetivas que no tengan relación con una discriminación de género.

2.2. Registro de cargos o funciones en el reglamento interno de orden, higiene seguridad:

La Ley 20.348 establece que todas aquellas empresas de doscientos o más trabajadores deberán incluir en su reglamento interno de orden, higiene y seguridad un registro que consigne los diversos cargos o funciones de la empresa y sus características técnicas esenciales.

Así lo estipula el N° 6 del artículo 154 del Código del Trabajo que señala: "... y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales".

De acuerdo a las actas de tramitación de la ley, inicialmente la moción regulaba que todo empleador con cinco o más trabajadores debería mantener dicho registro. Sin embargo, la Confederación Nacional de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa de Chile (CONAPYME), expresó que tener que consignar funciones y detallarlas en un registro, limitaría la utilización de los recursos humanos, ya que a dar instrucciones a los trabajadores éstos podrían negarse en aquellos casos en que no se haya establecido el trabajo ordenado dentro de las funciones registrada para tal trabajador, lo que trabaría el funcionamiento de la empresa, siendo

contrario a la política pública de reducir la carga regulatoria de las micro, pequeñas y medianas empresas.¹⁴²

El representante del Ministro del Trabajo, considerando las inquietudes planteadas por los representantes de CONAPYME, propuso que la obligación de llevar el registro sólo fuera exigible para aquellas empresas que emplearan a 50 o más trabajadores, lo que fue aprobado por la comisión.

Finalmente, durante la discusión del proyecto en la Cámara del Senado, se aprobó la indicación de los Honorables Senadores los señores Allamand y Pérez Varela de elevar el número de trabajadores de 50 a 200. Entre los argumentos de los senadores se encontraba que a su juicio se trataba de una exigencia imposible de cumplir en la práctica, puesto que las empresas cambian su estructura y organización constantemente, con lo cual, llevar un registro en el que se consigne los diversos cargos y funciones, sus características técnicas, la descripción general de lo mismo y las condiciones para ejercerlos, es una labor engorrosa y de una gran complejidad para la micro, pequeña y mediana empresa. No obstante, se entendió que el fin de dicha norma era generar un patrón objetivo que señale como se estructura y se organiza la empresa en relación a cargos y funciones que en ella se desempeña y que sirva como un instrumento en base el cual sustentar un eventual reclamo por discriminación en razón de género.

Así lo manifestó el Honorable Senador señor Letelier, en el Segundo Informe Comisión del Trabajo del Senado: “Es necesario contar con un instrumento que permita fijar parámetros objetivos que impidan la discriminación arbitraria en esta materia. Agregó, que si bien es cierto que en el mundo actual la realidad empresarial cambia constantemente, no es menos cierto que las variaciones que experimentan las empresas nunca son tan extremas como para alterar sustancialmente las funciones que en ellas se cumplen, las que, por lo general, se mantienen invariables en lo fundamental. Así por ejemplo, en la industria agrícola

¹⁴² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.348 resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones. Op. Cit.

siempre se cumplirán determinadas funciones que son inherentes a esa actividad, y que, como tales, no van a mutar, como son el riego, la poda o la cosecha, entre otras”.

Respecto al alcance de la norma, debemos determinar que se entiende por “**características técnicas esenciales**”. De acuerdo a lo visto anteriormente, aplicaremos el principio gramatical.

La RAE define el término “característica” como: que da “carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes”. Asimismo, define la palabra “técnica” como “persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte” y en otra acepción “perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes”. Por otra parte, vocablo “esencia” como “lo más importante y característico de una cosa”.

De estos conceptos podemos inferir que se entiende como “**características técnicas esenciales**”, como aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a realizar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda ejecutar a la empresa.¹⁴³

Entonces en la elaboración de este registro se deberán consignar aquellos distintivos que definen el cargo o función a desempeñar, que son parte de la esencia y de su naturaleza, sin considerar aquellos aspectos que pudieran ser variables, como tampoco las características que debe poseer el trabajador que a va ejercer el cargo, es decir la descripción de los cargos de la empresa, no debe ser tan genérico, que no permita distinguir entre los distintos cargos o funciones existente y tan detallado que entorpezca el desarrollo de las funciones en la empresa.

¹⁴³DIRECCION DEL TRABAJO. Dictamen N° ORD N°1187/018 [en línea]. <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97655.html>> [consulta: 11 de abril de 2012].

La Dirección del Trabajo ha facilitado algunos ejemplos de registro de cargos y funciones, con lo cual la empresa cumpliría con dicha obligación, los cuales son los siguientes:

Figura N° 5.1: Ejemplo del registro de cargos o funciones del Reglamento Interno de orden, higiene y seguridad propuesto por la DT.	
Nombre del puesto o cargo	Gerente de Aseguramiento de Ingresos. Facturación y Fraude.
Misión del Puesto	Realizar el seguimiento y corrección de los procesos de generación de ingresos, detectando y monitoreando los riesgos de fraude, gestionando los procesos de liquidaciones de tráfico, con el fin de optimizar los procesos de facturación.
Nombre del puesto o cargo	Bodeguero.
Misión del Puesto	Recepción física de existencias: Almacenar las existencias recepcionadas; Despachar existencias a clientes internos y externos; Cumplir con la entrega oportuna a las solicitudes de los clientes; Mantener existencias bien proporcionadas.

Finalmente, todas las empresas que cuenten con 200 o más trabajadores, a contar del día 19 de diciembre de 2009, se encuentran obligadas a incorporar en sus reglamentos internos, de orden, higiene y seguridad, un registro que consigne los diversos cargos o funciones de la empresa y sus características técnicas esenciales.

No obstante, de acuerdo el inciso 1º del artículo 156 del Código del Trabajo, los reglamentos internos y sus modificaciones deben ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha en que comienzan a regir, por lo tanto,

las empresas que debían cumplir con esta normativa, tuvieron que realizar sus modificaciones y notificarlas a sus trabajadores antes del 19 de enero de 2010, fecha que entró en vigencia esta norma.

A continuación, un ejemplo del un registro de cargos o funciones que cumple con los requisitos establecido por la Ley.

Figura Nº5.2: Ejemplo de Registro de Cargos o Funciones.				
Área	Nº	Nombre Cargo	OBJETIVO	CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS ESENCIALES
Administración y Finanzas	1	Administrador de Clientes	Ejecutar la creación y mantener el maestro de clientes de la empresa con el fin de contribuir con la incorporación de clientes nuevos, garantizando la mantención de estos mismos. Realizar cambios de precios e informar sobre las comisiones por ventas.	- Contador General - Conocimientos en Sistemas Computacionales y SAP.
Administración y Finanzas	2	Administrativo de Tesorería	Ejecutar tareas auxiliares de tesorería, con el fin de controlar el conteo de maquinas, por lo que se desempeñara tanto en terreno como también en administración. Garantizar el ingreso y conteo de facturas.	- Enseñanza media completa con conocimientos de contabilidad o administración.
Administración y Finanzas	4	Auxiliar de Tesorería	Controlar el conteo de la recaudación que ingresa a la empresa, con el fin de asegurar la mantención de las cajas de recaudación	- Enseñanza media completa.
Comercial	5	Coordinador Full Service *	Ejecutar tareas de vendedor tales como la incorporación de clientes nuevos, mantener relación con clientes actuales, solucionando los problemas que se pudiesen presentar.	- 5 años de experiencia en ventas - Cuarto Medio
Comercial	6	Supervisor Full Service *	Ejecutar tareas de vendedor tales como la incorporación de clientes nuevos, mantener relación con clientes actuales, solucionando los problemas que se pudiesen presentar.	- 5 años de experiencia en ventas - Cuarto Medio

2.3. Procedimiento de reclamación por incumplimiento al principio de Igualdad de las remuneraciones:

En aquellos casos de contravención al principio de igualdad de remuneraciones por razones de género, que contempla el artículo 62 bis del Código del Trabajo, para poder recurrir ante los Tribunales de Justicia e iniciar el procedimiento de tutela laboral que establecen los artículos 485 y siguientes del mismo cuerpo legal, previamente se debe deducir el reclamo respectivo al interior de la empresa de acuerdo al procedimiento establecido para estos efectos en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, el que necesariamente debe contener el procedimiento o forma al que deberán someterse los reclamos que pudieran deducirse por dicha causal.

Este procedimiento se encuentra regulado por la Ley 20.348, en su letra c) del número 2 del artículo 1, que agrega el número 13 del artículo 154 Código del Trabajo, respecto a las disposiciones que debe contener el reglamento interno de la empresa estableciendo lo siguiente:

"13. El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador".

De la norma anterior, podemos concluir que las formalidades básicas a las que debe ajustarse el procedimiento de reclamación son las siguientes:

- I. El reclamo deberá constar por escrito y encontrarse fundado, es decir, no basta con la sola reclamación, sino que además deberá contener los hechos y circunstancias necesarias para justificarla.
- II. La respuesta del empleador deberá constar por escrito y contener, igual que en el caso anterior, los elementos en que se funda el reclamo.

- III. La respuesta del empleado deberá entregarse en un plazo máximo 30 días contados desde el reclamo efectuado por el trabajador.

Por otra parte, el N° 6 del artículo 154 del Código del Trabajo establece que “el reglamento interno deberá contener, a lo menos, la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias...”.

En la situación que un empleador no se encuentren obligado de contar con un reglamento interno de orden, higiene y seguridad, y tampoco tenga normas que regulen el procedimiento de reclamo, en el caso de contravención al principio de igualdad de remuneraciones, la trabajadora deberá recurrir directamente a los Tribunales de Justicia para iniciar el procedimiento de tutela laboral o interponer un reclamo ante la Inspección del Trabajo.

Interpuesto el reclamo de acuerdo al procedimiento establecido por el empleador en el reglamento interno, éste deberá responder el reclamo de la trabajadora dentro de los 30 días siguientes. Si la respuesta es favorable, resulta la inequidad y el empleador deberá igualar la remuneración de la trabajadora con sus pares hombres que realicen el mismo trabajo. En el caso contrario, si la Inspección del Trabajo o directamente a los Tribunales de Justicia.

A continuación un ejemplo de un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad que establece el procedimiento de reclamo por infracción al principio de igualdad de remuneraciones.

Figura N°5.3: Ejemplo del Procedimiento de Reclamo en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMO ESPECIAL POR INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES QUE PRESTEN UN MISMO TRABAJO.

Artículo 80°.- La Empresa dará cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombre y mujeres que presten un mismo trabajo. No se

considerarán arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

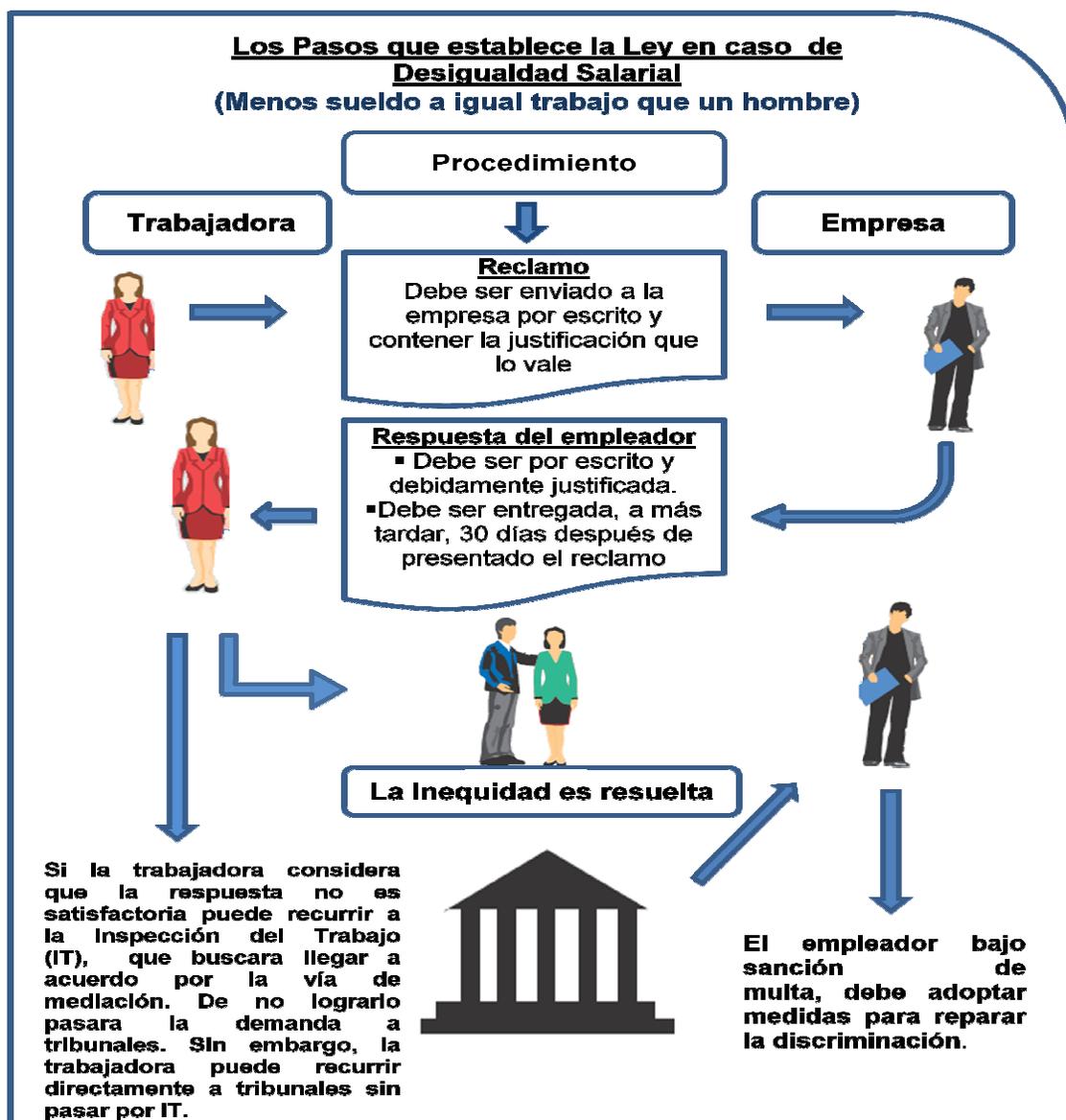
Artículo 81°.- Todo trabajador que se considere afectado por hechos que atenten contra la igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres tendrán derecho a reclamarlos por escrito a la jefatura directa o a la gerencia respectiva o a la de Recursos Humanos.

Artículo 82°.- El procedimiento de reclamo se regirá de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) El reclamo escrito deberá señalar el nombre y apellido del afectado, el cargo que ocupa y su dependencia jerárquica, el nombre y cargo de quien o quienes presume desigualdad, las razones que lo fundamenta y finalmente firma de quien presenta el reclamo y fecha de presentación.
- b) Recibido el reclamo, se reunirán para resolverlo y dar respuesta del mismo el jefe respectivo, el gerente del área y la gerencia de Recursos Humanos.
- c) La respuesta deberá estar fundamentada, ser escrita y será entregada al trabajador a través de la jefatura directa dentro de un plazo no mayor a 30 días corridos.
- d) Se deberá guardar confidencialidad sobre el proceso de reclamo hasta que éste se considere terminado.
- e) En caso que el trabajador no esté conforme con la respuesta dada por la Empresa, podrá efectuar una denuncia judicial de acuerdo al procedimiento de tutela laboral que rige respecto de las situaciones producidas en la relación laboral que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores consagrado en la Constitución Política de la República, entre ellos la igualdad ante la ley, conforme a los artículos 485 al 495 del Código del Trabajo.

Artículo 83°.- En atención a las disposiciones contenidas en el artículo 154 del Código de Trabajo, en el Anexo N° 3 de este Reglamento, se detalla el Registro de Cargos y Funciones de la empresa. Para todos los efectos legales dicho Anexo se considera parte integrante del presente Reglamento. Las descripciones de cargos podrán ser modificadas de acuerdo a las funciones que se establezcan o desaparezcan dentro de la organización.

Figura Nº 5.4: Esquema del procedimiento establecido en la Ley 20.348.¹⁴⁴



¹⁴⁴ Esquema basado en: HENRIQUEZ RIQUELME, Helia, RIQUELME GIAGNONI Verónica; El derecho a ganar lo mismo Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo. [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-99443_recurso_1.pdf> [consulta: 28 de marzo de 2012].

2.4. Incentivo al cumplimiento de la igualdad remuneracional entre hombres y mujeres.

Durante la discusión en sala del proyecto en la Cámara de Diputados, los Diputados señora Valcarse y señores Barros y Kast, propusieron crear un incentivo para aquellos empleadores que cumplan con el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, fomentando así, las buenas prácticas laborales.

Por esta razón se agregó al artículo 511 del CT, el siguiente inciso final: "Los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, podrán solicitar la rebaja del 10% de las multas, adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes, en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales".

Este artículo establece la facultad del Director del Trabajo para dejar sin efecto o rebajar las multas administrativas, en aquellos casos que el sancionado lo solicite, y siempre que éste acredite haber dado cumplimiento a las normas legales cuya infracción motivó la sanción, o por haberse incurrido en un error de hecho a imponerse la multa.

Además los empleadores que corrijan de forma satisfactoria su infracción dentro de los quince días siguientes a su notificación, pueden solicitar que se les rebaje en un 50% la multa, sin perjuicio del derecho a pedir una reconsideración por el monto total.

Igualmente, los empleadores que cumplan con el principio de igualdad de remuneraciones, podrán solicitar además que se les rebaje el 10% de las multas, siempre que estas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales.

Actualmente este artículo fue sustituido por la Ley 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.¹⁴⁵

3. La Dirección del Trabajo y su papel en la Ley 20.348.

La Dirección del Trabajo (DT), es un servicio público, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene como objetivo velar por el cumplimiento de la legislación laboral, fiscalizando, interpretando, orientando la correcta aplicación de la normativa y promover la capacidad de autorregulación de las partes, en la búsqueda del desarrollo de relaciones de equilibrio entre empleadores y trabajadores.¹⁴⁶

En función de este objetivo el servicio puede realizar las siguientes funciones:

- I. Fiscalizar el cumplimiento de las normas laborales, previsionales y de higiene y seguridad en el trabajo.
- II. Fijar el sentido y alcance de las leyes del trabajo, mediante dictámenes.
- III. Efectuar acciones tendientes a prevenir y resolver los conflictos del trabajo, generando un sistema que privilegie la cooperación y los acuerdos entre trabajadores y empleadores.
- IV. Contar con un sistema de mediación para la solución de conflictos colectivos del trabajo y con un sistema de conciliación individual.

¹⁴⁵ El artículo 511 del CT, establece: Facúltase al Director del Trabajo, en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad al artículo 503 y no hubiere solicitado la sustitución del artículo 506 ter de este Código, para reconsiderar las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia en la forma siguiente:

1. Dejando sin efecto la multa, cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción.
2. Rebajando la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento, a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción.

Si dentro de los quince días siguientes de notificada la multa, el empleador corrigiere la infracción, el monto de la multa se rebajará, a lo menos, en un cincuenta por ciento. Tratándose de la micro y pequeña empresa, la multa se rebajará, a lo menos, en un ochenta por ciento.

¹⁴⁶ DIRECCION DEL TRABAJO. Acerca de la Dirección del Trabajo. [en línea]. <<http://www.dt.gob.cl/1601/w3-propertyname-2299.html>> [consulta: 02 de abril de 2012].

- V. Proporcionar asistencia técnica a los actores del mundo laboral, para favorecer y promocionar relaciones laborales armónicas y equilibradas.
- VI. Dar a conocer a trabajadores y empleadores los principios de la legislación laboral vigente.

A continuación haremos un estudio detallado de las funciones que ha realizado o debe realizar la DT, para velar por cumplimiento de la Ley 20.348.

3.1. Emitir dictámenes.

La DT emite dictámenes que son pronunciamientos para fijar el sentido y alcance de las leyes laborales, ya sea por propia decisión o en repuesta a consultas de los interesados que las hacen.

Respecto a la Ley 20.348 que resguarda el derecho de la igualdad de remuneraciones, la DT ha emitido varios dictámenes¹⁴⁷ con el objetivo de aclarar dudas y limitar el alcance de la norma en diversos aspectos como:

3.1.1. La Ley 20.348 sólo está referida a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. La ley no se refiere a las diferencias del mismo sexo.

El dictamen ORD N° 1187/018 establece que la Ley 20.348 sólo está referida a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres y no comprende la igualdad entre personas del mismo sexo.

La ley tampoco considera otras causas de desigualdad en la remuneración como la afiliación sindical, que ha sido base de denuncias ante la Inspección del Trabajo invocando esta ley.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Los dictámenes emitidos por DT son: ORD N° 4930/086 de fecha 16 de noviembre de 2010; ORD N° 1187/018 de fecha 10 de marzo de 2010; ORD N°1019/012 de fecha 5 de marzo de 2010; ORD N° 4910/065 de fecha 3 de diciembre de 2009 y ORD N°3723/052 de fecha 15 de septiembre de 2009.

¹⁴⁸ HENRIQUEZ RIQUELME, Helia, RIQUELME GIAGNONI Verónica; El derecho a ganar lo mismo Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, Departamento de

3.1.2. Los profesionales de la educación regido por el Estatuto Docente les es aplicable el artículo 62 bis Código de Trabajo.¹⁴⁹

El artículo 78 del Estatuto Docente, señala que “las relaciones laborales entre los profesionales de la educación y los empleadores educacionales del sector particular, así como aquellas existentes en los establecimientos educacionales cuya administración se rige por el decreto ley N° 3.166 de 1980, serán de derecho privado y se regirán por las normas del Código del Trabajo y sus disposiciones complementarias en todo aquello que no esté expresamente establecido en este Título”.

De la disposición legal anterior se puede se colegir que el personal docente que trabaja en los establecimientos educacionales del sector particular, dentro de los cuales se encuentran comprendidos los establecimientos particulares subvencionados, quedan regidos en sus relaciones laborales por las normas del Estatuto Docente y, supletoriamente, por las disposiciones del Código del Trabajo y sus leyes complementarias.

El Estatuto Docente en materia remuneracional, sólo regula los conceptos de montos, aplicabilidad y reajustabilidad de las asignaciones especiales de cada sector de la educación, sin contemplar disposiciones de carácter general al respecto.

Por lo tanto, considerando que la Ley N°19.070 no contiene normas sobre protección de las remuneraciones de los docentes regidos por el Estatuto Docente, dentro de los cuales quedan comprendidos los del sector particular subvencionado, es posible afirmar que resulta plenamente aplicable a ellos el Capítulo VI del Código del Trabajo y, por ende, el artículo 62 bis.

Estudios de la Dirección del Trabajo. [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-99443_recurso_1.pdf> [consulta: 28 de marzo de 2012].

¹⁴⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen Ord N° 1019/012 del 05 de marzo de 2010. [en línea]. <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97649.html>> [consulta: 03 de abril de 2012].

3.1.3. El registro de consigne los diversos cargos o funciones de la empresa debe formar parte del reglamento interno de la misma.

Unas de las primeras consultas en la DT fue la posibilidad de sólo hacer referencia en el reglamento interno al registro que detalla los diversos cargos o funciones de la empresa, y dejarlo a disposición de los trabajadores, en vez de incluirlo en el reglamento mismo, fundándose esta solicitud en las modificaciones que puede sufrir de forma regular el registro de cargos, ya sea eliminando cargos obsoletos, agregando características nuevas a cargos ya existentes o creando nuevos cargos y funciones, lo que haría engorroso tener este registro incorporado al reglamento interno de una empresa por las solemnidades que hay que cumplir para efectuar las modificaciones a dicho instrumento.

El dictamen ORD N° 3723/052 establece que el Servicio no ve impedimento legal alguno para que el registro que consigne los cargos y funciones de la empresa se inserte en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, a través de un documento modificadorio de dicho instrumento, el cual deberá cumplir con los requisitos de publicidad correspondiente que son:

- a) Publicidad del documento modificadorio en lugares visibles: Los Reglamentos Internos y sus modificaciones deberán ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha que comience a regir, y fijarse a lo menos en dos sitios visible del lugar de las faenas con la misma anticipación (artículo 156 inciso 1 del Código de Trabajo).
- b) Entrega de copia a los trabajadores: Debe entregarse copia del Reglamento Interno, y en este caso del documento modificadorio del mismo, a todos los trabajadores de la empresa, a los sindicatos, al delegado del personal y a los Comités Paritarios.

Por lo tanto, el registro que consigne los cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales, a que se refiere el N° 6 del artículo 154 del Código del Trabajo, que se encontrarán obligadas a llevar aquellas empresas que tengan doscientos o más trabajadores, deberá formar parte del reglamento interno de orden, higiene y seguridad que exista en ellas, no siendo necesario elaborar un nuevo Reglamento Interno, para cumplir con esta norma, sino que bastaría con que el documento modificadorio cumpla con las normas de publicidad señaladas.

3.1.4. Que se entiende por “características técnicas esenciales” en el registro .que consigna los diversos cargos o funciones de la empresa.

Todas las empresas que se encuentren obligadas a contar con un reglamento interno de orden, higiene y seguridad y que tengan doscientos o más trabajadores, necesariamente deberán incorporar a su reglamento, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.

Unas de las principales dudas de los empresarios, era que se debe entender por “características técnicas esenciales” en la descripción de los cargos y funciones de la empresa. La DT en su dictamen ORD 1187/018 definió este concepto como “aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a realizar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda ejecutar en la empresa”.

Por consiguiente para la elaboración de este registro se debe consignar aquellos distintivos que definen el cargo o función a desempeñar, que son parte de su esencia, de su naturaleza, sin considerar aquellos aspectos que pudieran ser variables, como tampoco las características que debe poseer el trabajador que va a ejercer el cargo.

3.2. Facultad de Fiscalizar el cumplimiento de la Ley 20.348.

La Dirección del Trabajo, a través de sus Direcciones Regionales, Inspecciones Provinciales y Comunales del Trabajo, tiene la facultad, de oficio o a petición de parte, de revisar, evaluar y de objetar el cumplimiento de las disposiciones relativas al reglamento interno de orden, higiene y seguridad.

En primer lugar, DT debe velar por el cumplimiento de las entidades deportivas, empresas, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores, de confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad, y que éste y sus modificaciones sean puestas en conocimiento de los trabajadores 30 días antes de la fecha que comienzan a regir.

En segundo lugar, debe fiscalizar que el reglamento cumpla con los requisitos establecidos por la Ley 20.348, esto es:

- I. El registro que consigna los diversos cargos o funciones y sus características técnicas esenciales, en aquellas empresas de doscientos o más trabajadores
- II. El procedimiento de reclamo por infracción al artículo 62 bis del CT y la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus reclamos.

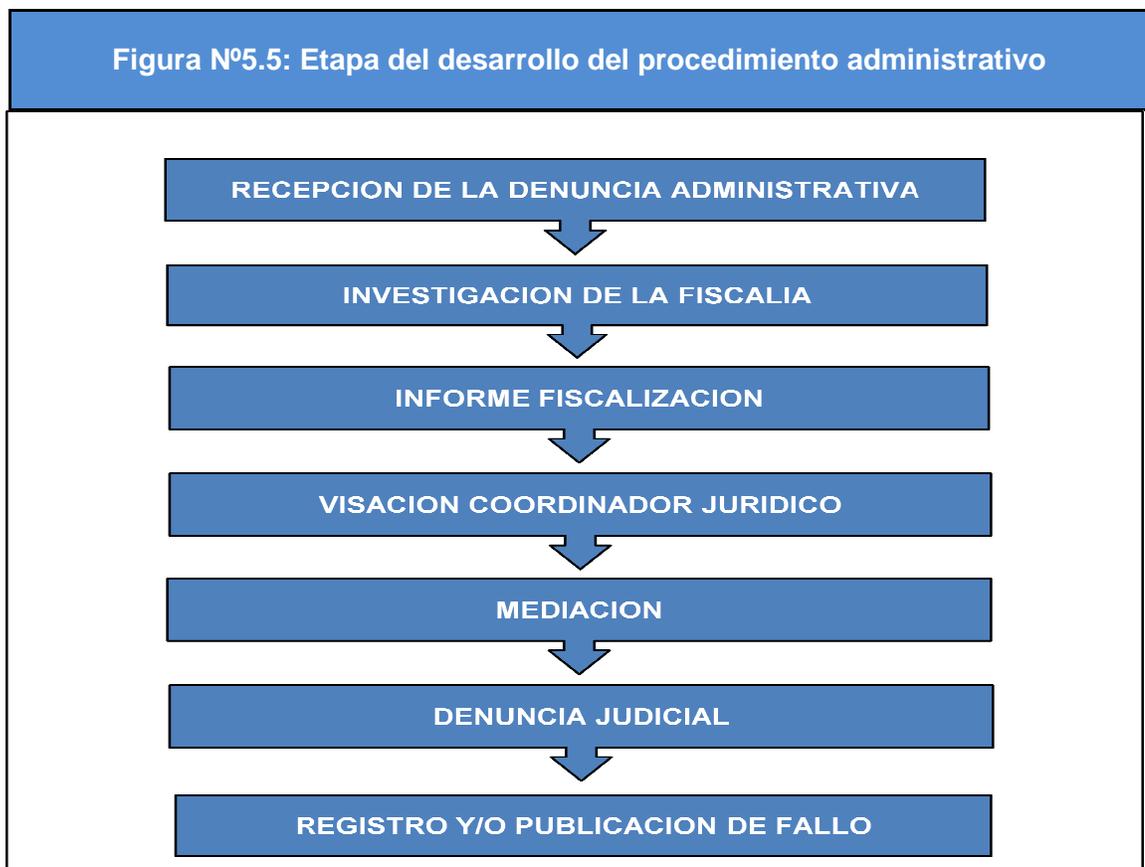
En tercer lugar, debe fiscalizar y hacer visitas inspectivas, preferentemente a las empresas cuyo reglamentos internos hayan sido impugnados por los delegados de personal, trabajadores u organizaciones sindicales de la respectiva empresa, así como también aquellas empresas en las cuales los fiscalizadores hubieren detectado vulneración al principio de igualdad de las remuneraciones.

También debe realizar gestiones y estrategias que promuevan el cumplimiento y el conocimiento de la norma, como por ejemplo, la desarrollada por la Dirección Regional del Trabajo que envió una copia de la Ley 20.348 a todas las empresas registradas y con más de 200 trabajadores.

Y finalmente, la Dirección del Trabajo deberá recepcionar, tramitar, investigar, fiscalizar y resolver los reclamos administrativos interpuestos por las trabajadoras que crean que su derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres está siendo vulnerado.

4. Procedimiento Administrativo en caso de denuncia en la Inspección de Trabajo.

A continuación, haremos un breve resumen del procedimiento administrativo establecido para las denuncias por vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, el cual se encuentra regulado por la Circular de la Dirección del Trabajo N° 9, del 3 de Febrero de 2011.¹⁵⁰



¹⁵⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Circular N° 9 del 03 de Febrero de 2011. Boletín oficial. (266): 142-161 .Marzo 2011.

4.1. Recepción de la denuncia administrativa

El origen de la denuncia podrá ser:

- I. A petición de parte: Tanto por la trabajadora afectada, como por la organización sindical a la que ella pertenezca en los siguientes casos:
 - a) Cuando la trabajadora u organización sindical haya interpuesto el reclamo según lo estipulado en el reglamento interno de la empresa, y no haya recibido respuesta dentro de 30 días o ésta haya sido insatisfactoria. En este caso, la trabajadora puede elegir entre interponer la denuncia en la Inspección del Trabajo o recurrir directamente ante los Tribunales de Justicia.
 - b) Cuando la empresa no se encuentre obligada por ley de tener un reglamento interno de orden, higiene y seguridad, y no tenga normas que regulen el procedimiento interno. La trabajadora u organización sindical podrá elegir entre interponer la denuncia en la Inspección del Trabajo o recurrir directamente ante los Tribunales de Justicia.
 - c) También la trabajadora puede solicitar a la Inspección del Trabajo que fiscalice cuando tenga sospechas que su derecho a la igualdad de remuneraciones está siendo vulnerado. En este caso, la trabajadora puede solicitar la fiscalización a la Inspección, y posteriormente con el informe emitido por el servicio, iniciar el reclamo interno o judicial, según corresponda.
- II. De oficio: Cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce, la Inspección del Trabajo tome conocimiento de una vulneración o infracción a la Ley 20.348.
- III. A requerimiento del tribunal. Si el tribunal que está conociendo de la demanda solicite un informe de fiscalización.

Posteriormente el abogado de la Inspección, o quien lo subrogue, debe evaluar la admisibilidad de la denuncia,

- I. Que los hechos denunciados den cuenta efectivamente de una posible vulneración del principio de igualdad de las remuneraciones.
- II. Que la denuncia se interponga dentro de plazo, esto es dentro de 60 días desde la ejecución del hecho que vulnera éste principio. En el caso que la conducta vulneradora perdure en el tiempo, no comenzará a correr el plazo.

4.2. Investigación de la Fiscalía.

Una vez que se declare admisible la denuncia, se procederá la constitución de la Fiscalía. Las Fiscalías, son unidades especializadas de composición interdepartamental e interdisciplinaria, integradas por; abogados, que son los responsables de dirigir las investigaciones, formular y tramitar las denuncias ante los tribunales competentes; por fiscalizadores de terreno, quienes son los encargados de efectuar la investigación y los mediadores.

Una vez constituida la Fiscalía, ésta deberá determinar las diligencias que se consideren necesarias para aclarar los hechos y circunstancias que fundamenten la denuncia de vulneración al principio de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres, como también aquellos hechos y circunstancias alegadas por el empleador que justifiquen o exculpen su conducta.

En resumen, la Fiscalía deberá determinar:

- I. Objeto de la fiscalización.
- II. Los hechos a constatar.
- III. Las entrevistas a realizar tanto al empleador como a los trabajadores de la empresa.
- IV. La revisión documental necesaria.

- V. Los lugares de trabajo y entornos a inspeccionar.
- VI. Estadísticas necesarias y otras diligencias a realizar.
- VII. Tiempo disponible para la investigación y calendarizar.
- VIII. Instrumentos requeridos para realizar las diversas actuaciones.

4.3. Informe de la Fiscalía.

Terminada la fiscalización, se deberá constituir un informe detallado sobre los resultados de la investigación, los métodos y las técnicas utilizadas. Éste informe deberá contener como mínimo los siguientes antecedentes:

- I. Identificar con toda claridad el contenido de la denuncia formulada.
- II. Identificación de la empresa, nombre o razón social, representante legal, domicilio, giro de la misma, número de trabajadores, existencia o no de organización sindical y de negociación colectiva y lugares en que se encuentra ubicada.
- III. Descripción de la metodología utilizada en la fiscalización.
- IV. Describir pormenorizadamente los hechos, que normalmente serán indicios, que se constatan y la forma por medio de la cual se constatan, precisando la fecha en que se realiza la investigación.
- V. Indicar que hechos contenidos en la denuncia no fueron posible constatar, precisando si fue por falta de medios para su acreditación o simplemente porque se verificó su no ocurrencia.
- VI. Señalar los descargos dados por el empleador, los que deberán constar en un acta suscrita por el mismo, o en su defecto indicando que se negó a firmar o que se negó a entrevistarse con el fiscalizador. En este caso dejarlo citado formalmente para día y hora determinado a la oficina, lo que debe

constar en acta de notificación. La inasistencia no será sancionada con multa y sólo deberá constar en acta que se levante al efecto.

- VII. Conclusión final que da cuenta en forma sintética sobre la acreditación o no de los hechos denunciados.

Una vez concluido el informe de fiscalización, el abogado a cargo de la Fiscalía, deberá ponderar el resultado de la fiscalización y elaborará una minuta debidamente fundamentada en la cual debe indicar:

- I. No hay indicios suficientes de vulneración a la Ley 20.348.
- II. Sí hay indicios suficientes de vulneración a la Ley 20.348.

4.4. Visación Coordinador Jurídico.

Una vez concluida la investigación, el informe y sus conclusiones será visado por el Coordinador Jurídico o el abogado jefe de la Unidad de Fiscalía Regional, el que podrá:

- a) Rechazar el Informe: Indicando los vicios formales que observe o los errores de calificación jurídica, reenviando los antecedentes y las diligencias a realizar a la Fiscalía.
- b) Aprobar el informe:
 - i) Si el informe concluye que no existen vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, le corresponderá al abogado responsable de la Fiscalía notificar al denunciante, a través de un oficio, el cual podrá entregarse personalmente o remitirse por carta certificada.
 - ii) Si el informe concluye que si existe vulneración, la Inspección deberá llamar a las partes a mediación.

En el caso que la fiscalización se haya iniciado por solicitud del Tribunal, luego de la aprobación del informe, este se deberá remitir a través de un oficio al Tribunal solicitante.

4.5. Mediación.

La mediación es un trámite esencial y obligatorio, según lo estipulado por el artículo 486, inciso 6 del Código del Trabajo, que señala: “No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”.

El abogado responsable de la Fiscalía deberá fijar día y hora para la audiencia de mediación. Esta citación será notificada tanto a la trabajadora denunciante como al empleador, y deberá señalar; el día y hora de la audiencia de mediación, acompañar el informe conclusiones jurídicas y señalar los efectos de la inasistencia de las partes¹⁵¹. Además, la notificación deberá cumplir con todas las formalidades de la individualización del notificado, su domicilio y el objetivo de la misma.

El mediador designado deberá iniciar el procedimiento con reuniones separadas con cada una de las partes y en las que se le informará acerca de:

- I. La constatación de la vulneración al principio de igualdad establecido en artículo 62 bis del Código del Trabajo, que da cuenta el informe de fiscalización y las conclusiones jurídicas respectivas. Teniendo presente que tal circunstancia ya le fue informada a ambas partes.

¹⁵¹ Si dentro del plazo la o las partes inasistentes interpone justificaciones o cualquier otra circunstancia que lo amerite, se podrá hacer un segundo llamado a audiencia de mediación. En caso de no observarse las circunstancias antes dichas o habiéndose citado por segunda vez audiencia de mediación, la inasistencia de una o ambas partes será causal suficiente para dar por concluido “sin acuerdo” el trámite de mediación. En caso de inasistencia de una o de ambas partes no se impondrá multa.

- II. Los efectos jurídicos que produce el acuerdo o el no acuerdo en relación con la reparación de la vulneración de que se trata. Con especial importancia se deberá informar acerca del alcance, objetivos y pretensiones que tendrá la eventual denuncia judicial que hará el Servicio
- III. Los objetivos de la mediación como un medio alternativo de solución de conflicto y particularmente de los límites que existen en este tipo de controversia.

Será tarea del mediador promover la reflexión de la importancia del derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, los efectos adversos que derivan su vulneración y falta reparación. En el caso, que el empleador persistiera en la conducta vulneratoria constatada, el mediador deberá poner término al proceso atendiendo que la falta de corrección hace inviable la construcción de un acuerdo que restablezca íntegramente el derecho afectado.

Concluida la actuación de mediación, con o sin acuerdo, en acta deberá constar:

- I. Identificación de la Denuncia Administrativa, fecha y hora de la suscripción.
- II. Identificación del Mediador y de los Asistentes.
- III. Referencias a las Conclusiones Jurídicas, señalando especialmente los derechos respecto de los cuales se estima la existencia de indicios de vulneración y los posibles afectados.
- IV. Referencia a reuniones realizadas.
- V. Acuerdos y medidas reparatorias.

- VI. Forma y plazo de acreditación del cumplimiento de los acuerdos, e identificación del responsable del cumplimiento,
- VII. Efectos del incumplimiento.
- VIII. Señalar expresamente su mérito ejecutivo.

En caso de acuerdo entre las partes, este deberá ser aprobado por el abogado que participó en la fiscalía o apoyó el proceso de mediación, de modo de garantizar que el acuerdo cumpla con todos los requisitos legales.

En el evento de no cumplirse por el empleador todo o parte del acuerdo suscrito y encontrándose pendiente el plazo de caducidad que establece el artículo 486 del Código del Trabajo, el abogado del Servicio procederá inmediatamente a denunciar judicialmente el incumplimiento. En el caso que se haya vencido el plazo señalado, corresponderá orientar al denunciante, con el objeto de que éste pueda, de manera particular perseguir el cumplimiento del mismo, por vía ordinaria o ejecutiva.

4.6. Denuncia Judicial.

Con la aprobación del Coordinador Jurídico y concluida la etapa de la mediación sin que se haya alcanzado un acuerdo, el abogado designado deberá denunciar los hechos al Tribunal, según lo dispone el art. 486 del Código del Trabajo.

5. Denuncias por vulneración de la Ley 20.348 interpuestas ante la Inspección del Trabajo.

Durante el año 2011 se interpusieron un poco más de una veintena de denuncias ante la Inspección del trabajo por vulneración al principio de igualdad de las remuneraciones, las cuales singularizamos a continuación:

Figura N°5.6: Cantidad de denuncias interpuestas ente la Dirección del Trabajo por igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, por región. Años 2010 a 2012 (enero a marzo)¹⁵²

	2010	2011	2012
Arica-Parinacota	-	-	-
Tarapacá	1	2	-
Antofagasta	-	2	-
Atacama	-	-	-
Coquimbo	-	2	-
Valparaíso	-	3	-
Metropolitana	-	9	-
O'Higgins	-	-	-
Maule	-	3	-
Bío Bío	-	-	-
Araucanía	2	-	-
Los Ríos	-	-	-
Los Lagos	-	-	-
Aysén	-	-	-
Magallanes	-	-	-
Total	3	21	0

¹⁵² Tabla de elaboración de la Unidad de Análisis Estadístico, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Datos obtenidos a través de solicitud de acceso a la información pública folio AL003W-0001135

Pero sólo a partir del mes de mayo 2011 se comenzaron a registrar las denuncias por discriminación de remuneraciones por sexo en los sistemas informáticos de la Dirección del Trabajo, por lo cual sólo se tiene antecedentes las comisiones conformadas a partir de esa fecha, las cuales son las siguientes:

Figura Nº1.7: Tabla de comisiones conformadas a partir de las denuncias sobre vulneración del derecho a la no discriminación por sexo durante el año 2011¹⁵³			
Acta de Fiscalización	Materia	Estado	Acta de Mediación
0501/2011/1293	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	Mediación sin acuerdo
700/2011/2	De baja por error de ingreso.		
703/2011/446	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	Sin acta de mediación
701/2011/1234	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	Sin acta de mediación
1360/2011/291	De baja por error de ingreso.		
1360/2011/221	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	Sin acta de mediación
1360/2011/176	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	Constatado	Con Acuerdo

¹⁵³ Tabla elaboración propia. Datos obtenidos a través de solicitud de acceso a la información pública folio AL003W-0001014.

406/2011/183	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	Sin acta de mediación
1350/2011/190	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	Sin acta de mediación
1350/2011/252	Ingresada, no asignada a abogado		Sin acta de mediación
0101/2011/1527	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	
1360/2011/293:	Desistido		
1350/2011/218	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	Constatado	Sin acta de mediación
1360/2011/300	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	Sin acta de mediación
1350/2011/224	Vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo	No constatado	Sin acta de mediación

De las quince denuncias interpuestas en la Dirección de Trabajo de las cuales tenemos antecedentes, sólo dos fueron constatadas por los fiscalizadores, y sólo en una de estas existe acta de mediación, la que pasaremos examinar a continuación:

5.1. Acta de Fiscalización 1360/2011/176 (Anexo N°1):

La denuncia por vulneración al derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres la interpuso directamente la trabajadora, de profesión fonoaudióloga, que se desempeña como docente en la Escuela de Lenguaje Hernán Larraín Pero.

Previamente, el 25 de octubre de 2010 la trabajadora había enviado una carta a la sostenedora del colegio reclamando por la desigualdad de remuneraciones, recibiendo una respuesta insatisfactoria, vía telefónica. Cabe señalar, que colegio no había establecido en su reglamento interno de orden, higiene y seguridad el procedimiento de reclamo por infracción al artículo 62 bis del Código del Trabajo.

En el informe de fiscalización folio 1360/2011/176, evacuado por la fiscalizadora dependiente de la Unidad de Derechos Fundamentales de la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Oriente, doña María Angélica Fuentealba Jiménez, concluyó que existen indicios suficientes que permiten acreditar las existencias de actos de vulneración del derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

La investigación se realizó a través de entrevistas a los trabajadores y revisión documental de contratos, anexos de contratos, liquidaciones de remuneraciones y planillas de cotizaciones de los cinco trabajadores que desempeñaban un mismo trabajo.

En la fiscalización se pudo concluir que entre las cuatro trabajadoras docentes no existen diferencias de remuneraciones, pero sí entre la denunciante y un docente masculino. De acuerdo a las liquidaciones de sueldos, la denunciante recibe un sueldo imponible por 16 hrs. de trabajo a la semana de \$527.938, lo que equivale a un pago de \$8.249 la hora, en cambio el trabajador recibe un sueldo imponible de \$1.051.0141, por 28,5 hrs, a la semana, lo que equivale a un pago de \$9.219 por hora, lo que deja en evidencia una brecha salarial del 10,5% entre ambos trabajadores por un mismo trabajo.

Si bien, el trabajador masculino tiene una mayor antigüedad laboral que la denunciante y la Ley 20.348 permite hacer diferencias objetivas basadas en capacidad, calificación, idoneidad, responsabilidad o productividad, el empleador no acreditó suficientemente que la menor remuneración del denunciante se debía a la

antigüedad laboral mayor del trabajador, tampoco existe un documento o instructivo que señale las posibles diferencias salariales por antigüedad laboral.

Durante el proceso de mediación las partes llegaron a un acuerdo, en el cual empleador se compromete a tomar todas las providencias necesarias y las medidas correctivas en los siguientes términos:

- El empleador reconoce no haber dado respuesta escrita al reclamo interpuesto por la denunciante, y asumirá el compromiso que situaciones como la denunciada no se volverán a producir, ni otras de semejante naturaleza,
- La empresa en el acto adquiere el compromiso de incluir en el Reglamento Interno el procedimiento de reclamo establecido por la Ley 20.348,
- Se publicará en diversos lugares del establecimiento educacional los datos, domicilios y teléfonos de las instituciones destinadas a velar por la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores (inspección del Trabajo, Dirección del Trabajo, Defensorías Laboral y Juzgado Laboral del Trabajo de Santiago.
- El empleador se compromete a incrementar el valor hora de la trabajadora, a contar del mes de agosto de 2011, como también de acuerdo al cumplimiento de ciertas metas, establecidas previamente, se verá un nuevo incremento.

5.2. Acta de Fiscalización 0501/2011/1293 (Anexo N°2):

El 3 de agosto de 2011, en el Centro de Conciliación y Mediación de Valparaíso, se lleva a cabo la mediación entre la trabajadora denunciante y el representante de la empresa Hernández Motores S.A., ante la señora mediadora doña Yolanda Navarro Espinoza.

En Informe de Fiscalización folio 0501/2011/1293, da cuenta en sus conclusiones jurídicas que sólo se pudo constatar la existencia de indicios de

vulneración a la integridad psíquica y a la honra de la trabajadora, pero no respecto a la vulneración al derecho a la no discriminación por sexo.

La empresa ofrece a la trabajadora medidas reparatorias para subsanar el daño a la integridad psíquica, mediante el pago de 10 sesiones de terapia psiquiátrica y de la medicación recetada, además de traslado de local de trabajo. Acuerdo que fue rechazado por la trabajadora.

6. Procedimiento Judicial

De acuerdo a lo señalado previamente, antes de iniciar el procedimiento judicial, la trabajadora deberá haber dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 154 N° 13 del Código del Trabajo, esto es, haber interpuesto un reclamo ante su empleador, de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa.

En el caso que el empleador no haya estipulado un procedimiento de reclamo en el reglamento interno, o bien, éste no de respuesta al reclamo dentro de los 30 días siguientes a su presentación, o la respuesta fuere insatisfactoria para las pretensiones de la trabajadora, está podrá optar entre interponer un reclamo ante la Inspección del Trabajo o entablar una demanda en los Tribunales de Justicia.

La demanda debe interponerse ante los Tribunales Laborales, de acuerdo al procedimiento de tutela laboral según lo estipulado en el artículo 62 bis, inciso 2 del Código del Trabajo que señala: “Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código”,

El procedimiento de tutela laboral fue incorporado al Código del Trabajo por la Ley 20.087, bajo el marco de una nueva regulación laboral, con la finalidad amparar los derechos fundamentales de los trabajadores.

6.1. Titulares de la Acción:

Son titulares de la acción de tutela laboral por vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen un mismo trabajo:

6.1.1. La trabajadora afectada:

6.1.2. La organización Sindical: La Organización sindical a la cual se encuentre afiliada la trabajadora cuyo derecho a la igualdad de remuneraciones haya sido vulnerado, podrá demandar a la empresa ante los tribunales de justicia, actuando en este caso como parte principal del juicio.

Si hubiera sido la trabajadora quien interpuso la denuncia contra su empleador, la organización sindical podrá hacerse parte de la demanda judicial como tercero coadyuvante.

6.1.3. La Inspección del Trabajo: En los casos que la Inspección del Trabajo, tome conocimiento de una vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente, en este caso la Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable.

Sin embargo, previamente la Inspección de Trabajo debe haber llamado a las partes a conciliación de acuerdo a lo establecido en el inciso 6 del artículo 486 del Código del Trabajo.

En conclusión, la titularidad de la acción no corresponde exclusivamente a la titular del derecho, sino que la ley procesal reconoce una titularidad o legitimación activa ampliada que va más allá de los ribetes o límites del derecho afectado, y que

corresponde al caso, precisamente, de las organizaciones sindicales que tengan un interés legítimo y la Dirección del Trabajo.¹⁵⁴

6.2. Plazo

El artículo 62 bis del Código del Trabajo se remite a las normas del procedimiento de tutela laboral, el cual se encuentra regulado a partir de los artículos 485 y siguientes del mismo cuerpo legal

Al respecto, el inciso 7 del artículo 486 señala que el plazo para interponer la demanda es de 60 días contados desde que se produzca la vulneración de los derechos fundamentales alegados. Además, este plazo se puede suspender conforme al artículo 168 del código, en el caso que la trabajadora haya interpuesto un reclamo ante la Inspección del Trabajo. Sin embargo, el plazo para interponer la demanda nunca puede exceder a 90 días hábiles desde la separación del trabajador.

Si bien la Ley 20.348 se remite a las normas del procedimiento de tutela laboral respecto a las normas que regulan su tramitación, cabe señalar que el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen un mismo trabajo, regula las relaciones durante la vigencia de la relación laboral, por lo que consideramos que no son aplicables los plazos estipulados para interponer la demandada por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, la trabajadora afectada debe interponer un reclamo ante su empleador de acuerdo al procedimiento interno de la empresa, teniendo éste un plazo de 30 días para responder. En caso que el empleador no conteste el reclamo o de una respuesta insatisfactoria para la trabajadora, ésta puede elegir entre interponer un reclamo ante la Inspección del Trabajo o demandar judicialmente a su empleador. Por lo tanto, durante el tiempo

¹⁵⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. La Tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo de erizo a zorro. Revista de Derecho, 20, (2): 49-67.

intermedio desde que se produce el reclamo ante el empleador y se entabla la demanda judicial, puede transcurrir más de 60 días. Además, debido a que la Ley 20.348 regula la igualdad de género durante la vigencia de la relación laboral, no le es aplicable la suspensión del artículo 168 del Código del Trabajo.

- b) En la mayoría de los casos, la trabajadora ni siquiera sabe que está siendo víctima de discriminación salarial, por lo cual difícilmente puede interponer la acción dentro de los 60 días desde que se produce por primera vez el hecho que trasgrede el principio de igualdad de remuneraciones.
- c) Debido a que las remuneraciones se pagan de forma periódica, el hecho que una mujer reciba una remuneración menor que su par hombre que realiza el mismo trabajo, se va reiterando en el tiempo, por lo cual el plazo para interponer la demanda judicial, se va renovando cada vez que el trabajador perciba una remuneración más alta que su compañera.

Nosotras creemos y proponemos que el plazo de 60 días al que se refiere el artículo 486 del Código del Trabajo, se debe comenzar a contar desde que se encuentra concluido el procedimiento de reclamación previsto en el Reglamento Interno, ya que sólo una vez agotada esa instancia, y sin resultados satisfactorios, se puede iniciar el procedimiento de tutela laboral contemplado en artículo 485 del Código del Trabajo

Asimismo, este plazo se suspenderá en el caso que la trabajadora interponga la denuncia ante la Inspección de Trabajo, comenzando a correr nuevamente una vez concluido el trámite ante la Inspección, pero en ningún caso este plazo podrá exceder los 90 días, desde que se agoto la instancia de la reclamación interna, de acuerdo espíritu del artículo 168 del Código del Trabajo.

6.3. Procedimiento de Tutela Laboral

Admitida la demanda por vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen un mismo trabajo, ésta se sustanciará de acuerdo a las normas del párrafo 3º del Capítulo II del Título I del libro V del Código del Trabajo, esto es, de acuerdo al procedimiento de aplicación general.

Este procedimiento se estructura en dos audiencias, una preparatoria y otra de juicio. La audiencia preparatoria debe llevarse a cabo dentro de 35 días desde la interposición de la demanda, y la audiencia de juicio, se fija al concluir la audiencia preparatoria, y debe tener lugar dentro de los 30 días siguientes.

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 488 del Código del Trabajo, tanto la tramitación de los juicios de tutela como los recursos que se interpongan en estas causas, gozarán de preferencia respecto de todas las demás causas tramitadas ante el mismo tribunal.

En relación a la prueba, el artículo 493 del Código del Trabajo dispone “Cuando de 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”.

Este procedimiento contempla una regla legal que alivia el esfuerzo probatorio del trabajador respecto a la conducta lesiva del empleador. Dicha regla legal, altera la carga material de la prueba, lo cual permite que el trabajador sólo de indicios al tribunal en torno a la vulneración de un derecho, para que sea carga del empleador acreditar el fundamento de la medida y su proporcionalidad.

Esta prueba indiciaria o aliviada es de suma relevancia, puesto que cuando se trata de vulneración de derechos fundamentales, se dificulta mucho la

recopilación de prueba, y en este contexto, al trabajador le bastará sólo con aportar indicios al tribunal.¹⁵⁵

Los hechos relevantes a probar en la demanda por discriminación salarial de género son:

- a) La existencia de una desigualdad salarial y,
- b) Que la trabajadora desempeña el mismo trabajo que su par hombre.

Estos hechos se pueden probar por diferentes medios de prueba como: la prueba documental, testimonial, confesional, pericial etc. Pero es relevante contar a lo menos con los siguientes documentos:

- I. Los contratos de trabajo donde se señalan las funciones que deberá desempeñar cada trabajador.
- II. Respecto a las empresas con 200 o más trabajadores, es necesario acompañar el reglamento interno donde se consigne el registro de cargos o funciones.
- III. Los documentos que disponga la empresa entorno a la descripción de cargos o funciones, organigrama de la empresa, etc.
- IV. Liquidaciones de Sueldos; en caso que no cuenten con las liquidaciones de su par hombres se puede solicitar la exhibición de documentos de las mismas.
- V. El informe de fiscalización de la Inspección del Trabajo, etc.

Además es importante contar con prueba testimonial, ya que las relaciones laborales se rigen por el principio de la primacía de la realidad, que consiste en

¹⁵⁵ CLAVERIE Y CIA. ABOGADOS. Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres [en línea]
<<http://www.claverieycia.cl/Igualdad%20de%20Remuneraciones%20entre%20Mujeres%20y%20Hombres.pdf>> [consulta: 28 de mayo de 2012].

otorgar prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido.¹⁵⁶ Por consiguiente, otros compañeros de trabajo pueden declarar en el tribunal las funciones concretas que desempeña la trabajadora afectada y de esta forma acreditar la desigualdad de remuneración.

Luego, finalizada la audiencia de juicio, con el mérito del informe de fiscalización, cuando proceda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia de forma inmediata o dentro de décimo día.

La sentencia debe contener en su parte resolutive:

- I. La declaración de existencia o no de la vulneración al principio de igualdad de las remuneraciones contemplada en el artículo 62 bis del Código del Trabajo.
- II. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492 del Código del Trabajo, esto es, multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá reiterarse hasta obtener el debido cumplimiento de la sentencia.
- III. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el empleador dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen un mismo trabajo, esto es, el cese de la discriminación y la equiparación del sueldo de la trabajadora con el de su compañero hombre que realiza el mismo trabajo. Esto bajo el mismo apercibimiento señalado anteriormente, además de las indemnizaciones que procedan.

¹⁵⁶DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 3257/89 del 29 de julio 2005, [en línea]. <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86217.html>> [consulta: 28 de mayo de 2012].

IV. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas del Código del Trabajo.

Por lo demás, debemos señalar que este procedimiento contempla la garantía de indemnidad, que es el derecho a no ser objeto de represalias en razón o consecuencia de haber requerido la trabajadora una fiscalización de la Inspección del Trabajo o ejercido una acción judicial, derecho que está elevado a la categoría de fundamental por la reforma de la ley 20.087 y que encuentra sustento constitucional en las normas que consagran el estado de derecho.¹⁵⁷

Esto permite hacer efectivo los derechos laborales de las trabajadoras, ya que de otra forma es muy difícil que éstas reclamen por la igualdad de remuneraciones durante la vigencia de la relación laboral, que es la esencia del artículo 62 bis del Código del Trabajo. No obstante, se puede producir que, a razón del reclamo el empleador proceda a despedir a la trabajadora, en este caso el juez puede declarar el despido discriminatorio y grave, ordenando a pagar a la trabajadora afectada las indemnizaciones correspondientes o la reincorporación a su trabajo.

6.4. Causas ingresadas en nuestros tribunales.

Desde que entró en vigencia la Ley 20.348, han sido muy pocas las denuncias que se han interpuesto en la Inspección del Trabajo y menos la que han llegado a instancias judiciales. A continuación estudiaremos dos causas que llegaron a instancias judiciales las cuales son:

¹⁵⁷DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Orden de Servicio N° 9, [en línea]. <www.dt.gob.cl/transparencia/Orden_Servicio_09_31-12-08.doc> [consulta: 28 de mayo de 2012].

6.4.1. 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-239-2011, causa caratulada “Osses Campo Jeanette con Banco Estado Centro de Servicios S.A.”¹⁵⁸

Con fecha 22 de Junio del 2012 doña Jeanette Osses Campo interpuso una demanda por incumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones en contra de su empleador Banco Estado Centro Servicios S.A.

La demandante señala que se desempeña hace tres años como Supervisora de Sucursal, percibiendo por dicha función una remuneración de \$350.354, mientras que su compañero de trabajo don Mario Triviño Miño percibe por esa misma labor una remuneración de \$633.373.

Que habiendo interpuesto el reclamo por escrito, recibió una respuesta disconforme por parte del empleador, el cual señala que la diferencia de remuneraciones se debe a distintos criterios al momento de la contratación.

Por lo tanto, solicita que se iguale su remuneración a la de su compañero de trabajo desde la interposición del reclamo o desde la fecha que el Tribunal señale, además que se condene a la empresa a pagar la multa estipulada en el artículo 495 del Código, por vulneración a derechos fundamentales.

El 4 de agosto del 2012 se llevó a efecto la audiencia preparatoria, que atención a la contestación extemporánea del demandado no fijo hechos pacíficos, fijándose como hechos a probar los siguientes:

- a) Efectividad de que la actora interpuso un reclamo por vulneración al artículo 62 bis del Código del Trabajo ante su empleador y resultado del mismo.

¹⁵⁸ PODER JUDICIAL DE CHILE [en línea].
<<http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>> [consulta: 25 de octubre de 2012].

- b) Antecedentes relativos a la contratación de la trabajadora y del señor Triviño al inicio de la relación laboral con la demandada.
- c) Cargo que actualmente desempeña la actora versus el cargo que desempeña don Mario Triviño y en el caso de ser de distinta naturaleza, descripción de las tareas que involucra el desempeño de cada uno de ellos.
- d) Existencia de actos vulneratorios de derechos fundamentales en contra de la actora específicamente el principio de no discriminación relativo a las diferencias remuneracionales atentatorios contra la igualdad remuneracional de género.
- e) Antecedentes que justifiquen las diferencias remuneracionales existentes entre la actora y don Mario Triviño.
- f) Remuneración percibida y pactada de la actora y don Mario Triviño.

La demandada, tanto en la contestación extemporánea como en la audiencia de juicio, justifica la diferencia salarial, en los distintos criterios de contratación, ya que don Mario Triviño ingresó como jefe de centro, percibiendo la misma remuneración actual, la cual se compone de sueldo base más gratificación, mientras que la demandada ingresó como asistente y su remuneración se compone por sueldo base más gratificación más una renta variable.

Señala que anteriormente, la organización jerárquica de cada sucursal se constituía de un jefe de centro, tesoreros y asistentes, y que posteriormente dicha estructura se modificó creando un nuevo cargo de supervisor que comprendía tanto los jefes de centro como los tesoreros, los que mantuvieron sus condiciones contractuales anteriores.

Actualmente la empresa se compone al menos de 168 supervisores, los cuales 161 reciben una remuneración mixta, mientras que sólo 7 perciben una

remuneración fija, que son aquellos que fueron contratados inicialmente como jefe de centro, en virtud de su experiencia laboral como por su calificación académica.

El Tribunal después de analizar la prueba documental, confesional y testimonial determinó que la diferencia remuneracional no se basaba en un factor de género, sino que en un criterio de contratación, ya que si bien ambos trabajadores actualmente ejercen un mismo cargo, por el cual perciben distintas remuneraciones, al momento de ingreso a la empresa señor Triviño lo hizo en un cargo de jefatura, el cual requería conocimientos y aptitudes específicas. Inclusive, esto manifiesta actualmente, en que señor Triviño no sólo ejerce labores de supervisor sino que además debe monitorear doce sucursales de Santiago, función que no realiza la actora.

Agrega el fallo que la comparación de la actora no se realiza con el género hombres que desempeñan el cargo de supervisor, sino que sólo con su compañero de sucursal, olvidando que existe un universo de 160 personas que se encuentran percibiendo su misma remuneración entre hombres y mujeres, y que en la situación del señor Triviño existen además seis personas, de las cuales tres son mujeres.

Además otro factor que consideró relevante el Tribunal, es la diferencia de calificación académica entre la demandante y señor Triviño, ya que mientras la actora sólo posee un estudio técnico de colegio en el área de contabilidad, su compañero de trabajo posee un título profesional de ingeniero comercial, que si bien actualmente no es un factor preponderante para desempeño de sus labores, si fue al momento de la contratación del señor Triviño.

Que de acuerdo a lo establecido en el artículo 62 bis del Código del Trabajo permite establecer remuneraciones distintas, cuando se basen en criterios objetivos como en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador. Que el demandado ha cumplido con lo establecido en el artículo 493 del mismo código, respecto a justificar que

la diferencia salarial se debe a criterios objetivos que no se basaron en razones de género

Por lo tanto, el tribunal rechazó la demanda interpuesta por doña Jeannette Osses Campos, en contra del Banco Estado Centro de Servicios S.A., sin costa por encontrar que la actora tuvo motivos plausibles para litigar.

6.4.2. 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-311-2012, caratulado “Silva Espinoza, Nicole con Desarrollo de Tecnología de Sistema Ltda”.

Con fecha 27 de junio del 2012, doña Nicole Silva Espinoza interpuso una demanda de tutela laboral en contra de su empleador Desarrollo de Tecnología de Sistema Ltda. (DTS) por vulneración al artículo 1 inciso 1º y artículo 19 números 15 y 16 inciso 3º de la Constitución Política de la República y los artículos 2 inciso 4º y 62 bis del Código del Trabajo.

La demandante señala que presta servicios laborales para DTS desde 1 de julio del 2009, como ejecutiva de atención al cliente en los servicios específicos de PBX y que realiza las mismas funciones que su compañero de trabajo don Carlos Rivera, él cual percibe una remuneración mayor por un total \$97.101, diferencia que sería injustificada y discriminatoria basándose sólo en razones de sexo.

Señala además que el 17 de febrero del 2012, interpuso el correspondiente reclamo por escrito ante su empleador, de acuerdo a lo señalado en el reglamento interno de la empresa, sin recibir respuesta dentro de 30 días según lo estipulado en el artículo 154 N° 13 del Código del Trabajo.

Por lo que solicita que se declare la vulneración sus derechos fundamentales, ordenando el cese inmediato de la conducta vulneradora y que se condene a DTS a pagar por concepto de indemnización reparatoria de daño moral la suma de \$6.434.494 y la diferencia mensual reclamada por un total de

\$3.495.636 correspondiente a la diferencia mensual de remuneración de \$97.101 desde el 1 de julio del 2009 hasta el mes de junio del 2012.

La demandada el 31 de julio de 2012, contesta la demanda interponiendo en primer lugar la excepción de caducidad argumentando que según lo establecido en el artículo 62 bis, 489 (sic)¹⁵⁹ y 169 del Código del Trabajo la denuncia debe interponerse dentro de los 60 días siguientes desde la vulneración del derecho, plazo que se debe contar desde julio del 2009 fecha en que fue trabajadora fue contratada y se produjo la vulneración a sus derechos.

Consideramos que este argumento es totalmente errado, ya que el suceso que infringe el principio de igualdad de las remuneraciones es una conducta que se va reiterando en el tiempo, generalmente mensualmente con el pago de cada remuneraciones, y que por lo demás la víctima se puede encontrar en total desconocimiento de dicha situación, por lo que creemos que el plazo para interponer el reclamo ante el empleador y posteriormente la respectiva denuncia administrativa o judicial se iría renovando constantemente, hasta que el trabajador ejerza alguna acción para tutelar dichos derechos, como es el caso de el reclamo contemplado en el artículo 154 N° 13 del Código del Trabajo.

El demandado señala que si .S.S. no considera procedente contar el plazo desde esa fecha, lo debe hacer desde la fecha en que el empleador debió dar respuesta al reclamo interpuesto por la actora el 17 de febrero del 2007, es decir desde el 17 de marzo, por lo cual el último día para interponer la acción de tutela era el 29 de mayo del 2012, es decir 25 días antes de la interposición de esta acción.

¹⁵⁹ El demandado cito erróneamente el artículo 489 el cual se refiere a los casos de vulneración de derechos fundamentales que se produce con ocasión del despido. El artículo pertinente para este caso el inciso final del artículo 486 del Código del Trabajo.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, creemos que en este caso la trabajadora no ejerció la acción dentro del plazo interpuesto por la Ley, ya que excedió los 60 días desde que se concluyó el reclamo interno.

Subsidiariamente, el actor interpone la excepción de preclusión entendiéndose como la pérdida, caducidad o extinción de un derecho por no haberlo ejercido en la oportunidad que determina la Ley, basándose en los mismos argumentos anteriores.

El DTS contesta la demanda señalando que no es efectiva la vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un mismo trabajo, argumentando que el artículo 62 bis del Código del Trabajo admite la posibilidad de que ante iguales funciones realizadas por un hombre y una mujer pueden asignarse remuneraciones distintas, fundándose en criterios objetivos distintos, como puede ser aptitud, el talento o la cualidad que disponga un trabajador para desempeñarse en una determinada labor, el cuidado, la atención y esmero que coloque en su trabajo, el rendimiento que tenga en el etc.

Agrega que la trabajadora no posee título alguno, a diferencia del señor Rivera quien es técnico electrónico, cualidad académica esencial para contratarlo inicialmente en el área de soporte. Si bien, posteriormente, el señor Rivera fue derivado a atención de clientes, donde no es necesario poseer un título académico, este le sirve para realizar funciones técnicas que la actora no realiza.

En la audiencia preparatoria la demandante evacuó el traslado de las excepciones, las cuales quedaron para resolver en la sentencia definitiva, lo que es una lástima ya que aún no tenemos jurisprudencia judicial respecto al plazo para interponer esta acción. También se fijaron como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

- a) La efectividad de haber incurrido la sociedad demandada en actos vulneratorios en contra de la actora consistentes en efectuar preferencias basadas en motivos de género al pagar sus remuneraciones en consideración o en relación a otro trabajador don Carlos Rivera Labraña que desarrolla la misma función en iguales condiciones que ella. Fecha desde que se produce dicha vulneración, diferencias producidas y efectividad de tratarse de un hecho constante y permanente en el tiempo.
- b) Justificación de las medidas adoptadas por la empleadora.
- c) Funciones pactadas y efectivamente desarrolladas por la actora y don Carlos Rivera, características misma y condiciones en que la desarrollan.
- d) Efectividad de haber sufrido la actora un daño extra patrimonial como consecuencia de la vulneración referida en el numeral primero.

Con fecha 11 de Septiembre del 2012, se llevo a cabo la audiencia de juicio, en la cual las partes llegaron a conciliación, y con el fin de poner término al juicio, acuerda el término de la relación laboral habida entre ambos, por la causal del artículo 161 del Código del Trabajo, con esta misma fecha, obligándose el empleador a pagar la suma única y total de \$3.000.000, monto que comprende el pago de las indemnizaciones propias del despido, feriados y cualquier estipendio adeudado por la empleadora., otorgándose las partes el más amplio, completo y reciproco finiquito , declarando que nada se adeudan por concepto alguno.

El tribunal tiene presente el acuerdo conciliatorio, otorgándole el carácter de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

7. Procedimiento Administrativo

El artículo 2 de la Ley 20.348 modificó el Estatuto Administrativo¹⁶⁰ intercalando un nuevo inciso cuarto al artículo 10 que señala: “En los empleos a contrata la asignación a un grado será de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y con la capacidad, calificación e idoneidad personal de quien sirva dicho cargo y, en consecuencia, les corresponderá el sueldo y demás remuneraciones de ese grado, excluyendo toda discriminación que pueda alterar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres”. Este artículo extiende el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres al sector público, protegiendo a las funcionarias a contrata de la administración del Estado.

En caso de vulneración de este principio, la funcionaria afectada deberá interponer un reclamo ante la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo.

El artículo 6 de la Ley 10.336, que establece la organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, señala que es una función exclusiva de la Contraloría General de la República “informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.

El reclamo debe interponerse dentro de los 60 días hábiles siguientes desde que la funcionaria tuvo conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar a la vulneración que se reclama.

La Contraloría General de la República deberá solicitar un informe al jefe superior, secretario regional, secretario regional ministerial o director regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso. Este informe debe ser emitido

¹⁶⁰ Decreto de fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.834, sobre el Estatuto Administrativo.

dentro de los diez días hábiles siguientes a la solicitud de Contraloría. Vencido este plazo, con o sin el informe, la Contraloría procederá a resolver el reclamo, para lo cual dispondrá de veinte días hábiles.

La Contraloría, a través de su división jurídica, examinará la legalidad del reclamo y emitirá un dictamen resolviendo el asunto. Estos dictámenes son obligatorios y vinculantes, y además son constitutivos de jurisprudencia administrativa, según lo dispuesto en el artículo 6 y 8 de la Ley 10.336 que establece la organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

7.1. Reclamos interpuestos ante la Contraloría General de la República por vulneración al principio de igualdad de las remuneraciones.

La Contraloría General de la República ha emitido cuatro dictámenes relacionados con el principio de igualdad de remuneraciones desde que entro en vigencia la Ley 20.348 el 19 de diciembre del 2009, los que pasaremos a revisar a continuación:

7.1.1. Dictamen N° 14.046 del 8 de marzo del 2011¹⁶¹

Doña María Eugenia Astorquiza Prats, médico neurólogo, que se desempeña en el Hospital Clínico de la Fuerza Aérea interpuso un reclamo ante la Contraloría General de la República por una supuesta vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen un mismo trabajo.

En el informe evacuado por el Director del Hospital Clínico se señala que la funcionaria fue contratada en noviembre de 1997, con una jornada de 22 horas semanales, añadiendo que sus remuneraciones y las de quienes se

¹⁶¹ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. . Dictamen N° 14.046, [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=394408000F46141184257853004AB167>> [consulta: 25 de mayo de 2012].

desempeñan en iguales labores, son fijadas acorde a parámetros objetivos, tales como, tipo de jornada laboral y los años de experiencia profesional.

El informe señala que la diferencia de remuneraciones que la interesada hace presente, obedecería a dos factores, el primero, que el funcionario con el cual ella se equipara, tendría una mayor experiencia profesional (11 años más), y segundo, al hecho que aquél desarrollaría sus labores a partir de las 13:00 hrs, jornada que, según se expresa, no es deseada por la mayoría de los médicos de ese hospital.

Si bien el artículo 62 bis del Código del Trabajo permite hacer diferencias en las remuneraciones, estas deben basarse en criterios objetivos como podría ser la experiencia profesional, diferencia que se señalo en el informe pero que no fue acreditada por el servicio. En cambio, el desempeño de igual cantidad de horas, pero en una jornada de tarde, no puede considerarse como más gravosa que aquella cumplida en la mañana, por lo cual no constituiría una causal de discriminación objetiva.

Por consiguiente, la Contraloría General de la República resolvió que en la medida que exista la aludida diferencia en la experiencia profesional no se habría vulnerado el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres y, por el contrario, si ello no fuese efectivo, deberá procederse a equiparar las remuneraciones de los profesionales en cuestión.

7.1.2. Dictamen N° 14.292 del 17 de marzo del 2010.¹⁶²

Doña Evelyn del Carmen Briso Osorio, encargada de bodega, que se desempeña como funcionaria Hospital Dr. Lucio Córdova, interpuso un reclamo

¹⁶²CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. . Dictamen N° 14.292, [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=3A63818E8909AE6B842576EB00674DED>> [consulta: 25 de mayo de 2012].

ante la Contraloría General de la República por una supuesta vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo.

Que el informe evacuado por el servicio de salud señala que la recurrente fue asimilada al grado 23 del Escalafón Administrativo, desempeñándose como encargada de la bodega de farmacia, en calidad de a contrata.

Agrega que el grado asignado a la labor que desempeña la funcionaria, corresponde a aquel que dicho establecimiento ha considerado para la función que desarrolla, y que su preparación y capacidad, han sido consideradas en su designación, no existiendo por ende razones para acusar una eventual diferencia de trato con el funcionario de sexo masculino que se desempeña como encargado de la bodega de economato, el cual posee un grado mayor al de la interesada, por su experiencia en funciones similares.

Que de los antecedentes examinados y lo informado por el Servicio, no se advierte que exista una actuación discriminatoria e ilegal de la autoridad en contra de la recurrente, puesto que la diferencia de grado entre ésta y el otro funcionario con el cual se compara, obedece a que dichos servidores desarrollan funciones distintas, ya que si bien ambos son encargados de bodega, estas dependencias son de diversa naturaleza y complejidad , por lo cual requieren condiciones y experiencia individuales distintas

Por lo tanto, la Contraloría General de la República resuelve que la situación planteada no vulnera el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, por lo que procede desestimar el reclamo de la peticionaria.

7.1.3. Dictamen N° 8612 del 16 de febrero del 2010.¹⁶³

Doña Mariana Alarcón Pinto, ingeniera geomesor, que se desempeña como profesional a contrata grado 13 de la E.U.S, en el Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana, interpuso un reclamo ante la Contraloría General de la República por una supuesta vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen un mismo trabajo.

El informe evacuado por el servicio señala que la señora Alarcón Pinto trabaja en conjunto con el señor Santos Rodríguez, aludido por la afectada, desarrollando ambos las mismas funciones. Sin embargo, don Luis Santos Rodríguez ha seguido una carrera funcionaria hace 33 años ininterrumpidos, sirviendo 23 de ellos en la planta profesional, antes de acceder al grado 8 de la E.U.S. Además, en relación a su experiencia laboral, el funcionario obtuvo su título profesional de Ingeniero de Ejecución en Geomensura en el año 1975, mientras que la reclamante doña Mariana Alarcón Pinto, se desempeña en un empleo a contrata, cuya remuneración se asimila grado 13 de la planta profesional y obtuvo su título recién el año 2001.

Que de acuerdo a lo previsto en los artículos 44 y 45 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la carrera funcionaria es un derecho que el ordenamiento jurídico garantiza al personal de planta sujeto a ella, y no al que se desempeña a contrata. Que el nuevo inciso cuarto del artículo 10 de la ley N° 18.834, se refiere a empleos a contrata, sin que de esa disposición pueda desprenderse que el legislador haya pretendido igualar la situación de un empleado que presta servicios en esa modalidad, con aquel que desarrolla sus labores en un sistema de carrera funcionaria.

¹⁶³CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. . Dictamen N° 8612, [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=8AE5ED8ACF553FD2842576DA00697A53>> [consulta: 25 de mayo de 2012].

Por lo tanto, la Contraloría General de la República resuelve que la situación planteada no vulnera el principio de igualdad de remuneraciones de entre hombres y mujeres, ya que los funcionarios han desarrollado carreras profesionales distintas.

7.1.4. Dictamen N° 14688 del 14 de marzo del 2012.¹⁶⁴

Doña Nara Jeannette Álvarez Valencia, obrera a trato de la Escuela Militar, interpuso un reclamo ante la Contraloría General de la República, para requerir que su remuneración sea reajustada de acuerdo a lo estipulado en su contrato de trabajo.

El informe emitido por el plantel educacional señala que el reajuste de remuneraciones para el sector público no se aplica a los obreros a trato.

Pero teniendo en cuenta que en el contrato firmado por la funcionaria el año 2005 se pactó el reajuste anual de sus remuneraciones y que las disposiciones del Código del Trabajo que rigen a determinados servidores del Estado tienen el carácter de normas estatutarias, el actuar de la Escuela Militar, en orden a no reajustar anualmente las rentas de la señora Álvarez Valencia, no se encuentra ajustada a derecho, toda vez que en el pertinente contrato de trabajo se estableció el derecho de aquélla a percibir dicho beneficio,

Respecto a la supuesta vulneración del artículo 62 bis del Código del Trabajo, se expresa que tal situación no se verifica en la especie, ya que la diferencia entre los beneficios remuneratorios que perciben los obreros a trato y el personal a jornal se debe a la diversa condición jurídica bajo la cual desarrollan sus labores.

¹⁶⁴CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. . Dictamen N° 8612, [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=8AE5ED8ACF553FD2842576DA00697A53>> [consulta: 25 de mayo de 2012].

8. El papel de los Sindicatos y de la Negociación Colectiva

Las organizaciones sindicales deben velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo y de la seguridad social, denunciando ante las autoridades administrativas o judiciales, sobre las infracciones que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Respecto a la Ley 20.348, los sindicatos deben velar por el cumplimiento:

- I. Del principio de igualdad de remuneraciones entre **hombres y mujeres que presten un mismo trabajo**. En caso de vulneración, la organización sindical a la cual se encuentre afiliada la trabajadora afectada puede interponer una denuncia ante la Inspección del Trabajo correspondiente o ante los Tribunales de Justicia, actuando ya sea como parte del juicio o tercero coadyuvante.
- II. De que se establezca el procedimiento de reclamación por vulneración al artículo 62 bis del Código del Trabajo, en las empresas que se encuentren obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad.
- III. De que aquellas empresas que tengan más de doscientos trabajadores se estipule en el reglamento interno, un registro que consigne los distintos cargos y funciones de la empresa y sus características técnicas esenciales.

Asimismo, debe promover y fomentar la igualdad de oportunidades y de trato dentro de la empresa, generando un clima de respeto y colaboración entre hombres y mujeres, agregando, además, temas de género en la negociación colectiva.

8.1. La sindicalización femenina.

En las últimas décadas, la participación sindical femenina ha aumentado de forma absoluta y sostenida, pasando de 102.085 afiliadas en el año 2000 a 273.187 afiliadas al año 2010, lo que demuestra un incremento del 167% de las mujeres afiliadas a un sindicato. En cambio, la afiliación sindical masculina ha experimentado un incremento bastante más modesto durante el mismo periodo,

umentando de 493.410 afiliados en el 2000 a 585.384 a 2010, lo que demuestra un aumento del solo 18%.

Actualmente, las mujeres afiliadas a un sindicato representan el 32% del total de los trabajadores sindicalizados en Chile.

Figura N°5.8: Cantidad de trabajadores/as afiliados a sindicatos activos según sexo y región 2010¹⁶⁵					
Región	Número de Trabajadores/as				
	Hombres	Mujeres	Hombres %	Mujeres %	Total
Arica y Parinacota	4.499	2.125	68%	32%	6.624
Tarapacá	12.073	2.973	80%	20%	15.046
Antofagasta	41.717	8.715	83%	17%	50.432
Atacama	14.688	3.503	81%	19%	18.191
Coquimbo	14.291	6.653	68%	32%	20.944
Valparaíso	49.501	23.578	68%	32%	73.079
Metropolitana	290.985	158.959	65%	35%	449.944
O'Higgins	25.856	7.977	76%	24%	33.833
Maule	14.045	4.926	74%	26%	18.971
Biobío	59.099	24.590	71%	29%	83.689
Araucanía	15.205	7.172	68%	32%	22.377
Los Ríos	10.493	4.665	69%	31%	15.158
Los Lagos	23.818	13.298	64%	36%	37.116
Aysén	3.841	1.547	71%	29%	5.388
Magallanes	5.273	2.506	68%	32%	7.779
Total	585.384	273.187	68%	32%	858.571

No obstante, el incremento de la afiliación sindical femenina, no se ha visto reflejado en el aumento de la representación de las mujeres en los sindicatos. En efecto, en el año 2000 las dirigentes sindicales comprendían un 15,6% del total de

¹⁶⁵ SERNAM. Cantidad de trabajadores/as afiliados a sindicatos activos según sexo y región 2010. [en línea]. <<http://estudios.sernam.cl/?m=s&i=78>> [consulta: 21 de marzo de 2012]

los dirigentes, mientras que el año 2006 sólo aumentó al 17,6% del total los dirigentes sindicales, lo que ha provocado una sobrerrepresentación masculina.¹⁶⁶

Es importante que las mujeres participen en las organizaciones sindicales, ya que esto les permite participar directamente en la toma de decisiones, plantear soluciones e incorporar en la negociación colectiva temas como la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y fomentar la igualdad de género dentro de la empresa.

8.2. La Negociación colectiva

La negociación colectiva ocupa una posición central en el fomento de la igualdad de oportunidades y de la interdicción de cualquier clase de discriminación. En este marco de tutela, la contratación colectiva puede cumplir una función relevante no solo adoptando cláusulas declarativas antidiscriminatorias, sino también tratando de evitar las cláusulas contenidas en el convenio que produzcan, directamente o indirectamente, resultados discriminatorios.

La incorporación de las reivindicaciones de género a la negociación colectiva es un proceso aún incipiente en América Latina, a diferencia de lo que ocurre en Canadá, Estados Unidos y en los países europeos, donde las cláusulas que promueven la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, son frecuentes en los convenios colectivos.

Esto se debe a diversos factores que inhiben la incorporación de estas cláusulas, tales como; la escasa presencia femenina en las dirigencias sindicales y en las instancias negociadoras, la concentración de mujeres en los sectores económicos más informales de la economía, la poca capacitación de los trabajadores de ambos sexos para negociar con los empleadores cláusulas relativas a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato, a una aún baja

¹⁶⁶ SALINERO BERARDI, Jorge. Tenues trazos de equidad: Una mirada al género en los contratos y convenios colectivos de grandes tiendas por departamento. [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-96106_recurso_1.pdf> [consulta: 11 de junio de 2012].

priorización del tema en las estrategias sindicales y el debilitamiento de la negociación colectiva en muchos países latinoamericanos.¹⁶⁷

En Chile, la negociación colectiva se encuentra regulada en el Libro IV del Código del Trabajo y su contenido medular sigue correspondiendo al diseño impuesto por el Plan Laboral de 1978, que puso fin a la legislación protectora del Código del Trabajo de 1931 que establecía una fuerte valoración y promoción de los derechos colectivos laborales.

El Plan Laboral de 1978, concretado normativamente en el Decreto de Ley N° 2.758, obedeció al interés del Régimen Militar de implementar un marco regulatorio del ejercicio de los derechos colectivos del trabajo que estuviera en concordancia y al servicio de un nuevo modelo económico de corte neoliberal, abierto al comercio internacional y en el que se promovían como verdaderos ejes centrales de su funcionamiento el derecho de propiedad, la libertad de empresa y la búsqueda por eliminar restricciones o barreras que dificultaran o encarecieran la libre iniciativa privada en materia económica.¹⁶⁸

Posteriormente con la restauración de la democracia, el Código del Trabajo de 1987 fue objeto de diversas modificaciones, no obstante estas modificaciones se centraron, principalmente, en otorgar mayores grados de libertad sindical y otorgar un mayor equilibrio entre las posiciones de los empresarios y trabajadores, realizando modificaciones al contrato de trabajo, mayor protección al trabajador en caso de despido y el aumento de la fiscalización. Sin embargo, en aquellas materias orientadas a perfeccionar el derecho sindical y ampliar la negociación colectiva no sufrió cambios sustanciales.

La actual legislación laboral chilena, reduce el ámbito temático de la negociación colectiva a la determinación de remuneraciones y condiciones de

¹⁶⁷OIT. Negociación colectiva e igualdad de género. [en línea]. <[http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02\[art-3\].pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02[art-3].pdf)> [consulta: 11 de junio de 2012].

¹⁶⁸ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Mujer, trabajo y derecho. 175p. Ob. Cit.

trabajo, como establece el artículo 306 del Código del Trabajo, que señala “Son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo”.

Este contenido limitado de la negociación colectiva constituye un obstáculo para la canalización de nuevos intereses colectivos de trabajadores y empleadores, como son la conciliación de trabajo y vida familia o la inclusión de temas de género, lo que termina transformando al Código del Trabajo en una barrera para el ejercicio y promoción de la libertad sindical.

En cambio, internacionalmente se maneja una visión más amplia respecto a la negociación colectiva. Así queda demostrado en el Convenio N° 154 de la OIT que define en su artículo 2 la negociación colectiva como “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Esta visión más amplia fomenta que los sistemas y procesos de negociación colectiva, constituyan un poderoso instrumento para la promoción de la equidad de género en el mundo del trabajo, ya que a través de ellos se pueden asegurar condiciones básicas de igualdad de género como: la promoción del trabajo femenino, igualdad remuneraciones entre hombres y mujeres, la conciliación de las responsabilidades familiares, etc.

Si bien en nuestra realidad jurídica nos encontramos limitados por el artículo 306 del Código del Trabajo para establecer medidas de género y de

corresponsabilidad social en la negociación colectiva, existe un resquicio donde estas medidas se podrían incluir, que sería dentro de las “condiciones laborales del trabajo”.

Así lo expresa Eduardo Caamaño Rojo (2011), quien señala que “a partir del fortalecimiento de principio de libertad sindical, particularmente luego de la ratificación por parte de Chile de los Convenios 87 y 98 de la OIT, debe darse al artículo 306 del Código del Trabajo una interpretación amplia y que promueva el ejercicio de este derecho fundamental en lo que toca a las materias objeto de la negociación colectiva”. Por lo tanto, a través de este término se podrían incorporar temas de género en la negociación colectiva.

Al respecto, la Dirección de Trabajo señaló que “La no discriminación en materia de remuneración ante igual trabajo, en tanto condición de remuneración, se encuentra dentro de las materias posibles de incorporar, a partir de lo dispuesto en el artículo 303 del Código del Trabajo, en cualquier negociación colectiva, sin perjuicio de lo cual, el contenido mismo de la cláusula estará determinado en base a la negociación directa de las partes”.¹⁶⁹

Sin embargo, respecto a la integración de estos tipos de normas en los contratos colectivos, se pueden producir algunos conflictos entre las partes en relación a la obligatoriedad o vigencia de estas cláusulas en el contrato colectivo, ya que se pueden considerar como compromisos, deberes u orientaciones estratégicas, pero no como obligaciones contractuales.

Por lo tanto, si bien una interpretación extensiva del artículo 306 del Código del Trabajo a la luz de la libertad sindical no impide la inclusión de temas de género o de corresponsabilidad que puedan ser concordados por sindicatos y empresarios, no es menos cierto que su limitado alcance podría generar inconvenientes a la hora de pretender reclamar su cumplimiento en sede

¹⁶⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 3030/045 de 12 julio d 2010., [en línea]. < <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-98157.html>> [consulta: 28 de mayo de 2012].

administrativa o judicial, si la entidad llamada a resolver en conflicto opera con un criterio legalista o no integrador de la libertad sindical.¹⁷⁰

Por consiguiente, sería conveniente una revisión a nuestra normativa laboral respecto al alcance del artículo 306 del Código del Trabajo, con el objetivo de ampliar las materias objeto de negociación colectiva, y así establecer medidas de acción positivas para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y fomentar la igualdad de remuneraciones.

8.3. Clausulas de género en la negociación colectiva.

La negociación colectiva es una herramienta importante para la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el mundo laboral, a través de la incorporación de clausulas de género que aseguren condiciones básicas para la existencia de una mayor igualdad como: la ampliación de la protección legal de la maternidad, cláusulas que fomenten la corresponsabilidad familiar y que garanticen la igualdad de acceso a los puestos de trabajos, a las capacitaciones y oportunidades laborales, como también la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen un trabajo de igual valor.

Sin embargo, en Chile, las reivindicaciones de género en la negociación colectiva son un proceso incipiente, a diferencia de lo que ocurre en otros países como Canadá, España y Estados Unidos, donde las cláusulas de promoción de la igualdad de oportunidades aparecen con frecuencia en los textos de los convenios colectivos.

Entre los principales factores que explican ese hecho se encuentran la menor cobertura de las mujeres en los procesos de negociación colectiva, debido a que están sobrerrepresentadas en los segmentos más precarios y desregulados del mercado de trabajo, a la todavía escasa presencia femenina entre los dirigentes sindicales y en las instancias negociadoras, a la poca capacitación de los

¹⁷⁰ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Mujer, trabajo y derecho. 190p. Ob. Cit.

trabajadores de ambos sexos para negociar con los empleadores cláusulas relativas a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato, y a una aún baja priorización del tema en las estrategias sindicales.¹⁷¹

Esto queda en manifiesto en un estudio realizado por la Organización Internacional del Trabajo, donde se estudiaron 24 contratos colectivos y 4 convenios¹⁷² en los cuales se encontraron 125 estipulaciones referidas al trabajo femenino y relaciones de género, con un promedio de 4,5 cláusulas por instrumento.

Estas cláusulas se dividieron en cuatro categorías según su contenido. La primera abarca las materias relativas a la maternidad/paternidad, o sea, aquellas cláusulas que se relacionan con el proceso de conciliación entre el trabajo y la tarea reproductiva, entre las cuales se encuentra la licencia por maternidad, la lactancia, la salud de la mujer durante el embarazo, las que promueven la responsabilidad y los derechos de los padres con relación al cuidado de sus hijos, en las que se encuentran las guarderías infantiles, el cuidado de hijo o hija enfermo, entre otras. De todas las cláusulas relativas al trabajo de la mujer y las relaciones de género, el 44% corresponde a este tema.

La segunda categoría se refiere a las responsabilidades familiares de los trabajadores, más allá del momento del nacimiento de los(as) hijos(as) e incluyen licencias y asignaciones relativas a éstos y otros familiares, como por ejemplo las licencias por cambio de residencia, enfermedad grave de otros parientes, asignaciones de tipo educacional, de salud, etc.

¹⁷¹ CONFERENCIA Regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. (8ª, Lima, Perú, 2000). Equidad de género en el mundo del Trabajo en América Latina. Lima, Perú, Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02\[art-3\].pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02[art-3].pdf)

¹⁷² RANGEL, Marta. Chile: Negociación colectiva e igualdad de género. En: ABRAMO, Laís y RANGEL, Marta. {Eds}. Negociación colectiva y equidad de género. Santiago, Chile, Organización Internacional del Trabajo, 2005, pp. 171-220.

La tercera categoría agrupa a las cláusulas relativas a las condiciones de trabajo, que son aquellas que tiene por objetivo atender a las necesidades específicas de las trabajadoras en el ambiente laboral, como por ejemplo, aquellas cláusulas que versen sobre remuneraciones, capacitación, jornada de trabajo, seguridad e higiene, salud de la mujer (en aspectos no relacionados al embarazo y la lactancia) y acoso sexual.

Y por último, la cuarta categoría están reunidas las cláusulas relativas a la no discriminación y a la promoción de la igualdad de oportunidades, en un sentido más general y programático, e incluye aquellas que reafirman los principios de eliminación de la discriminación por razones de sexo y otras, así como las que buscan establecer planes y acciones más integradas de promoción de la igualdad de oportunidades en diversas áreas.¹⁷³

Figura N° 5.9: Clasificación de cláusulas relativas al trabajo femenino y a las relaciones de género según su tipo.¹⁷⁴

Tipos de Cláusula	N°			Porcentajes		
	Legal	Convencional	Total	Legal	Convencional	Total
1. Maternidad/Paternidad	19	37	56	100	35	45
a) Embarazo	-	5	5	-	5	4
b) Licencia Maternal	-	7	7	-	7	6
c) Paternidad	6	16	22	32	15	18
d) Lactancia	1	-	1	5	-	1
e) Guardería Infantil	12	4	16	63	4	13
f) Cuidado de hijo enfermo	-	5	5	-	5	4
2. Responsabilidades Familiares	-	54	54	-	50	43

¹⁷³ CONFERENCIA Regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. 72p. Op. Cit.

¹⁷⁴ RANGEL, Marta. Chile: Negociación colectiva e igualdad de género. 187p. Op. Cit.

a) Compensaciones Parentales						
a.1. Asignación Educacional	-	24	24	-	22	19
a.2. Asignación Nacimiento	-	8	8	-	7	6
a.3. Asignación Familiar	-	4	4	-	4	3
a.4. Asignación médica	-	6	6	-	7	5
b) Licencias Especiales	-	12	12	-	11	10
3. Condiciones de Trabajo	-	15	15	-	14	12
a) Jornada	-	1	1	-	1	1
b) Seguridad e Higiene	-	13	13	-	12	10
c) Salud de la Mujer	-	1	1	-	1	1
4. No discriminación y promoción de la Igualdad	-	-	-	-	-	-
Total de Cláusulas	19	107	125	1000	100	100

De la figura anterior, podemos inferir que el mayor número de cláusulas incorporadas en los contratos y convenios colectivos, corresponden a aquellas que regulan la maternidad/paternidad.

Además, en esta primera categoría de cláusulas existe un gran número de disposiciones que se ajustan estrictamente a los derechos constituidos a los trabajadores por las leyes, por lo que su inclusión en los instrumentos colectivos vienen no sólo a enfatizar formalmente la importancia que los trabajadores conceden a ejercer ese derecho, sino, asimismo, al compromiso del empleador con los trabajadores de que no habrá restricciones (demoras, requisitos administrativos u otros obstáculos) para acceder al derecho.¹⁷⁵

También, la mayoría de los instrumentos colectivos contienen estipulaciones que combinan derechos establecidos en la legislación y dimensiones de ellos que se han extendido, representando nuevos beneficios o beneficios atribuibles a la negociación, como por ejemplo la licencia de paternidad.

¹⁷⁵ SALINERO BERARDI, Jorge. Tenues trazos de equidad. Una mirada al género en los contratos y convenios colectivos de grandes tiendas por departamento. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, 2008. 90p.

Pero en ninguno de los instrumentos colectivos estudiados se encontraron cláusulas que promuevan la equidad de género, lo que hace patente la necesidad de incorporar a los instrumentos temas de género relacionados con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la no discriminación laboral, a través de acciones positivas dentro de las empresas, como la incorporación de planes de igualdad al acceso al empleo y a capacitaciones laborales, la creación de sistemas de evaluación que garanticen la igualdad de remuneraciones y de promoción entre los trabajadores que realicen un mismo trabajo, políticas que fomenten la corresponsabilidad familiar, etc.

8.4. Impugnaciones al registro de cargos y funciones por los sindicatos.

Como vimos anteriormente, las empresas que tengan más de doscientos trabajadores, deben estipular en el reglamento interno un registro que consigne los distintos cargos y funciones de la empresa y sus características técnicas esenciales.

En el caso que la empresa no incorpore este registro en el reglamento interno o que éste vulnere el principio de igualdad de remuneraciones, podrá cualquier trabajador, delegado de personal u organización sindical de la empresa, interponer una denuncia ante la Dirección del Trabajo, la que podrá exigir que se incorpore este registro al reglamento interno o que se modifiquen aquellas cláusulas impugnadas que vulneran el principio de igualdad.

Generalmente, esta función fiscalizadora es realizada por las organizaciones sindicales, las que están encargadas de velar por el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social dentro de la empresa, protegiendo los intereses de los trabajadores.

La figura N° 8 nos muestra las impugnaciones interpuestas contra los registros de cargos y funciones en la Dirección del Trabajo de la Región Metropolitana Poniente desde que entró en vigencia la Ley 20.348.

Podemos inferir que, a pesar que han pasado casi tres años desde que entró en vigencia la Ley en comento, han sido pocas las impugnaciones interpuestas en la Dirección del Trabajo por vulneración al principio de igualdad de remuneraciones en el registro de cargo y funciones. Esto no quiere decir que las empresas hayan cumplido al cien por ciento con la aplicación de la norma, ni que la brecha salarial haya disminuido rotundamente, sino que nos demuestra el poco conocimiento de la Ley 20.348 y su reducida aplicación en el ámbito laboral.

Figura Nº5.9: Impugnaciones a Reglamento Interno, al registro de cargos y funciones de la Dirección del Trabajo Región Metropolitana Poniente. ¹⁷⁶	
Dependencia	Casos
Inspección Providencial de Santiago	Empresa Correos de Chile: Este reglamento fue revisado por departamento jurídico central, ya que se realizó una presentación idéntica allí.
	Cooperacab: Esté reglamento no se impugno, sino que se reviso de oficio a solicitud de nuestra dirección del trabajo por materia de acoso sexual y al detectarse la carencia de regulación en temas de descripción de cargos y de igualdad de remuneraciones se le presento tal circunstancia a la empresa, al fin que efectuar las enmiendas correspondientes.
Inspección Providencial de Talagante	No se ha realizado ninguna impugnación al reglamento interno respecto al registro de cargo y funciones.
Inspección Providencial de Melipilla	No se ha realizado ninguna impugnación al reglamento interno respecto al registro de cargo y funciones.
Inspección Comunal de Santiago Norte	No se ha realizado ninguna impugnación al reglamento interno respecto al registro de cargo y funciones.
Inspección Comunal de Maipú	No se ha realizado ninguna impugnación al reglamento interno respecto al registro de cargo y funciones.

¹⁷⁶ Tabla de elaboración propia. Datos obtenidos a través de solicitud a la Dirección del Trabajo de acceso a la información pública folio AL003W-0001166

Inspección Comunal de Santiago Poniente	No se ha realizado ninguna impugnación al reglamento interno respecto al registro de cargo y funciones.
Inspección Comunal de Norte Chacabuco	No se ha realizado ninguna impugnación al reglamento interno respecto al registro de cargo y funciones.

8.4.1. Impugnación del Reglamento Interno de Correos de Chile

Con fecha 08 de enero de 2010 el sindicato nacional de profesionales, técnicos postales, supervisores y otros de la empresa Correos de Chile, impugnaron la modificación del reglamento interno de orden higiene y seguridad, principalmente en el orden a dar cumplimiento a la Ley 20.348, respecto a su artículo 33-A que señala: “En la empresa rige el principio de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. Se exceptúan de la aplicación del principio citado las diferencias objetivas en la remuneración que se funde entre otras razones, en las capacidades, desempeño, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.

La organización sindical recurrente ha impugnado este artículo aduciendo que en él se ha considerado como no arbitrarias las diferencias de remuneraciones basadas en el **desempeño del trabajador**, concepto que en su opinión, no ha sido contemplado por el legislador y que se consideran de “carácter subjetivo” del superior jerárquico, lo que no es admisible en un principio de igualdad. Además se debería contemplar en el reglamento interno del sistema de calificaciones al personal de la empresa con criterios objetivos establecidos que deben ser conocimiento de todos los trabajadores.

La Dirección del Trabajo resuelve en su ORD N° 1819 del 21 de abril del 2010, que el artículo 62 bis del Código del Trabajo permite hacer diferencias objetivas al principio de igualdad de las remuneraciones, que se funde entre

otras razones, en las capacidad, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

El término “entre otras razones” del artículo 62 bis del Código del Trabajo denota el carácter no taxativo de la norma, por lo cual los criterios objetivos se pueden basar en otras razones.

Por lo visto anteriormente en el ítem 2.1 de este capítulo, debemos entender las palabras: calificaciones, idoneidad, responsabilidad y productividad, conforme a su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas, que de acuerdo a lo sostenido por la jurisprudencia de nuestros tribunales es aquel asignado al vocablo por el RAE.

La RAE define desempeño “Acción y efecto de desempeñar o desempeñarse” y desempeñar como “Cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio; ejercerlos” o “Actuar, trabajar, dedicarse a una actividad”. Por lo cual, este vocablo se relaciona con la calificación que se realice a un trabajador, teniendo directa relación con la productividad y responsabilidad de éste.

Por lo tanto, la Dirección rechaza la impugnación planteada por la organización sindical.

9. Modificaciones a la Ley 20.348 ingresadas con posterioridad al Congreso Nacional.

Desde que entró en vigencia la Ley 20.348, se han presentados dos proyectos de Ley en el Congreso, con el objeto de hacerle modificaciones, dichos proyectos son los siguientes:

9.1. Proyecto de Ley que resguarda la igualdad de remuneraciones

El 1 de septiembre del 2010, ingresó a la Cámara de Diputados, el proyecto de Ley que resguarda la igualdad de remuneraciones. Este proyecto, fue

presentado por moción de los Diputados las señoras Andrea Molina Oliva y Claudia Nogueira Fernández y los señores Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Ramírez, Nino Baltolu Rasera, Eugenio Bauer Jouanne, Sergio Bobadilla Muñoz, Enrique Estay Peñaloza, Felipe Salaberry Soto y Felipe Ward Edwards.

El fundamento de este proyecto, es la gran cantidad de trabajadoras que no se atreven a denunciar a sus empleadores, por vulnerar el artículo 62 bis del CT, que establece el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, por miedo a ser despedidas de sus trabajos. Esto queda de manifiesto por la baja cantidad de reclamos y demandas que se han interpuesto, desde que entró en vigencia la Ley 20.348.

El Proyecto de Ley es el siguiente:

El Artículo único: Agregase el siguiente inciso 3 nuevo al artículo 62 bis del Código del Trabajo de la siguiente forma:

“El trabajador que reclame ante la Inspección del Trabajo y/o demande ante el Juzgado Laboral, por incumplimiento injustificado del principio de igualdad remuneratoria consagrado en la ley 20.348, gozará de un fuero de 3 meses, periodo durante el cual no se le podrá poner término a su contrato de trabajo.

La propia Inspección del Trabajo, o el Tribunal en su caso, podrán declarar, no obstante, la no aplicabilidad del fuero referido precedentemente, cuando el trabajador hubiere fundado su denuncia en hechos manifiestamente inexistentes o falsos. Además esta circunstancia constituye incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato, para todos los efectos legales, e inclusive, si el organismo pertinente lo estima, podría imponerse al trabajador una multa a beneficio fiscal de 1 UTM”.¹⁷⁷

¹⁷⁷ REPÚBLICA DE CHILE SENADO. Tramitación de proyectos [en línea]. <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 16 de abril de 2012].

Actualmente, el proyecto de ley se encuentra en primer trámite constitucional de La Cámara de Diputados, en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social.

9.2. Proyecto de reforma constitucional del principio legal de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo.

El 29 de septiembre del 2011, ingreso a la cámara de Diputados, el proyecto de Reforma Constitucional que otorga rango constitucional al principio legal de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. Este proyecto fue presentado por moción de los Diputados las señoras María Antonieta Saa Díaz y Marcela Sabat Fernández y el señor Gaspar Rivas Sánchez.

Este proyecto tiene como objetivo elevar de rango legal a uno constitucional el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, ya que de esta forma, ésta nueva garantía constitucional, permitirá a las trabajadoras que se sientan vulneradas en sus derechos, interponer un Recurso de Protección ante las Cortes de Apelaciones.

El texto del proyecto es el siguiente:

Artículo 1°: En el numeral 16° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, reemplácese el actual texto del inciso primero por el siguiente:

"Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo. La actividad laboral deberá ser retribuida con una justa remuneración, no pudiendo nunca ésta última, cuando se trate de la prestación de un mismo trabajo, ser objeto de discriminaciones o diferenciaciones arbitrarias que sólo se funden en cuestión al sexo del trabajador sin considerar elementos como su capacidad, calificación, idoneidad, responsabilidad o productividad".

Artículo 2°: En el inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política de

la República, intercálase, entre la palabra "contratación" y la coma que le sigue, la siguiente oración:

"y al no sometimiento de la justa remuneración a discriminaciones o diferenciaciones arbitrarias que sólo se funden en cuestión al sexo del trabajador cuando se trate de la prestación de un mismo trabajo".¹⁷⁸

Actualmente, este proyecto se encuentra en el primer trámite constitucional de La Cámara de Diputados, en la Comisión, de Constitución, Legislación y Justicia.

¹⁷⁸ REPÚBLICA DE CHILE SENADO. Tramitación de proyectos [en línea]. <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta: 16 de abril de 2012].

CAPITULO VI

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RAZÓN DE SEXO EN LA UNIÓN EUROPEA

1. La igualdad en la Comunidad Europea

“El principio de igualdad entre hombres y mujeres está firmemente establecido en los textos fundamentales de la Unión Europea, desde los Tratados Fundamentales hasta la Constitución Europea. En las últimas décadas, las acciones específicas de la igualdad de trato se han desarrollado hasta conformar un marco jurídico coherente que está firmemente establecido como parte integrante del «acervo comunitario». Esa legislación ha desempeñado un papel fundamental en el fomento de la participación igualitaria en el mercado de trabajo, y ha tenido un efecto importante y continuado sobre el marco en que ha de evolucionar la igualdad de oportunidades en los Estados miembros”.¹⁷⁹

De esta forma podemos observar que la Comunidad Europea desde sus inicios como tal ha estado preocupada por el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, el logro de la igualdad en materia de empleo y ocupación ha sido una preocupación fundamental y constante. El origen de esta preocupación se puede observar desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea denominado “Tratado de Roma”, suscrito el 25 de Marzo de 1957 por su Majestad el Rey de los Belgas, el Presidente de la República Federal de Alemania, el Presidente de la República Francesa, el Presidente de la República Italiana, su Alteza Real la Gran Duquesa de Luxemburgo y su Majestad la Reina de los Países Bajos.

El referido tratado, ya en su artículo segundo, hace referencia a la igualdad entre hombres y mujeres al preceptuar: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y

¹⁷⁹ PRIETO, María. El principio de Igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Luces y Sobras. [en línea] <<https://buleria.unileon.es/xmlui/bitstream/handle/10612/1446/PrietoMolero.pdf?sequence=1>> [3 noviembre 2012]

monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, **un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer**, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”. Luego, el artículo tercero apartado número 2 señala: “En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. Más adelante en los artículos 117 se dice: “Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por vía de progreso”. Y de forma específica en relación a la igualdad de retribuciones, el artículo 119 señala: “Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo”.

A pesar de que fue un avance muy importante en materia de igualdad a nivel supranacional, el hecho de establecer el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, no se señalaron las formas de hacer efectivo este principio y tampoco la forma de velar por el derecho fundamental de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

“A partir de las primeras legislaciones aparecen elementos aislados en materia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que, con el desarrollo de las instituciones europeas, se han venido reforzando hasta integrar lo que actualmente constituye un importante acervo comunitario. Desde su constitución, la Unión Europea ha ido extendiendo paulatinamente el ámbito de aplicación de directivas, iniciativas, recomendaciones y legislaciones con el objeto de desarrollar este principio

democrático de carácter fundamental en los derechos humanos entre los hombres y las mujeres.”¹⁸⁰

Aún así no se puede negar que ha sido “notable el avance en la Unión Europea en materia de equidad de género, por lo menos en el reconocimiento de la problemática a nivel supranacional que ha conducido consistentemente a lo largo de un estrecho camino hacia la elaboración de complejas leyes y directivas a nivel supranacional, pero con la fuerte recomendación de que estas sean aplicadas al interior de los países miembros, reconociendo que la integración plena de las mujeres en las sociedades con todos los derechos que estas proveen a sus ciudadanos es imprescindible para alcanzar el pleno desarrollo económico, social, y cultural en avance a la democracia, la cohesión social y el ejercicio de los Derechos Humanos Universales”.¹⁸¹

Más tarde, el 2 de Octubre de 1997 se firma el Tratado de Amsterdam, por intermedio del cual se viene a modificar el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Este “ha sido, sin duda y hasta el momento presente, el hito más trascendente en la construcción de una Europa social. Suscrito por 15 Estados, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el derecho originario acoge importantes cuestiones de derecho social, incorporando los derechos sociales contenidos en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria. De esta forma se obtienen dos importantes logros: la unidad y coherencia de la política social, y la uniformidad entre los Estados miembros”.¹⁸²

¹⁸⁰ ARROYO, Alejandra y Correa, Eugenia. Políticas de equidad de género: Unión Europea. [en línea] <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/grupos/giron/13arro.pdf> > [consulta: 7 noviembre 2012].

¹⁸¹ ARROYO, Alejandra y CORREA, Eugenia. Políticas de equidad de género: Unión Europea. Op.Cit.

¹⁸² QUEZADA, Rosa. La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [en línea]

Es a partir de dicho tratado “firmado por todos los Estados de la Unión, que se empiezan a realizar de manera más sistemática, y con miras de largo plazo, estrategias, medidas y acciones para la eliminación de las desigualdades de hombres y mujeres bajo el principio de atribución”.¹⁸³, este principio se encuentra enunciado en el título III, artículo I-11.1 del Tratado de la Constitución para Europa en donde se señala que “la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución”, en el párrafo siguiente se dice: “En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros”. Es decir, la Unión posee competencia en aquellas materias que la propia Constitución señala y en este sentido se debe decir que la Unión posee plena competencia para la definición de las políticas económicas y de empleo en virtud del artículo I-12 apartado 3 que preceptúa: “Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en la parte III, para cuya definición la Unión tendrá competencia”. Como se puede ver, el Tratado de Amsterdam hizo más palpable las directivas aisladas establecidas en el Tratado de Roma.

Además, al establecer expresamente la igualdad entre hombres y mujeres en el Tratado, a nivel supranacional, se produce como consecuencia de la nueva regulación, que “todos los componentes de la igualdad tienen que ser respetados y se tienen que proyectar en todas las demás normas de la Unión Europea. La jerarquía existente entre las normas comunitarias comporta que el derecho comunitario derivado no pueda ser contrario a las disposiciones de los Tratados y, en consecuencia, todo el derecho comunitario de rango inferior al Tratado de Amsterdam que pueda ser contrario a la regulación que en éste se efectúa acerca de la igualdad entre hombres y mujeres, la no discriminación y las acciones positivas, deberá considerarse derogado por la nueva

http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/Extralgualdad08/est02.pdf [1 noviembre 2012]

¹⁸³ ARROYO, Alejandra y CORREA, Eugenia. Políticas de equidad de género: Unión Europea. *Ibidem*.

regulación o reinterpretado a la luz de las disposiciones del nuevo Tratado. De esta forma, todos los órganos de la Unión Europea, por una parte, y todos los poderes públicos de los Estados miembros por otra, están vinculados a lo que se aprobó en la cumbre de Amsterdam”.¹⁸⁴

La igualdad entre el hombre y la mujer se eleva en el Tratado “a la categoría de fin de la Comunidad Europea, incorporándose a la redacción del artículo 2 TCE: «La Comunidad tendrá por misión promover la igualdad entre el hombre y la mujer», superando con mucho el sentido inicial de 1957. Igualdad por razón de sexo que tiene a partir de entonces un carácter transversal al considerar el artículo 3 que la igualdad entre hombre y mujer deberá estar presente, impregnar todas las acciones y políticas comunitarias .comercial, social, cultural, económica. Por ello se declara objetivo de la Comunidad la eliminación de desigualdades por razón de sexo y la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres”.¹⁸⁵

Además, se introduce el concepto de *mainstreaming* o transversalidad que “consiste en tener en cuenta de forma sistemática las diferencias en las condiciones sociales entre hombres y mujeres en el conjunto de políticas y acciones comunitarias, y persigue la integración de igualdad en el conjunto de programas y políticas de la Unión”.¹⁸⁶ El objetivo del *mainstreaming* “es mejorar la calidad de las políticas y facilitar la determinación del peso de “género” en áreas políticas consideradas tradicionalmente neutras en este sentido, introduciendo como procedimiento habitual un control del factor igualdad que garantice en este sentido la calidad de toda propuesta legislativa o

¹⁸⁴ FREIXES, Teresa. La igualdad entre hombres y mujeres: El Tratado de Amsterdam y los acuerdos internacionales. [en línea] <http://www.celem.org/prog_europeos/demo_paritaria2000/pdfs/capitulo04.pdf> [consulta: 10 noviembre 2012].

¹⁸⁵ QUEZADA, Rosa. La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Op.Cit.

¹⁸⁶ ARROYO, Alejandra y Correa, Eugenia. Políticas de equidad de género: Unión Europea. Op.Cit.

documento político”.¹⁸⁷ Lo novedoso de la incorporación de este concepto es que parte de la base que tanto hombres y como mujeres se enfrentan a diversas condiciones sociales, por lo cual, todas las políticas y acciones que se pretendan diseñar y luego implementar deben tener como sustento la diversidad existente. Además, de que la perspectiva de género se tiene presente al dictar cualquier tipo de legislación dentro la Unión Europea.

2. Directivas de la Unión Europea sobre Igualdad de Hombres y Mujeres

Como se señaló en los párrafos anteriores, es desde la aprobación del Tratado de Amsterdam, los días 16 y 17 de Junio de 1997 por el Consejo de la Unión Europea de Amsterdam, el que entrara en vigor el 1 de mayo de 1999, luego de su ratificación por los 15 Estados miembros, que la Unión Europea comenzó a introducir en mayor medida y con fuerza vinculante la perspectiva de género dentro de sus lineamientos y principios.

“El Tratado de Amsterdam determina o trata de determinar una serie de directrices para el empleo a nivel comunitario que son, fundamentalmente: crear una nueva cultura de empleabilidad en la Unión Europea que paralelamente implica un grave problema que arrastra la Unión; combatir el desempleo de larga duración y el juvenil, sobre todo; beneficiar tanto a empresas como a trabajadores de nuevas tecnologías y de las condiciones de los nuevos mercados; y fomentar la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, para así desarrollar la capacidad de crecimiento de las economías de la Unión Europea.”¹⁸⁸ Para el logro de este objetivo el Tratado de Amsterdam modificó el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea otorgando competencia al Consejo para adoptar las acciones adecuadas para: “luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.” De esta forma, el artículo 13 vino a legitimar y a otorgar fuerza vinculante a las directrices

¹⁸⁷ FREIXES, Teresa. La igualdad entre hombres y mujeres: El Tratado de Amsterdam y los acuerdos internacionales. Op.Cit.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ, Nuria. Un nuevo tratado para la Unión Europea: El Tratado de Amsterdam. Op. Cit.

dictadas por el Consejo. Las más importantes en materia de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación son las siguientes:

2.1. Directiva 75/117/CEE del Consejo relativa a la aproximación de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos,

Esta directiva fue aprobada el 10 de Febrero de 1975 y comienza con un apartado que nos señala: “considerando que la realización del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado común; considerando que corresponde en primer lugar a los Estados miembros garantizar la aplicación de este principio mediante disposiciones legales, reglamentarias y administrativas adecuadas; considerando que la Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social, encaminado a permitir la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida y de trabajo y un desarrollo económico y social equilibrado de la Comunidad, ha reconocido el carácter prioritario de las acciones que deben emprenderse en favor de la mujer en lo que afecta al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluida la retribución; considerando que es oportuno reforzar las disposiciones legales de base mediante normas encaminadas a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad, de tal manera que todos los trabajadores de la Comunidad puedan beneficiarse de una protección en este ámbito; considerando que subsisten desigualdades en los Estados miembros, a pesar de los esfuerzos realizados para la aplicación de la Resolución de la conferencia de los Estados miembros, de 30 de diciembre de 1961, sobre la equiparación de los salarios masculinos y femeninos; que por consiguiente interesa aproximar las disposiciones nacionales en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribución.” Es decir, se reconoce que se han hecho esfuerzos y se ha intentado romper con la desigualdad, pero las medidas no han sido lo suficientemente eficientes. Es por ello que se hace necesario dictar esta directiva que introduce una serie de artículos sobre la materia.

En primer lugar, se estipula que la clasificación profesional de los trabajadores se debe realizar bajo criterios comunes para hombres y mujeres, esto es, no es posible categorizar a las mujeres en una determinada lista independiente de la categoría de los hombres, sino que debe realizarse en forma conjunta de modo tal que excluya las discriminaciones por razones de sexo.

Se establece la obligación para los Estados miembros de introducir en sus ordenamientos jurídicos internos las vías jurisdiccionales para que todo trabajador que se sienta vulnerado por la no aplicación del principio de igualdad de retribución pueda hacer valer sus derechos.

Además, se estipula que los Estados miembros deben eliminar de sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas todo precepto que sea contrario al principio de igualdad de retribución.

2.2. Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo:

Esta directiva fue adoptada con fecha 23 de Septiembre de 2002, y en relación a la igualdad entre hombres y mujeres, establece como puntos de partida los siguientes:

- I. La igualdad de trato entre hombres y mujeres es un principio fundamental, con arreglo al artículo 2 y al apartado 2 del artículo 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dichas disposiciones del Tratado proclaman la igualdad entre mujeres y hombres como una "misión" y un "objetivo" de la Comunidad e imponen la obligación positiva de "promover" dicha igualdad en todas sus actividades.
- II. La Directiva 76/207/CEE del Consejo no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado,

el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa e indirecta. Resulta, pues, apropiado incluir definiciones en línea con dichas Directivas en lo que al sexo se refiere.

- III. Los Estados miembros podrán, de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales. Dada la situación actual, y teniendo en cuenta la Declaración 28 del Tratado de Amsterdam, los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a mejorar la situación de la mujer en la vida laboral.
- IV. La prohibición de la discriminación debe entenderse sin perjuicio del mantenimiento o la adopción de medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas del mismo sexo. Tales medidas permiten la existencia de organizaciones de personas del mismo sexo cuando su objetivo principal sea promover las necesidades especiales de tales personas y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres.
- V. El principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres ya está firmemente establecido en el artículo 141 del Tratado y en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, y lo confirma reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; dicho principio constituye un elemento esencial e

indispensable del acervo comunitario relativo a la discriminación por razón de sexo.

- VI. Los Estados miembros deben fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales y, en el marco de las prácticas nacionales, con las organizaciones no gubernamentales, para estudiar las distintas formas de discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo y combatirlas.

Se logra advertir que esta nueva directiva reafirma la idea de que el principio de igualdad entre hombres y mujeres es un fin y una misión de la Unión Europea, por lo tanto, se deben realizar todos los esfuerzos posibles para alcanzar dicha finalidad. En este orden de cosas, se insiste en la necesidad de que los Estados miembros eliminen de sus ordenamientos jurídicos internos todas aquellos preceptos que no se encuentren en consonancia con el principio de igualdad. Como aspecto novedoso, es posible señalar la obligación de los Estados miembros de fomentar el diálogo social con diversas organizaciones e interlocutores sociales y se señala expresamente que los Estados podrán impulsar políticas que propendan a compensar la discriminación sufrida por la mujer, es decir, se acepta como medio válido la discriminación positiva o políticas de acción positivas para la mujer.

Dentro del articulado de la presente directiva se establecen los conceptos de discriminación positiva y negativa. Ello debido a que en las directivas anteriores se hacía referencia a dichas discriminaciones, pero en ninguna parte se señalaba en qué consistían. Aspecto de gran importancia debido a la diversidad y cantidad de países que se han unido a la Comunidad Europea, haciéndose necesario el establecimiento de estos conceptos, para que todos los estados realmente tengan las misma concepción y se unifiquen los criterios jurídicos.

De esta forma en el artículo 2 se señala: “A efectos de la presente directiva se entenderá

- Discriminación directa: La situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo.
- Discriminación Indirecta: La situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.
- Acoso: La situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.
- Acoso Sexual: La situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”,

2.3. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)

Esta directiva fue adoptada con fecha 5 de Julio de 2006 y posee como virtud el ser la unificadora de siete directivas dictadas anteriormente sobre el tema, incluyendo las directivas de 1975 y la del 2002 analizadas precedentemente, estableciéndose que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 15 de agosto de 2008 o garantizarán que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido las disposiciones requeridas mediante acuerdos. En caso de que resulte necesario para tener en cuenta dificultades específicas, los Estados

miembros podrán disponer de un año adicional, como máximo, para cumplir la presente Directiva.

Se vuelven a mencionar los conceptos de discriminación directa, discriminación indirecta y acoso sexual. Introduciéndose los nuevos conceptos de:

- **Retribución:** el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especies, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.
- **Regímenes profesionales de seguridad social:** los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa.
- **Se especifica que para efectos de esta directiva se entenderá por discriminación los siguientes tres aspectos.**
 - I. El acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo.
 - II. La orden de discriminar a personas por razón de su sexo.
 - III. El trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la directiva 92/85/CEE.

Otro de los aspectos interesantes de destacar es la obligación establecida en su artículo 18 para los Estados miembros de introducir “en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio

sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”.

En resumen se puede señalar que las directivas del Consejo de la Unión Europea poseen los siguientes objetivos:

- 1) Reducir las desigualdades en cuanto a empleo y protección social, incluidas las diferencias de retribución entre mujeres y hombres, con el fin de alcanzar los objetivos de la estrategia Europa 2020, especialmente en tres ámbitos de gran relevancia para la igualdad de género, a saber, el empleo, la educación y el fomento de la inclusión social, en particular mediante la reducción de la pobreza, contribuyendo así al potencial de crecimiento de la población activa europea;
- 2) Promover un mejor equilibrio entre vida laboral y vida privada para mujeres y hombres a lo largo de toda su vida, con el fin de impulsar la igualdad de género, aumentar la participación de la mujer en el mercado laboral y contribuir a superar los desafíos demográficos; y
- 3) Combatir todas las formas de violencia contra la mujer, con objeto de garantizar que ésta disfrute plenamente de sus derechos humanos, y lograr la igualdad de género con vistas a un crecimiento integrador.

3. El Pacto Europeo por la Igualdad de Hombres y Mujeres (2011 – 2020)

El 7 de Febrero de 2011, bajo la presidencia Húngara se reunió el Consejo de la Unión Europea sobre Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores (EPSSCO), este pacto reúne a los distintos representantes de los países en materia de empleo y

ocupación, teniendo como objetivo la adaptación y mejora del Pacto Europeo para la Estrategia de Igualdad entre las mujeres y los hombres de la Comisión (2010-2015).

Este Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), comienza señalando que “EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA reconoce que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un valor fundamental de la Unión Europea y que las políticas de igualdad de género son vitales para el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad. Cinco años después de la adopción del primer Pacto Europeo por la Igualdad de Género, es necesario un nuevo impulso, especialmente con el fin de reafirmar y apoyar la estrecha relación entre la Estrategia de la Comisión Europea para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015) y la denominada «Europa 2020: estrategia de la Unión Europea para el empleo y un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». EL CONSEJO reafirma, por tanto, su compromiso de cumplir las ambiciones de la UE en materia de igualdad de género que figuran en el Tratado.”

Es decir, este pacto comienza con el reconocimiento del principio de igualdad entre hombres y mujeres, como derecho fundamental, es decir connatural a la persona humana por el solo hecho de ser tal e inherente a su dignidad. Para luego de ello establecer que las políticas de igualdad de género son de vital importancia para el crecimiento económico de la comunidad, ya que, de ésta forma es posible propender al crecimiento de la población laboralmente activa.

Lo interesante de éste pacto es que no se queda en una declaración de buenas intenciones, sino que se especifica que el Consejo insta a que se actúe a escala por los Estados miembros de la Unión aplicando las siguientes medidas para suprimir las desigualdades de género y combatir la segregación por sexo en el mercado laboral:

- a) Promover el empleo de la mujer en todos los tramos de edad y reducir las desigualdades en materia de empleo, por medios como la lucha contra toda forma de discriminación;
- b) Eliminar los estereotipos de género y fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los niveles de la educación y la formación, así como en la

vida laboral, con el fin de reducir la segregación por sexos en el mercado laboral;

- c) Garantizar una misma retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor;
- d) Promover la potenciación del papel de la mujer en la vida política y económica e impulsar el espíritu emprendedor de las mujeres;
- e) Animar a los interlocutores sociales y a las empresas a que pongan en marcha y apliquen efectivamente iniciativas en favor de la igualdad de género y a que promuevan planes en ese terreno en los lugares de trabajo; y
- f) Fomentar la igualdad de la participación de mujeres y hombres en el proceso decisorio a todos los niveles y en todos los ámbitos, con el fin de aprovechar plenamente todas las capacidades.

Además, este pacto consiente que es la corresponsabilidad familiar uno de los caminos para superar las desigualdades entre hombres y mujeres estableció las siguientes medidas para promover un mayor equilibrio entre la vida laboral y la vida privada de hombres y mujeres:

- a) Mejorar la prestación de servicios de guardería adecuados, asequibles y de elevada calidad para niños en edad preescolar, con miras a lograr los objetivos establecidos en el Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002 , teniendo en cuenta la demanda de servicios de guardería y en consonancia con la pautas nacionales de asistencia a los niños;
- b) mejorar la prestación de servicios e infraestructuras de asistencia a otras personas dependientes y
- c) promover modalidades de trabajo flexibles y diversas formas de permisos para mujeres y hombres.

Estas medidas son altamente necesarias, ya que, “Los roles asignados socialmente a los sexos están profundamente arraigados en las personas, y mientras los hombres no quieren perder sus cotos de poder en lo público, parecería que las

mujeres no quieren perder el suyo en lo privado. Todos y todas cuidan su coto de poder, y para las mujeres también está siendo difícil abandonar el matriarcado con el que se habían desenvuelto en sus sociedades”¹⁸⁹

Finalmente, en uno de sus últimos párrafos, el Consejo vuelve a reafirmar su compromiso por reforzar la gobernanza a través de la incorporación de la perspectiva de género en todos los ámbitos de actuación y se anima a todos los Estados miembros a impulsar la elaboración de estadísticas e indicadores existentes desglosados por sexo y a aprovechar plenamente las capacidades del Instituto Europeo de la Igualdad de Género. También se insta a que los Estados miembros, al elaborar y aplicar sus programas de reforma, lo hagan siempre incorporando la perspectiva de género y promuevan políticas de igualdad entre los sexos, especialmente en lo que respecta a orientaciones relativas al empleo.

4. Evolución Jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El objetivo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es controlar la legalidad de las actuaciones de las instituciones de la Unión Europea y velar por el cumplimiento de los Tratados por parte de los Estados miembros, para de esta forma garantizar una uniforme aplicación del derecho comunitario. Físicamente la sede de este Tribunal se encuentra en Luxemburgo. Dicho Tribunal ha ido evolucionando paulatinamente en la interpretación de los postulados a favor del principio básico del ordenamiento comunitario de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. En adelante analizaremos diversas sentencias en donde es posible apreciar la evolución de este Tribunal.

- a) La sentencia Defrenne II de 8 de abril de 1976 (asunto 43/75): El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en este caso declaró que el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres constituye un derecho fundamental de toda persona y como tal, sus excepciones deben ser interpretadas de

¹⁸⁹ARROYO, Alejandra y Correa, Eugenia. Políticas de equidad de género: Unión Europea. Op.Cit.

manera restrictiva. A raíz de este caso el Tribunal reconoció el efecto directo del principio de la igualdad de retribución para hombres y mujeres, y declaró que el principio es aplicable no solo a la actuación de las autoridades públicas, sino también a todos los convenios de carácter colectivo para regular el trabajo por cuenta ajena.

En 1975 se invocó con gran éxito el principio de igualdad de retribución para defender a Gabrielle Defrenne, quien era una azafata de las líneas aéreas nacionales belgas. Es posible señalar que los derechos derivados de este caso constituyen un patrimonio inalienable para las mujeres de la Unión Europea, ya en 1975. El caso llevó a la adopción de las primeras directivas europeas sobre igualdad entre los sexos, que fueron estudiadas en detalle precedentemente.

- b) La sentencia Bilka de 13 de mayo de 1986 (asunto 170/84): En éste caso el Tribunal considero que una medida que excluya a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituye una discriminación indirecta y es, por tanto, contraria al artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Se señaló que si la discriminación indirecta afecta a un numero mucho más elevado de mujeres que de hombres, se da por sentado que obedece a una discriminación en razón de sexo, a menos que pueda demostrarse que la exclusión se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.
- c) La sentencia Barber de 17 de mayo de 1990 (asunto 262/88): el Tribunal decidió que todas las formas de pensiones profesionales constituyen una retribución a los efectos del artículo 119, por lo que les es aplicable el principio de la igualdad de trato. El Tribunal declaró que los trabajadores de sexo masculino deben disfrutar sus derechos en materia de pensiones de jubilación o de supervivencia a la misma edad que sus colegas de sexo femenino.
- d) La sentencia Kalanke de 1995: En este caso la sentencia del Tribunal de Luxemburgo “resolvió que la existencia de normas de los Estados Miembros que establecieran medidas de discriminación positiva de modo que en el caso de candidatos de distinto sexo igualmente capacitados que concurrieran a una

promoción laboral se concediera automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en aquellos sectores en los que las mujeres están infrarepresentadas, era incompatible con el artículo 3 y 2.1 de la Directiva 76/2007.¹⁹⁰ Ello en atención a que el artículo 3 de la citada directiva disponía: “La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a las empresas o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.” “La decisión del Tribunal se produjo como resultado de la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Federal Alemán del Trabajo ante las dudas que le suscitaba la Ley del Lander de Bremen que exigía optar por una mujer cuando varios candidatos de distinto sexo concurrieran con la misma capacitación a un puesto de trabajo en la administración pública en sectores donde las mujeres tuvieran, en las distintas categorías laborales, una representación menor del cincuenta por ciento.”¹⁹¹ Finalmente el Tribunal de Justicia Europeo determinó que la medida establecida por la Ley de Bremen, no se encontraba amparada por el concepto de discriminación positiva, sino que al ser una excepción al principio de igualdad de trato debía interpretarse de manera restrictiva.

Esta sentencia del Tribunal de Justicia, constituye un claro ejemplo de las barreras con las que se encuentra la normativa pro-género. Se puede apreciar que los cambios legislativos son rápidos, pero lamentablemente los cambios de mentalidad son más lentos y paulatinos. Felizmente, esta sentencia no sentó precedentes negativos en ésta materia. Todo lo contrario, la resolución del Tribunal en éste caso, propició una reforma del artículo 2.4 de la Directiva 76/2007, para que de ahora en adelante se contemplara de manera expresa la posibilidad de medidas de discriminación positiva en materia laboral. Es así, como el primitivo texto del artículo en comento preceptuaba: “no obstará a las

¹⁹⁰ CANALES, Patricia. Igualdad de trato en el ámbito laboral en los tratados internacionales y en la legislación de España y Francia. Op.Cit.

¹⁹¹ CANALES, Patricia. Igualdad de trato en el ámbito laboral en los tratados internacionales y en la legislación de España y Francia. Ibídem.

medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres. Y, a raíz de la modificación legal quedó de la siguiente forma: “Las medidas proyectadas por esta disposición incluyen las acciones que favorecen la contratación o promoción de un sexo en los casos que éste esté sobrerrepresentado, a condición de que el empresario siempre tenga la posibilidad de considerar las circunstancias particulares de un caso dado.”

- e) La sentencia Marschall de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95): En éste caso el Tribunal de Justicia Europeo, tuvo la posibilidad del cambiar el criterio señalado en caso Kalanke y declaró que la legislación comunitaria no se opone a una norma nacional que obligue a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de actividad en los que las mujeres sean menos numerosas que los hombres, siempre que la ventaja no sea automática y que se garantice a los candidatos masculinos un examen de su candidatura sin ser excluidos a priori.

“El Tribunal entendió que la normativa sobre discriminación positiva en la administración pública de otro Land alemán, el de Nordrhein Westfalen, no contradecía el derecho comunitario. La norma en cuestión era muy similar a la del Land de Bremen, con la salvedad de que la preferencia de la mujer en caso de varios candidatos de distinto sexo para un puesto en que la mujer estuviera subrepresentada se condicionaba a que no concurrieran en la persona del candidato varón motivos que inclinaran la balanza a su favor. Basándose en esta cláusula el Tribunal admitió de nuevo las medidas de discriminación positiva, que deben considerarse a partir desde entonces acordes al derecho comunitario siempre que dejen abierta la posibilidad de excepcionar, cuando así se aconseje, la preferencia de la mujer”.¹⁹²

¹⁹² CANALES, Patricia. Igualdad de trato en el ámbito laboral en los tratados internacionales y en la legislación de España y Francia. Ob. Cit.

Del análisis efectuados a las últimas dos sentencias estudiadas, esto es: Sentencia Kalanke de 1995 y Sentencia Marschall de 1997, se logra advertir que “la cuestión de las acciones positivas ha constituido el punto más conocido del debate existente en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres, en concreto respecto de si el Derecho Comunitario permite que se rompa el principio de igualdad de trato cuando, para alcanzar la igualdad real, se otorguen determinadas ventajas con la intención de conseguir una representación más equilibrada entre hombres y mujeres en relación con la promoción profesional. La polémica se centró en el *Affaire Kalanke* y en el *Affaire Marschall*, por la distinta apreciación que sobre el caso concreto efectuó el Tribunal de Justicia aunque, de hecho, los criterios de interpretación general que el Tribunal había utilizado eran los mismos en ambos casos.”¹⁹³ A pesar de ésta dualidad de interpretaciones podemos señalar que “en definitiva, se trata de una jurisprudencia variopinta pero progresista en su conjunto. Su calificación como variopinta se comprueba fácilmente a tenor del gran “surtido” de diferentes y variados aspectos que han sido tratados por el Tribunal dentro del epígrafe general de la política social de conciliación y maternidad. Progresista porque, por regla general, ha sido una jurisprudencia que ha ido evolucionando en la dirección de ir facilitando cada vez más la conciliación y la maternidad a través de interpretaciones generosas del Derecho Comunitario. Con ello, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se muestra como motor, y motor principal, de la lucha por la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito comunitario y, en consecuencia, en la modificación del mercado laboral de los Estados miembros. El Tribunal ha contribuido de manera importante a ir recortando el margen que

¹⁹³ FREIXES, Teresa. La igualdad entre hombres y mujeres: El Tratado de Amsterdam y los acuerdos internacionales. Op. Cit.

existe entre sexos en materia de salarios y tasas de empleo, y un empleo, además, de calidad”.¹⁹⁴

“La igualdad entre hombres y mujeres como principio fundamental de la democracia en la Comunidad Europea es un asunto que compete a la cohesión social. Es también el modo de alcanzar el crecimiento y el empleo. Así, se ha dado al interior de la Comunidad Europea la lucha contra las desigualdades, que se ha concentrado en dos frentes: medidas legislativas para todos los países desde el Tratado de Roma que consagró la igualdad de remuneración para las mujeres y los hombres y en donde se concretaron una serie de directivas para el cumplimiento de este principio fundamental de los derechos humanos; e iniciativas para promover la igualdad de oportunidades, que han avanzado a lo largo de los procesos de integración económica y social al interior de las comunidades y que se han plasmado hasta tiempos recientes en la Constitución Europea.”¹⁹⁵ A su vez, los países miembros de la Comunidad Europea han integrado el *mainstreaming* o transversalidad a sus legislaciones propias, han implementado medidas y desarrollado acciones a favor de la igualdad de género.

En el siguiente título pasaremos a analizar la legislación y las políticas que ha impulsado uno de los países miembros de la Unión Europea, con el afán de verificar si este ha seguido o no con los lineamientos establecidos a nivel supranacional por la Comunidad Europea.

5. Principio de Igualdad en España

“La igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre ambos constituyen un objetivo de carácter transversal que debe integrarse en todas las

¹⁹⁴ SANZ, Susana. De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. [en línea] <<http://www.revista-eea.net/documentos/27315.pdf>> [consulta: 15 noviembre 2012]

¹⁹⁵ ARROYO, Alejandra y Correa, Eugenia. Políticas de equidad de género: Unión Europea. Op.Cit.

políticas y acciones de la Unión y de sus Estados Miembros, entre los cuales lógicamente se incluye a España”.¹⁹⁶

El artículo 14 de la Constitución Española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo al preceptuar: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Es decir, dicho artículo consagra la igualdad ante la ley de los españoles e introduce específicamente la proscripción de la discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 del mismo texto constitucional consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas. Como es posible advertir a través de éste último artículo se pretende hacer real y efectiva la igualdad ante la ley establecida en el artículo 14.

En materia de derecho laboral la Constitución Española no se queda atrás y en el Artículo 35.1 preceptúa: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Además, la Constitución Española establece el principio de igualdad en el acceso a la administración, aspecto que es muy importante y novedoso en relación con nuestra Constitución, que no consagra normas de este estilo. Los principios rectores se establecen en los dos siguientes artículos: Por un lado, se consagra el Principio de Igualdad en el artículo 23.2 que dispone “los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”. Este principio se manifiesta en la no consideración de circunstancias como la raza, religión, sexo, clase social o posición económica para acceder la Función Pública. Y, por otro lado, nos encontramos con el Principio del Mérito y Capacidad en el artículo 103 de la

¹⁹⁶ RODRIGUEZ, Mercedes. Los Derechos Constitucionales de los empleados públicos. Política de Igualdad de género. Ley Orgánica 3/2007. Temario general de la ESTT. España, 2011. 6p.

Constitución Española que preceptúa que la regulación del acceso a la función pública se hará de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Los principios de mérito y capacidad son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad en el acceso a la función pública y así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que el principio de igualdad se rompe cuando se tienen en cuenta otros valores en el acceso a la función pública como pueden ser las situaciones de desempleo, las cargas familiares, sexo u otros similares.¹⁹⁷

Junto con la consagración Constitucional de la igualdad, la legislación española no se ha quedado atrás y le ha dado un enfoque a nivel transversal, esto es, en todas las políticas y acciones desarrolladas a nivel estatal se hacen sobre una base de considerar las desigualdades entre hombres y mujeres y desde esa perspectiva, recién hacer las regulaciones legales y estatales necesarias para romper con las diferenciaciones en razón de sexo. En éste orden de cosas, y con el objetivo de cumplir con las directivas dictadas por el Consejo de la Unión Europea, es que España dicta la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la que en adelante analizaremos en detalle.

5.1. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para La Igualdad Efectiva De Mujeres Y Hombres

La Ley Orgánica 3/2007 de fecha 22 de Marzo de 2007 denominada “Para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres”, constituyó un gran avance en materia de igualdad de género, ya que, hasta la fecha, sólo se encontraba en el Marco Jurídico Español un reconocimiento formal del principio de igualdad. Dicho reconocimiento formal resultó completamente ineficiente para la superación de la discriminación, ya que persistían muchas dificultades para que las mujeres lograran acceder al mercado de trabajo en condiciones de igualdad, se seguía perpetuando la segregación ocupacional, la que como consecuencia trae aparejada la discriminación salarial, persisten las dificultades para promocionar a las mujeres

¹⁹⁷ RODRIGUEZ, Mercedes. Los Derechos Constitucionales de los empleados públicos. Política de Igualdad de género. Ley Orgánica 3/2007. Temario general de la ESTT. España, 2011. 6p.

a puestos de responsabilidad, existe mayor desempleo femenino, las dificultades para conciliar vida laboral y vida privada, la violencia de género, incluido el acoso sexual y por razón de sexo, daban luces que la igualdad plena y efectiva de la mujer era una tarea pendiente que requería de nuevos instrumentos jurídicos. Se hacía necesario introducir un marco legislativo que pudiera hacer efectivo el mandato constitucional por la igualdad, para superar todas aquellas discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo.

Entre los motivos que señala la propia ley como fundamentos para haber sido dictada se mencionan:

- Se reconoce que el principio de igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.
- Además, se estima a la igualdad como un principio fundamental en la Unión Europea., que viene desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, en donde la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.
- Se parte de la base que el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de

responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

- Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva del ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo.
- En el preámbulo de la ley se señala que la mayor novedad de ella radica, con todo, en la prevención de conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, señal de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del texto. La Ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales. Y lo hace al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y las españolas en el ejercicio de los derechos.

5.2. Objeto de la Ley:

El objeto de la Ley se establece en su primer artículo, el que parte de la base de que hombres y mujeres somos iguales en dignidad, derechos y deberes, para luego señalar como objetivo el derecho de igualdad y de trato entre hombres y mujeres. De esta forma el artículo expresamente señala: “1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana e iguales en derechos y deberes. Esta ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.” Es decir, esta ley parte de la base de la necesidad de evitar que la desigualdad entre hombres y mujeres se perpetúe y de tratar de hacer efectivo el principio de igualdad establecido en la Constitución Española de 1978.

En otras palabras se puede decir que “el objetivo perseguido por la Ley de Igualdad es combatir todas las manifestaciones de discriminación por razón de género, remover los obstáculos que impiden alcanzarla y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, proyectando el principio de igualdad sobre distintos ámbitos de la realidad social, cultural y artística, más allá del empleo y del trabajo; aspecto éste de la igualdad que más desarrollo normativo y jurisprudencial ha tenido hasta el momento.”¹⁹⁸ “La Ley de Igualdad pretende incidir en todos los ámbitos y a todos los niveles, abordando de forma transversal el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las esferas de la vida, política, social y **económica en todos los niveles, comprometiendo a sindicatos, empresas, y administraciones públicas, y haciéndoles partícipes del objetivo de prevenir, eliminar y subsanar toda forma de discriminación. Esta Ley establece una serie de mandatos en los cuales la negociación**

¹⁹⁸ UGT. La Ley de la Igualdad y La Negociación Colectiva. [en línea] <<http://www.ugt.es/Mujer/leyigualdadnegcolUGT.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2012]

colectiva tiene un importante protagonismo, lo que supone un reto para las personas encargadas de la negociación.”¹⁹⁹

Esta Ley proclama en su artículo 3º como principio básico al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, estableciendo que éste supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

En cuanto a “la eficacia de la Ley de Igualdad no se limita a las materias que directamente regula, sino que se extiende a la generalidad de las relaciones, y para ello se consagra esta exigencia de igualdad de trato como principio inspirador del Ordenamiento jurídico. Ello significa que, cuando se proceda a buscar el significado y alcance de un precepto para extraer la solución que el Derecho da al problema que se quiere tratar, este proceso ha de estar inspirado por el principio de igualdad de trato al que estamos haciendo referencia, lo que significa que entre todas las posibilidades que da la norma, hay que elegir la que más se identifique con el reiterado principio.”²⁰⁰ Así lo establece el Artículo 4 que señala: “La La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

Dicho principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, será aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, y se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y

¹⁹⁹ UGT. La Ley de la Igualdad y La Negociación Colectiva. Op. Cit.

²⁰⁰ CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. Comentarios a la ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. [en línea] <<http://www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/publicaciones/Actualidad19.pdf>> [consulta: 24 noviembre 2012]

empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

5.3. Conceptos Básicos establecidos por la Ley:

Al igual que las directivas de la Unión Europea y con la finalidad de uniformar los criterios esta Ley define los conceptos básicos de:

- **Discriminación directa:** Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. Además, se deja expresamente establecido que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.
- **Discriminación Indirecta:** Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

5.4. Acciones positivas como instrumentos jurídicos para la igualdad de trato:

Merece ser destacado que, con la finalidad de alcanzar la real y efectiva igualdad entre hombres y mujeres, la Ley estipula que podrán adoptarse acciones positivas por los poderes públicos, las personas físicas y las personas privadas.

Dichas acciones positivas se adoptarán a favor de las mujeres con la finalidad de corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual a favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional.

Las medidas de acción positiva también se pueden establecer a través de la negociación colectiva. Así lo establece el artículo 43 de la Ley denominada Promoción de la Igualdad en la Negociación Colectiva, que nos señala: “De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

5.5. Políticas Públicas para la Igualdad:

En cuanto a las acciones positivas susceptibles de ser adoptadas por los poderes públicos, se debe señalar que el artículo 14 de ésta Ley establece los criterios generales de actuación de los poderes públicos, mencionándose los siguientes:

El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.

La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que

abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico.

- 1) La colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades.
- 2) La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones.
- 3) La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo.
- 4) La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva.
- 5) La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.
- 6) El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.
- 7) El fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas.
- 8) El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares.
- 9) La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas.
- 10) Todos los puntos considerados en este artículo se promoverán e integrarán de igual manera en la política española de cooperación internacional para el desarrollo.

El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan.

El Gobierno, en las materias que sean de la competencia del Estado, aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo.

La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas cooperarán para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias y, en especial, en sus actuaciones de planificación. En el seno de la Conferencia Sectorial de la Mujer podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación con esta finalidad.

5.6. Igualdad en el trabajo y en las responsabilidades familiares:

“La dedicación preferente de las mujeres a los cuidados y atención de los familiares y dependientes ha supuesto, sin duda, un obstáculo muy importante para su incorporación y promoción en el trabajo, en lo que ha influido también el pensamiento durante mucho tiempo dominante de que tal era el destino de las mujeres, a lo que hay que añadir, como consecuencia de lo anterior, una formación escasa que debilitaba su posición para poder encontrar empleo. Una situación que aún no se ha superado en su totalidad, de ahí que todavía las mujeres tengan una mayor presencia en las actividades laborales de menor cualificación y peor

remuneradas; son los empleos feminizados. Pero cuando éstas, por su preparación, han podido acceder a una prestación laboral ha jugado en su contra el peso de la familia y, más en concreto, de la maternidad, que se ve todavía por muchas empresas como una carga que no están dispuestas a soportar, a pesar de los incentivos que se han ido diseñando a fin de paliar su posición”.²⁰¹

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, establecido en el artículo 5º de la Ley será aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, y como se señaló anteriormente se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. Este principio posee el siguiente límite establecido en el segundo inciso del mismo artículo que nos señala: “No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.” Así las cosas, el principio de igualdad de trato obliga a no distinguir por motivos de género, a menos, que éste constituya un requisito esencial y determinante.

Luego, el artículo 45 de la Ley impone la obligación para las empresas de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y con esa finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y

²⁰¹ CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. Comentarios a la ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Ob. Cit.

en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

A su vez, los artículos 73 y 74 establecen las medidas que pueden adoptar las empresas para introducir el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al interior de las empresas. El artículo 73 nos señala: “Las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social. La realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores y las trabajadoras, las organizaciones de consumidores y consumidoras y usuarios y usuarias, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los Organismos de Igualdad. Se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones que no se concierten con los mismos. A las decisiones empresariales y acuerdos colectivos relativos a medidas laborales les será de aplicación la normativa laboral.” Y, el Artículo 74 posibilita a las empresas dar publicidad a las acciones en materia de igualdad al preceptuar: “Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad. El Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, estarán legitimados para ejercer la acción de cesación cuando consideren que pudiera haberse incurrido en supuestos de publicidad engañosa.”

En cuanto a la corresponsabilidad familiar se logra advertir que “la filosofía que anima a las disposiciones de la Ley es la de posibilitar el acceso de las mujeres a la actividad laboral y al empleo público mediante la aplicación del principio de igualdad de trato, al mismo tiempo que tiende a implicar a los varones en las responsabilidades familiares, con la idea explícita de que la atención y el cuidado de la familia deje de ser un asunto femenino para ser asumido por el conjunto de la sociedad. Si bien es consciente que la situación de partida en la que se encuentran

las mujeres es de clara desventaja, por lo que junto esta exigencia general se prevén medidas específicas dirigidas a aquellas a fin de remover los obstáculos que dificultan el ejercicio pleno de su derecho al trabajo.²⁰²

El principio rector en esta materia se establece en el artículo 44 de la ley titulado “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”. Este artículo nos señala:

- 1) Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.
- 2) El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.
- 3) Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

En relación con la Administración del Estado, la Ley no se queda atrás y en el artículo 14 que señala los criterios generales de actuación de los poderes públicos se estipula en su apartado 8 que: “El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia”.

5.7. Planes de igualdad para las empresas:

Estos planes se establecen en el artículo 46 de la Ley, el que nos entrega el concepto de ellos, definiéndolos como un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en

²⁰²CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. Comentarios a la ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Ob. Cit.

la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

Estos planes deberán elaborarse según lo estipula el inciso segundo del artículo 46 que preceptúa “Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”.

En cuanto a su contenido se establece que: Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

5.8. Distintivo empresarial en materia de igualdad:

Con el objetivo de fomentar las buenas prácticas en materia de igualdad, la Ley creó un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios. Este distintivo será otorgado por el ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados.

Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su

obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas.

Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo

Como se puede apreciar este distintivo es una novedosa herramienta estatal para incentivar voluntariamente las buenas prácticas laborales al interior de las empresas, estableciéndose no solo la posibilidad de ser utilizado comercialmente por las empresas en su tráfico, sino que también tendrán la posibilidad de utilizarlo a nivel publicitario. Dicha acreditación o distintivo, podría ser asimilado a la normativa legal y reglamentaria en Chile relativa a la acreditación de los contratos de adhesión de productos financieros al Sello Sernac.

5.9. Tutela Judicial de la Igualdad.

“Ninguna ley puede ser eficaz si no contempla las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la forma en que puede reclamarse la tutela judicial de los Derechos que establece. En este aspecto, la Ley de igualdad incorpora unas previsiones generales e introduce una serie de reformas en los mecanismos procesales de tutela judiciales ya existentes”²⁰³ en la legislación española.

²⁰³OLIVARES, CARMEN. Guía básica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [en línea] <<http://www.ccoo.us.es/uploads/descargas/igualdad/publicaciones/guia%20basica%20para%20I>

- **Garantía de indemnidad frente a las represalias:** Dicha garantía se estipula en el artículo 9 de la Ley que nos señala: “También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.” Por lo tanto, se establece un mecanismo para que las mujeres afectadas por un trato discriminatorio en razón de sexo, se atrevan a efectuar las denuncias, pues todas aquellas maniobras destinadas a impedir su reclamo serán consideradas también como discriminación.
- **Tutela Judicial Efectiva:** esta se establece en el artículo 12 de la Ley, el que preceptúa:
 - 1) Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.
 - 2) La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos.
 - 3) La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

5.10. Consecuencias Jurídicas del Incumplimiento de la Ley:

En relación a las consecuencias jurídicas de la discriminación, se debe señalar que éstas se establecen en el artículo 10 de la Ley, que preceptúa: “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a

a%20igualdad%20efectiva%20de%20mujeres%20y%20hombres%20-%20ccoo.pdf> [consulta: 25 noviembre 2012]

través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.”

Como se puede apreciar en primer lugar se establece una sanción de ineficacia que “se aplica a todos los contratos que se celebren para la adquisición de bienes y servicios, y también a los de prestación de una actividad remunerada, con independencia de la naturaleza que tengan, es decir, que sean laborales, de prestación de servicios o para la realización de una obra determinada. La exigencia de igualdad de trato se exige en todos los actos que se lleven a cabo en estas relaciones, incluido el despido en las relaciones laborales que se haga con infracción de la exigencia constitucional de igualdad de mujeres y hombres”.²⁰⁴

- 1) Se establece la generación de responsabilidades, a través, de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido.

Dichas responsabilidades se estipulan más concretamente en el artículo 72 de la misma Ley que establece que tendrán derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos, sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que sufra una conducta discriminatoria en el acceso a bienes y servicios. Además, en el ámbito de los contratos de seguro o de servicios financieros afines el incumplimiento de la prohibición de considerar el sexo para el cálculo de las primas de seguros, otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato.

- 2) Un sistema eficaz y disuasivo de sanciones para las personas que realicen conductas discriminatorias. “El concepto de sanción en este caso hay que

²⁰⁴ CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. Comentarios a la ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Ob.Cit.

referirlo a la privación de un derecho del titular, que ha cometido la infracción que puede ser una multa o la pérdida de otro bien o facultad.”²⁰⁵

“Este artículo prevé la cláusula general del sistema de protección contra la violación del derecho a la igualdad de trato y, en este sentido, incorpora al Derecho Español las Directivas Comunitarias sobre la materia. No obstante, la regulación de la Ley de Igualdad va más allá que la normativa europea al añadir previsiones adicionales ya que la responsabilidad de esas conductas discriminatorias se extenderá tanto a la reparación del perjuicio sufrido (sistema de indemnizaciones) como a las sanciones que se establezcan (exigiéndose legalmente que éstas sean eficaces y disuasorias para prevenir que vuelvan a repetirse). De esta formulación general, derivan algunas de las reformas operadas por la Ley en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.”²⁰⁶

La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres "es una Ley que tiene carácter general, en la medida en que incide sobre todo el ordenamiento jurídico, imponiendo el principio de igualdad efectiva a las diferentes ramas del Derecho en aquellos aspectos en los que está involucrado el género. Y así contiene administrativa o procesal, y además en sus Disposiciones Adicionales se modifican un importante número de leyes para adaptarla a la nueva filosofía de la Ley de Igualdad. Podemos decir que tiene un efecto expansivo sobre todo el Ordenamiento jurídico, al que parece que se le ha dado un corte transversal para que la igualdad efectiva llegue a todos sus rincones.”²⁰⁷
Como logramos advertir a través de su análisis detallado, constituye una ley muy

²⁰⁵ CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. Comentarios a la ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. *Ibidem*.

²⁰⁶ OLIVARES, CARMEN. Guía básica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [en línea]
<<http://www.ccoo.us.es/uploads/descargas/igualdad/publicaciones/guia%20basica%20para%20la%20igualdad%20efectiva%20de%20mujeres%20y%20hombres%20-%20ccoo.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2012]

²⁰⁷ CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. Comentarios a la ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. *Ob. Cit.*

completa, que parte de la proclamación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres como principio rector, para luego introducir los conceptos básicos en esta materia con el objetivo de unificar los criterios establecidos en las directivas de la Unión Europea, para ello se define discriminación directa, indirecta entre otros.

Esta ley aborda el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres desde la perspectiva de la transversalidad, esto es, abarcando todas las esferas de la vida, a saber: educación, política, salud, empleo, acceso a bienes y servicios, acceso de las mujeres a cargos de toma de decisión, eliminación de los estereotipos sexistas, etc.

Establece todo un marco legal para la adopción de medidas de acción positiva que vengán en definitiva a establecer condiciones más favorables para las mujeres. En este mismo orden, a nivel de empresas privadas se establecen los planes de igualdad que deberán elaborar las empresas, los podrán ser discutidos a nivel de negociación colectiva. Y en el orden de la administración pública se establecen criterios para la actuación de las administraciones públicas.

Reconocemos que esta ley es un salto cualitativo en materia de igualdad entre hombres y mujeres, por lo que, y al ser una Ley relativamente nueva, requiere que tanto los actores sociales públicos y privados cambien la mentalidad y luego de ello, su conducta, para que de ésta forma se genere la tan anhelada igualdad perseguida con la dictación de esta Ley.

CONCLUSIONES

Durante las últimas décadas, el aumento de la participación laboral femenina dejó al descubierto una lamentable realidad internacional, constituida por la enorme desigualdad de oportunidades laborales y de remuneraciones que sufren las mujeres sólo por su condición de tal.

Las discriminaciones de género se manifiestan en el mercado laboral, principalmente, a través de la baja tasa de participación femenina, por la enorme desigualdad salarial entre hombres y mujeres, por la segregación laboral tanto en el espacio de reproducción como producción, la falta de representación femenina en los cargos de dirección y la falta de corresponsabilidad familiar.

Debido a ello la comunidad internacional, consciente de esta desigualdad, ha dictado diversas normativas con el objetivo de aminorar y, en un futuro, terminar con la discriminación de género, específicamente con las desigualdades que enfrentan las mujeres para acceder al mercado laboral y mantenerse en el bajo condiciones equitativas.

Por todos estos factores es que la Organización Internacional de Trabajo ha dictado numerosos convenios con el objetivo de contribuir a superar las situaciones discriminatorias que viven las mujeres en su inserción y permanencia en el mundo del trabajo asalariado. La OIT ha promulgado el Convenio N° 100 que postula la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, el Convenio N° 111 que combate la discriminación en el empleo y ocupación y el Convenio N° 156 que establece consideraciones especiales para aquellos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares. Además la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó una normativa específica para superar la discriminación hacia las mujeres denominada Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Todos estos tratados internacionales han sido ratificados por nuestro país, y, con la finalidad de cumplir con los compromisos internacionales adquiridos, y dar un

reconocimiento expreso a este derecho, que carecía de garantías efectivas, se promulgo la Ley 20.348 que reguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo, incorporando diversas modificaciones al Código del Trabajo y al Estatuto Administrativo.

Sin embargo, el inciso primero del artículo 62 bis del Código del Trabajo señala que “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que **presten un mismo trabajo**, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.”. Este inciso establece una igualdad formal salarial entre hombres y mujeres, principalmente centrada en la igualdad de remuneraciones por un mismo trabajo y no por un trabajo de igual valor, motivo por el cual no subsana la problemática de discriminación salarial existente hoy en día entre hombres y mujeres.

Es por ello que nuestra legislación se aleja del espíritu de Los convenios internacionales existentes en la materia, que fueron objeto de estudio en esta memoria, pues no se siguen los principios internacionalmente aceptados sobre igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. En efecto, la Ley en comento no cumple lo preceptuado por Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ya que no respeta lo estipulado en el artículo 11 letra d) de la Convención, que busca asegurar el derecho a la igualdad de remuneración y a la igualdad de trato por un **trabajo de igual valor**.

Este principio ya había sido recogido por la Organización Internacional del Trabajo en el año 1951, por Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneraciones que su artículo 1° letra b), regula la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Para luego, en el artículo siguiente establecer la obligación de todo miembro de adaptar su legislación nacional a los principios de este convenio, para garantizar a todos los trabajadores la igualdad de remuneración.

No obstante a los mandatos establecidos por convenios internacionales suscritos por Chile, durante la tramitación de la Ley 20.348 en el Congreso Nacional, el nudo crítico de la discusión parlamentaria fue la precisión del concepto de “trabajo de igual valor”, debido a que se consideró como un concepto subjetivo relativo a la productividad del trabajador, el cual sería difícil de establecer para las pequeñas y medianas empresas, por lo cual se optó por transitar desde este concepto -más moderno, pero complejo-, hacia una noción más básica, objetiva y más simple de determinar como es el principio de igual remuneraciones por un mismo trabajo.

Este cambio de concepto condicionó y limitó la protección de la igualdad de remuneraciones sólo a aquellos trabajadores que realizan un mismo trabajo, lo que dificulta la aplicación efectiva de la Ley, ya que generalmente hombres y mujeres desarrollan labores distintas por su propia condición de género, lo que en definitiva limita las comparaciones.

No obstante ambos conceptos son completamente diversos, ya que se entiende por “trabajo de igual valor” aquellos trabajos que en apariencia son diferentes, pero que tienen el mismo valor si se aplican los mismos criterios exigidos a los requisitos del trabajo tales como conocimientos, cualificaciones, esfuerzos, responsabilidad, condiciones entorno laboral etc. En cambio, se entiende por “mismo trabajo” aquel trabajo idéntico o fundamentalmente el mismo, en razón del tipo de actividad, los procesos, el entorno laboral y los materiales de trabajo.

Por consiguiente, el criterio para determinar la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres no puede ser la identidad formal de las tareas como lo establece la Ley, sino la igualdad de valor del trabajo, la que se debe determinar a través de procedimientos objetivos que establezcan el valor y los requisitos correspondientes a los diferentes puestos de trabajo sobre la base de criterios comunes, lo que contribuirá al establecer un sistema más transparente y eficaz de fijación de salarios.

Además, no es suficiente constatar que los trabajadores realizan tareas desiguales, es preciso comprobar que dicha desigualdad no enmascara la

infravaloración de trabajos de igual valor; esto es, que no se basa en el mayor valor atribuido al trabajo realizado por hombres que al trabajo realizado por mujeres.²⁰⁸

Con respecto a la implementación de los convenios N° 100, 111, 156 de la OIT, así como a la CEDAW en nuestro país, consideramos que no se ha producido una adecuación a los principios instaurados por estos instrumentos por cuanto las modificaciones legislativas que se han realizado en nuestro país perpetúan la problemática de género existente, particularmente, en el área laboral como son la desigualdad en la participación económica y oportunidades de la mujer, la brecha salarial y la falta de corresponsabilidad familiar. En efecto, la legislación que se ha desarrollado en materia laboral ha reforzado las diferencias de género al dejar al margen el propósito de proteger por igual a los trabajadores con cargas familiares y ha perpetuado los estereotipos culturales existentes referidos a la “mujer cuidadora y el hombre proveedor”.

Cabe recalcar que en el año 2006 el Comité de la CEDAW, en sus comentarios finales²⁰⁹ sobre implementación del referido instrumento en nuestro país, concluye que, si bien reconoce el esfuerzo que ha realizado Chile para modificar su legislación desde 1999, llama la atención sobre la lentitud de las reformas legales pertinentes en materia de igualdad y no discriminación a las mujeres. El Comité recalca su preocupación por la importante brecha salarial entre hombres y mujeres, solicitando a nuestro país que desarrolle un estudio de la participación de las mujeres en el mercado laboral y solicita, además, que se envíe un informe de la situación de la mujer en el mercado del trabajo formal e informal.

²⁰⁸ ELOSEGUI, María. Igual salario por trabajo igual valor. en línea]. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3mC_FQutd3UJ:dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14615/1/PD_54-1_07.pdf+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=cl> [consulta: 23 de septiembre de 2012].

²⁰⁹ CEDAW. Concluding comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Chile. [en línea]. <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CEDAW.C.CHI.CO.4.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CEDAW.C.CHI.CO.4.En?Opendocument)> [consulta: 22 de octubre de 2012].

En los Informes Periódicos quinto y sexto, que comprenden los avances realizados en el periodo que va entre los años 2006 y 2010, Chile indicó que el rol del Servicio Nacional de la Mujer ha sido una institución clave en la incorporación de políticas de género en las políticas públicas impulsadas²¹⁰, e indicó una serie de programas desarrollados para erradicar la discriminación contra las mujeres, armonizando así con el Convenio y garantizando la igualdad entre hombres y mujeres:

- Plan de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (PIO), creado en 1994 desarrollado por SERNAM;
- Consejo de Ministros para la Igualdad de Oportunidades (CMIO), que supervisa al PIO y al Sistema de Equidad de Género, a cargo de SERNAM.
- Programa de Buenas Prácticas Laborales con Equidad de Género (BPL), que busca mejorar la participación y la posición de las mujeres en el mercado de trabajo, desarrollado por SERNAM.
- Programa de Mejoramiento de la Gestión (PMG), que busca mejorar oportunidades de mujeres y hombres para acceder y beneficiarse de igual forma de las políticas públicas.

En el mismo informe, en el punto F, número 85, se indica que en materia laboral “La participación de la mujer en el mercado laboral ha aumentado en los últimos años - y particularmente en los últimos meses -, sin embargo, aún sigue siendo menor que la de los hombres. (...) Según las cifras presentadas por la Encuesta CASEN del año 2009, en los hombres esta tasa corresponde a un 70,8%, superior al 42,3% de las mujeres. Sin embargo, las últimas cifras entregadas por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), para el trimestre julio-septiembre de 2010, esta tasa aumentó a un 45,7%, frente a un 72,6%, en hombres. Mejor aún, el último boletín del INE, de septiembre-noviembre de 2010, muestra un nuevo aumento al 46,2% en la tasa de participación femenina, frente al 72,3% de la tasa masculina.”

²¹⁰ ONU. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 18 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Chile. [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/417/15/PDF/G1141715.pdf?Open+Element>> [consulta: 22 de octubre de 2012].

En cuanto a los programas para subsanar esta desigualdad, se indica una serie de programas impulsados por el gobierno, en los puntos 91 y siguientes de dicho informe, entre los que destacan:

- Programa Mejorando la Empleabilidad y las Condiciones Laborales de las Trabajadoras Jefas de Hogar, desarrollado por el SERNAM;
- Modelo Iguala (SERNAM), que busca contribuir en la constitución de una nueva cultura de trabajo, que reconozca la igualdad entre hombres y mujeres;
- Código de Buenas Prácticas Laborales sobre No Discriminación para la Administración Central del Estado en el Sector Público, que busca promover la equidad de género en la administración pública.

En el punto 94 del Informe mencionado, se establece que al promulgarse la Ley Nº 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, se busca incorporar el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres en nuestra legislación y se recalca, en el punto 95, que: “el 16 de agosto de 2010, el SERNAM lanzó una campaña comunicacional para lograr que las familias debatan el tema y el hombre se haga responsable, junto a la mujer, de todas las tareas que implica la vida en común. El slogan es "Hagamos un nuevo trato de corresponsabilidad para crecer juntos en un país mejor".”

Más recientemente, el 6º Informe presentado por Chile con fecha 25 de mayo de 2012 al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas²¹¹, establece en el punto 3 número 20, referente a la Igualdad de género, que “Chile, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, ha continuado con el trabajo de transversalización de género en todas las áreas del Estado. Durante el año 2011 se consolidó la necesidad y la importancia de abordar, a través de las políticas públicas, las inequidades y brechas

²¹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Sexto informe periódico de los Estados partes-Chile. [en línea]. <<http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/458/83/PDF/G1245883.pdf?OpenElement>> [consulta: 22 de octubre de 2012].

de género. (...) Diversos cambios legales han apuntado a mejorar las condiciones de trabajo e ingreso de las mujeres al mundo laboral. Así (...) la ley 20.545 de 17 de octubre de 2011, que extiende el postnatal parental inicial de 12 semanas, en 12 semanas adicionales, alcanzando 24 semanas íntegras (seis meses). (...) La reforma instauró un postnatal moderno y flexible, que asegura el mejor cuidado de los hijos e hijas durante sus primeros meses de vida, fomenta la corresponsabilidad entre los progenitores, reconociéndole su libertad para decidir la mejor forma de utilizarlo y erradica el estereotipo de una crianza radicada exclusivamente en las madres.

Consideramos que las medidas señaladas en los Informes comentados no han sido suficientes para cambiar la realidad nacional en materia laboral, que perpetúa la discriminación salarial contra las mujeres, en particular, consideramos que las campañas comunicacionales realizadas por el SERNAM en esta materia son deficientes, pues deben ir acompañadas, por una parte, de una legislación robusta que reconozca una real igualdad entre hombres y mujeres y, por otro lado, con el propósito de alcanzar la igualdad de género en los términos planteados por la agenda de Trabajo Decente de la OIT.

En este sentido, y para ilustrar nuestro punto, es necesario recalcar que el Comité de la CEDAW ha concluido en su Informe de observaciones de fecha 16 de octubre de 2012, que existe una coordinación insuficiente entre el SERNAM y el Parlamento y la sociedad civil, recalcando que Chile debe mejorar la coordinación entre el Congreso nacional y la sociedad civil para incluir, particularmente, la protección a mujeres desaventajadas por medio de políticas públicas y programas en línea con la reciente Ley Antidiscriminación.²¹²

En el mismo documento, el Comité se ha referido a la realidad laboral de las mujeres en Chile y, si bien reconoce que ha habido un avance en materia de capacitación de mujeres en áreas comúnmente dominadas por hombres, expresa su

²¹²ONU. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women:Chile. [en línea]. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW%20C%20CHL%20CO%205-6.pdf>>.[consulta: 22 de octubre de 2012].

preocupación por la baja participación de la mujer en el mercado laboral, por la persistente brecha entre la remuneración de hombres y mujeres y hace especial referencia a la falla de la incorporación del principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor en la Ley N° 20.348, indicando que incumple con los parámetros establecidos por la OIT²¹³.

El Comité realiza las siguientes recomendaciones:

1. Enmendar la legislación para incluir el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, con el fin de eliminar la brecha remuneracional entre hombres y mujeres conforme a lo establecido por el Convenio N° 100 de la OIT;
2. Establecer mecanismos efectivos para el cumplimiento de la Ley N° 20.348;
3. Aumentar los esfuerzos para desarrollar medidas y programas que busquen mejorar la situación de las mujeres en el mercado laboral, incluyendo la integración de las mujeres trabajadoras migrantes e indígenas.

Chile debe presentar su próximo Informe en octubre del 2016, es de esperar que para entonces se haya generado una mayor - y más profunda- discusión sobre esta materia en el Congreso Nacional. También esperamos que la legislación nacional se adecúe a los principios establecidos en los instrumentos internacionales que se comentan en la presente memoria para asegurar, de esta forma, a todas las mujeres la igualdad garantizada por nuestra Carta Fundamental.

El Programa de Trabajo Decente de la OIT busca promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Para ello, dicho organismo desarrolló un programa de promoción del Trabajo Decente que fue

²¹³ ONU. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Chile. Op. cit.

confeccionado en conjunto con las principales autoridades locales y en forma tripartita (esto es, incluyendo a representantes de los empleadores, a los trabajadores y al Gobierno) para mayores y mejores niveles de diálogo social, mejorar las oportunidades de empleo, modernizar la institucionalidad laboral y la protección social, tomando en consideración la transversalización de elementos de género²¹⁴.

En Chile, el programa de Trabajo Decente fue impulsado por la OIT en conjunto con la Central Unitaria de Trabajadores, el Gobierno de Chile, la Confederación de la Producción y el Comercio, con el fin de: “Transversalizar el tema de género en las políticas de empleo, las políticas de conciliación de trabajo y familia y equidad de remuneraciones.”²¹⁵ Por medio de este programa, se pretende: “formular recomendaciones de política para contribuir a aumentar la participación laboral y las tasas de ocupación de las mujeres y mejorar la calidad de sus empleos (...); formular recomendaciones de políticas de conciliación para trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, para una efectiva implementación. (...); formular recomendaciones de políticas de promoción de equidad de remuneraciones y avanzar en su implementación efectiva. (...)”.

Consideramos que estas metas fueron alcanzadas sólo parcialmente, pues vemos que, al día de hoy, aún subsisten los problemas esenciales relacionados con la discriminación de género en el ámbito laboral, que se refleja en una discriminación salarial en perjuicio de las mujeres y en su difícil incorporación al mercado laboral nacional.

Es por ello que creemos que las medidas que ha adoptado nuestro país son insuficientes y radican, fundamentalmente, en la falta de una plena incorporación en nuestro ordenamiento de la igualdad de género considerado como elemento esencial

²¹⁴ Decent Work Country Programmes: Chile, 2007, OIT, disponible en: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/program/dwcp/download/chile.pdf>, visitado el 23 octubre 2012, p.4

²¹⁵ OIT. Decent Work Country Programmes: Chile, 2007. [en línea]. <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/program/dwcp/download/chile.pdf>>, [consulta: 22 de octubre de 2012].

de los objetivos estratégicos establecidos por la OIT en la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa. En efecto, la igualdad de género ha sido reconocida como uno de los Objetivos del Milenio fijados por los 189 países miembros de las Naciones Unidas y se ha dicho que “sólo en la medida que se contemplen las necesidades y realidades diferenciales de hombres y mujeres, será posible avanzar en la disminución de las situaciones de desigualdad alarmantes que presenta la región, lo que además se plantea como condición sine qua non para que las políticas puedan ser eficaces. La autonomía de las mujeres será declamatoria en tanto no se establezcan políticas efectivas, infraestructura y esferas de cuidado que involucren no sólo a los hombres en condiciones de igualdad de responsabilidades, sino que también al Estado y a las empresas privadas.”²¹⁶

Es por lo anteriormente expuesto, que consideramos que para que Chile alcance el crecimiento equitativo, y en el marco del programa de Trabajo Decente de la OIT, es esencial que se enmiende la legislación para eliminar las diferencias de género que existen hoy, particularmente, la brecha existente en materia remuneracional.

Analizando de una manera más profunda la Ley 20.348, creemos que es ineficaz respecto a la prevención de la desigualdad salarial, ya que no establece mecanismos que promuevan la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, sino que sólo es aplicable cuando la discriminación se ha producido durante la relación laboral, por lo tanto es una Ley Correctiva y no una Ley Preventiva, como lo establece los tratados internacionales.

La Ley en comento, tuvo entre sus fundamentos establecer dispositivos jurídicos eficientes para corregir la discriminación de remuneraciones entre hombres y mujeres, no obstante, debido a su escasa propagación y el desconocimiento de la Ley por parte de los actores laborales, su aplicación en la práctica ha sido sumamente escasa, lo que nos lleva a inferir que la Ley más que establecer un mecanismo eficaz sancionador de

²¹⁶ “Trabajo y Familia: Hacia Nuevas Formas de Conciliación con Corresponsabilidad Social”, OIT, PNUD, 2009, P. 33, 34, ISBN 978-92-2-322385-4, disponible en: http://www.pnud.cl/areas/GobernabilidadDemocratica/2010/Informe%20trabajo%20y%20familia/informecompleto_esp.pdf, visitado 23 de octubre 2012.

las inequidades salariales, no es más que una declaración de principios y de buenas intenciones.

Una de las principales dificultades con la que se enfrenta la trabajadora afectada para hacer valer el principio de igualdad de remuneraciones es que el reclamo debe interponerlo directamente ante su empleador, de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento interno por éste, lo que ocasiona que la trabajadora deba actuar en una primera instancia, de forma individual y en una posición de subordinación al empleador.

Este procedimiento, desalienta a las trabajadoras de ejercer sus derechos durante la vigencia de la relación laboral, por miedo de ser catalogada como una empleada conflictiva, lo que podría afectar futuros ascensos y capacitaciones, o por las posibles represalias que el empleador podría tomar contra ella, como un posterior despido o *mobbing laboral*.

Por lo tanto, es muy difícil que una trabajadora tome la decisión de reclamar la desigualdad salarial, sobre todo si este reclamo debe hacerse de forma personal y ante el mismo empleador, en vez de hacerlo ante la Dirección del Trabajo como una denuncia anónima o por la organización sindical a la que se encuentre afiliada.

En efecto, las estadísticas de la Dirección del Trabajo indican que generalmente las denuncias son formuladas después de terminado el vínculo laboral, tras un despido, luego del retiro voluntario de la trabajadora o una vez cumplido el plazo de duración del contrato, lo que hace que no sea aplicable la Ley 20.348, que regula igualdad de remuneraciones durante la vigencia de la relación laboral.

Otra dificultad que deben soslayar las trabajadoras, es el hecho que éstas deben tener conocimiento de las remuneraciones de sus pares hombres que realizan el mismo trabajo. Pero generalmente las remuneraciones son consideradas dentro del ámbito privado de las personas, lo que entorpece la aplicación de la Ley 20.348, ya

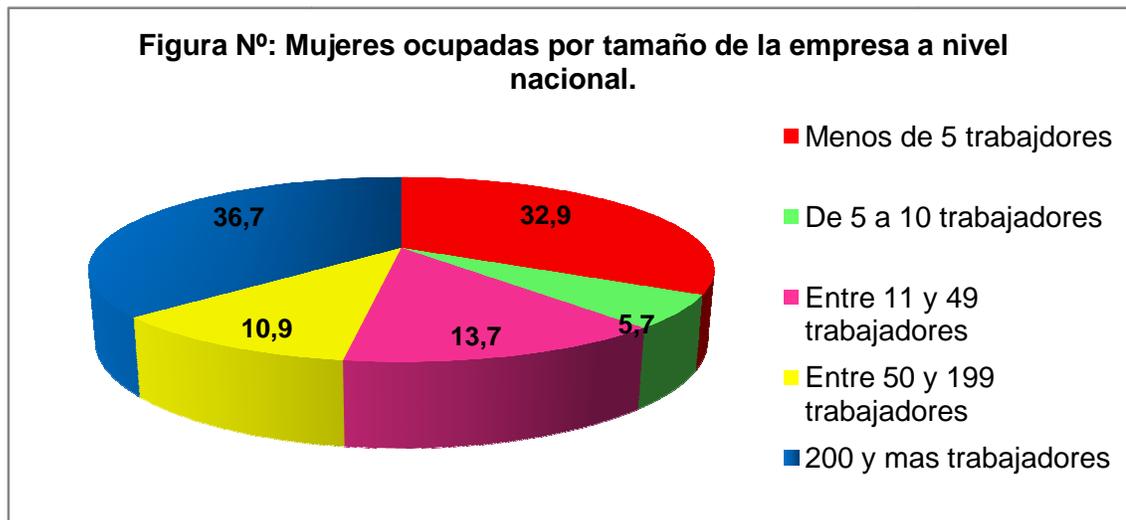
que el empleador debe mantener en reserva toda la información y datos privados del trabajador que tenga acceso en ocasión de la relación laboral.²¹⁷

Por lo menos en el sector privado, donde no rige la ley de transparencia, la única forma que las trabajadoras tomen conocimiento de las remuneraciones de sus pares hombres, es a través de la consulta personal a sus colegas o a la empresa, lo que puede ser catalogado de mal gusto y de conflictivo, lo que inhibe a las trabajadoras a ejercer este derecho. Además, generalmente las empresas tienden a mantener en reserva esta información, por temor a que la competencia ofrezca un mejor sueldo al trabajador o para no producir conflictos internos por la falta de equidad salarial. Por consiguiente la ley 20.348 está restringida a aquellas situaciones en que la trabajadora conoce la remuneración de todos quienes prestan el mismo servicio, lo que dificulta su real aplicación.

Sin embargo, como rasgo positivo de la Ley es posible destacar el registro de cargos o funciones, el que constituye una de las principales herramientas que tienen los trabajadores para conocer la estructura de los cargos al interior de la empresa, las funciones que cada uno realiza y sus competencias técnicas esenciales, lo que permite establecer parámetros objetivos de comparación entre los diversos puestos de trabajo.

Pero este registro sólo es obligatorio para aquellas empresas que tengan más de doscientos trabajadores, lo que en la práctica se traduce en la exclusión de un 63,2% de las mujeres que se desempeñan en empresas de menor número de trabajadores. En Chile, tan sólo 36,7% de las mujeres actualmente trabaja en las grandes empresas que están obligadas por Ley a llevar este registro. Es decir, la mayor parte de la población femenina laboralmente activa se desempeña en pequeñas y medianas empresas que no se encuentran obligadas a mantener el registro de cargos y funciones, siendo estas en donde en mayor cantidad y periodicidad se vulnera el principio de igualdad entre la mano de obra femenina y masculina.

²¹⁷ Artículo 154 bis del Código del Trabajo.



Otra crítica que podemos hacer a la Ley, es la escasa participación que se le entregan a las organizaciones sindicales, ya que la trabajadora debe presentar previamente un reclamo formal ante su propio empleador, en cuya instancia los sindicatos no pueden representar a sus afiliados, debido que este primer procedimiento es exclusivo y excluyente de la trabajadora afectada, lo que inhibe cualquier participación y colaboración del sindicato.

Por otra parte, la Ley 20.348 no otorga los mecanismos necesarios a las organizaciones sindicales para que estas establezcan medidas de acción positiva que tenga por objeto la prevención y promoción de la igualdad de trato y de remuneraciones al interior de la empresa.

Inclusive actualmente, nuestra legislación laboral en el artículo 306 del Código del Trabajo, establece que “Son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo”. De esta forma expresamente la ley reduce el ámbito temático de la negociación colectiva a sólo dos conceptos, a saber: la determinación de remuneraciones y las condiciones de trabajo.

Por lo cual no queda claro si las medidas para promover la igualdad de género, se encuentran incluidas dentro de las materias que por ley pueden ser objeto de

negociación colectiva, lo que ha provocado un debate a nivel doctrinario respecto a exigibilidad de estas cláusulas dentro de los convenios colectivos.

En cambio, a nivel internacional existe un concepto más amplio de las materias susceptibles de negociación colectiva. Ejemplo de ello, lo encontramos en el Convenio N° 154 de la OIT que define en su artículo 2 la negociación colectiva como “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

A nivel de legislación comparada, la negociación colectiva es un eficiente instrumento para promover la igualdad de género, por ejemplo la Ley Española N° 3/2.007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, señala en su artículo 43 que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva que favorezcan el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

Por consiguiente, sería conveniente una revisión a nuestra normativa interna, con el objeto de regular de manera expresa el principio de igualdad de trato y no discriminación como una materia que obligatoriamente debiera ser motivo de negociación colectiva. Ello teniendo en cuenta que la negociación colectiva puede convertirse en una efectiva arma para que los actores del mundo del trabajo obtengan amplia representación, puedan ser escuchados y participen de procesos de diálogo social.

Otra dificultad en la aplicación de la Ley se produce por la amplitud de los conceptos que excluyen la arbitrariedad en la discriminación, ya que el artículo 62 bis del Código del Trabajo señala que no se considerarán arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

En la práctica, por un lado es muy fácil para el empleador sustraerse del mandato de igualdad alegando que las diferencias salariales se encuentran basadas en algunos de los cinco tópicos mencionados en la Ley. Y por el otro, es muy difícil para la trabajadora determinar si el trabajo realizado por ella es idéntico al de su compañero, lo que se traduce en una falta de motivación para interponer el reclamo ante su empleador, debido a la inseguridad que tendrá si efectivamente está violando su derecho o no.

Debido a estos factores, la Ley 20.348 no ha tenido la aplicación esperada, existiendo un desconocimiento en lo relativo a los derechos tutelados por esta norma y a la aplicación efectiva de ella, esto se demuestra con el bajo número de denuncias interpuestas, a pesar de que la Ley entrara en vigencia hace más de tres años, teniendo como resultado de ello el mantenimiento de la brecha salarial entre hombres y mujeres y, por consiguiente, la perpetuación de la discriminación de género en el mercado laboral.

En relación a la legislación comparada en ésta materia, se puede señalar que se aprecian los esfuerzos de la Unión Europea y sus Estados miembros por superar la discriminación en el empleo y la ocupación por motivos de sexo. Se logra advertir que esta ha sido y sigue siendo una constante preocupación de modo tal que la igualdad de trato entre hombres y mujeres se erigió como principio fundamental de la Unión Europea, señalándose como premisa básica desde la firma del Tratado de Roma en marzo de 1957 durante la constitución de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, hasta la creación del nutrido acervo comunitario que existe en la actualidad, que ha orientado las políticas y las legislaciones internas de los países miembros, tal como es el caso de España, que

para adaptarse a las directivas dictadas por la Unión Europea en materia laboral, dictó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Se sabe que alcanzar el objetivo de la igualdad no es una tarea sencilla, ya que, no basta con introducir la normativa que proscriba toda forma de discriminación hacia las mujeres, sino que es necesario todo un cambio de mentalidad, tanto de los hombres, como de las mujeres, pues son estas últimas las que muchas veces avalan las conductas discriminatorias hacia su persona y perpetúan al interior del seno de sus familias el papel tradicional que siempre les había sido asignado.

Tal como logramos apreciar en esta memoria, en la Unión Europea y luego en sus Estados miembros, específicamente en España, que fue objeto de análisis, se dieron cambios a nivel supranacional, con la introducción del principio a nivel de tratados y luego con la dictación de directivas sobre la materia y a nivel de los Estados Miembros, estos fueron poco a poco dictando las leyes necesarias para dar eficacia jurídica y vinculante a los principios supranacionalmente estipulados. A pesar de todo esto se puede decir, que los cambios en la legislación de la Unión Europea y la legislación Interna de los Estados miembros, se generó con relativa rapidez, pero lamentablemente los cambios a nivel cultural son mucho más lentos, debido a que los roles de las mujeres y de los hombres se encuentran profundamente enraizados, cada cual, no quiere perder su margen de acción, al interior de los hogares y en la esfera de lo público respectivamente.

Reconociendo que aún persisten las desigualdades salariales entre hombres y mujeres en la Unión Europea, no podemos desconocer que la legislación y las políticas que han adoptado surtirán más temprano que tarde su efecto deseado, debido a que dichas políticas han sido diseñadas transversalmente, lo que significa que la perspectiva de género ha sido tomada en cuenta para el conjunto de acciones y políticas comunitarias y de los Estados Miembros. Estas políticas vienen a cambiar el paradigma de hombre proveedor y mujer reproductora, pero como el cambio de mentalidad es lento y paulatino, han sido diseñadas a largo plazo.

Esperamos que algún día nuestro país enfrente el problema de la discriminación en razón de sexo en el ámbito laboral de una manera más seria y programada y elabore políticas que permitan erradicar en el futuro la discriminación hacia las mujeres, por de pronto, es de esperar que por lo menos se haga una revisión y posterior modificación legal a nuestra actual ley 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, por cuanto, dicha Ley como se señaló precedentemente constituye tan sólo una declaración de principios y no establece verdaderamente derechos garantizados.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMO Laís, VALENZUELA, María Elena. Inserción laboral y brechas de equidad de género en América Latina, En: ABRAMO, Laís {Eds}. Trabajo decente y equidad de género en América Latina. Santiago, Chile, Organización Internacional del Trabajo, 2006. Disponible en: <http://www.oitchile.cl/pdf/igu026.pdf>.

ACUÑA, Hernán y ZUÑIGA, Álvaro. Igualdad de Oportunidades y Desigualdad de Ingresos en Chile: El Caso de los Pueblos Indígenas y de las Personas con discapacidad. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/08/iguald.oport-desiguald.ingr .pdf>

AGRUPACIÓN DE GENEROS LITERARIOS. ¿Qué es el patriarcado?. Disponible en <http://www.aglchile.wordpress.com/que-es-patriarcado>

AGUILAR, CAVALLO, Gonzalo y ROJAS, CONTRERAS Cristian. El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile, Revista Ius et Praxis, 13 (1): 205 - 243, 2007. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100008&script=sci_arttext.

ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo, Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días, Revista Aranzadi Social, 22: 4, 2004. Disponible en: <http://www.alemanyabogadosasociados.com/pdfs1/1.%20EVOLUCION%20DEL%20TRABAJO%20DE%20LA%20MUJER.pdf>

ARROYO, Alejandra y Correa, Eugenia. Políticas de equidad de género: Unión Europea. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/grupos/qiron/13arro.pdf>

AVENDAÑO, Cecilia. Conciliación trabajo-familia y mujeres: reflexiones en una perspectiva psicosocial. En su: Flexibilidad laboral y subjetividades: Hacia una comprensión psicosocial del empleo contemporáneo. 1ª ed. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2008. pp. 221-234. Disponible en: <http://books.google.cl/books?id=dRde54yXlcAC&pg=PA221&lpg=PA221&dq=AVENDAÑO%20Cecilia.+Conciliaci%C3%B3n+trabajo->

familia+y+mujeres:+reflexiones+en+una+perspectiva+psicosocial&source=bl&ots=Hb0Ntg_IKu&sig=hA2jvIzY2JcPHum-Mq4vvvV2lp0&hl=es&sa=X&ei=RrCyUM-oL4r90gHAq4HAAw&ved=0CDUQ6AEwAQ#v=onepage&q=AVENDA%C3%91O%2C%20Cecilia.%20Conciliaci%C3%B3n%20trabajo-familia%20y%20mujeres%3A%20reflexiones%20en%20una%20perspectiva%20psicosocial&f=false

AVILÉS, Víctor. Apuntes de clases: números 16 al 19 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D123A0313/2/material_docente/objeto/218261

BARRÈRE UNZUETA, María. Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres. Septiembre, 2009. Disponible en: <http://www.fifc-ifwlc.net/documentos/Derecho%20Fundamental%20Igualdad%20-%20M.A.%20Barr%C3%A8re.pdf>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.348 resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20348/HL20348.pdf>

BINSTOCK, Hanna. Hacia la Igualdad de la Mujer: Avances legales desde la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Chile, Santiago, Naciones Unidas, Agosto 1998. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/4342/lcl1126e.pdf>

BRUNET, I. ALARCON, A. Mercado de trabajo y familia. Revista de investigaciones políticas y sociológicas. 4 (2). 2005. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=38040208>

BUSTOS, Rodrigo. Derechos Sociales y Constitución: Algunas Reflexiones sobre el Modelo Chileno. En su: Derechos Fundamentales. Santiago, Chile, 2012.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Conciliación de trabajo y vida familiar: un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno. Revista de derecho de Valdivia, 16: 59-82, 2004. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000100003&script=sci_arttext.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Revista de Derecho de la facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Austral de Chile. 14: 9, 2003. Disponible en: <http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/articulos-profesor/derecho-a-la-no-discriminacion-durante-relacion-laboral>

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Mujer y Trabajo: Origen y ocaso del modelo de padre proveedor y madre cuidadora. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 23: 20-28, 2010. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100005&script=sci_arttext

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Mujer, trabajo y derecho. 1ª ed. Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

CANALES, Patricia. Igualdad de trato en el ámbito laboral en los tratados internacionales y en la legislación de España y Francia. Santiago, Chile. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, 2005. Disponible en: http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro317.pdf

CARVAJAL GODOY, Gabriela. Derecho a la igualdad en las remuneraciones. Manual de consultas laborales y previsionales. 294:15-28, noviembre, 2009.

CASTRO, José Francisco. Discriminación en las relaciones laborales. Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo. (146): 10, marzo, 2001. Disponible en: http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf

CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES. Comentarios a la ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. 2007. Disponible en: <http://www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/publicaciones/Actualidad19.pdf>

CENTRO DE INFORMACIÓN NACIONES UNIDAS. Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/ccism.htm>

CHICHA, Marie-Thérèse. Promoción de la Igualdad Salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos: Guía detallada. OIT, 2008. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_101326.pdf

CLAVERIE Y CIA. ABOGADOS. Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Disponible en <http://www.claverieycia.cl/Igualdad%20de%20Remuneraciones%20entre%20Mujeres%20y%20Hombres.pdf>

CONFERENCIA Internacional Del Trabajo. (96º, 2007, Ginebra). La Igualdad en el Trabajo: Afrontar los Retos que se Plantean. Suiza. OIT, 2007. Disponible en: http://wcm3q3.ilo.org/wcm3q3/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf

CONFERENCIA Regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. (8ª, Lima, Perú, 2000). Equidad de género en el mundo del Trabajo en América Latina. Lima, Perú, Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02\[art-3\].pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02[art-3].pdf)

CONICYT. Revelan los Avances y retrocesos de género 2011. Disponible en <http://www.conicyt.cl/573/article-40723.html>.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Dictamen N° 14.046. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=394408000F46141184257853004AB167>

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Dictamen N° 14.292. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=3A63818E8909AE6B842576EB00674DED>

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Dictamen N° 8612. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=8AE5ED8ACF553FD2842576DA00697A53>

DIRECCION DEL TRABAJO. Acerca de la Dirección del Trabajo. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-propertyname-2299.html>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Circular N° 9 del 03 de Febrero de 2011. Boletín oficial. (266): 142-161 .Marzo 2011.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 1019/012 del 05 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97649.html>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 2210/035 del 05 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97649.html>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 3030/045 del 12 julio d 2010. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-98157.html>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen Ord N° 3257/89 del 12 de julio de 2010. Disponible N° <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86217.html>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 3257/89 del 29 de julio de 2005. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86217.html>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD N° 3519/034 del 09 de agosto de 2012. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101010.html>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N°1187/018 del 10 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97655.html>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Orden de Servicio N° 9. Disponible en: www.dt.gob.cl/transparencia/Orden_Servicio_09_31-12-08.doc

ENGLAND, Paula. Desigualdad de género en los mercados de trabajo: El papel de la maternidad y la segregación, Oxford Journals, (12): 264-288, 2005.

FIGUEROA, Rodolfo. Igualdad y Discriminación. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/ihualdad-y-no-discrim.pdf>

FREIXES, Teresa. La igualdad entre hombres y mujeres: El Tratado de Amsterdam y los acuerdos internacionales. Disponible en: http://www.celem.org/prog_europeos/demo_paritaria2000/pdfs/capitulo04.pdf

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Fundamentos de Derecho Laboral. 3° ed. Chile, Editorial Legal Publishing, Chile, 2011.

GONZÁLEZ, Nuria. Un nuevo tratado para la Unión Europea: El Tratado de Amsterdam. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/94/el/el8.pdf>

HENRIQUEZ RIQUELME, Helia, RIQUELME GIAGNONI Verónica; El derecho a ganar lo mismo Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. Dirección del Trabajo. marzo, 2011. Disponible en http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-99443_recurso_1.pdf

HUMERES, Héctor. Derecho Individual del Trabajo y de la Seguridad Social. 18° ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2009. (Tomo I).

INSTITUTO INTERNACIONAL POR LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL. Electoral Quotas for Women Website. Disponible en: <http://www.idea.int/gender/quotas.cfm>

JORDÁN, Tomás. Los derechos sociales como categoría jurídica de orden constitucional. En su: Derechos Fundamentales. Santiago, Chile, 2012. Disponible en: <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/02.263-274.Jordan.pdf>

LIZAMA PORTAL, Luis. El Derecho del Trabajo Chileno durante el Siglo XX. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2, (4), 2011.

MEDINA ESPINO, Adriana; La participación política de las mujeres; de las cuotas de género a la paridad. México. Centro de estudio para el adelanto de las mujeres y equidad de género, febrero, 2010. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/documentos/Comite_CEAMEG/Libro_Part_Pol.pdf

MELLIS, Christian. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Legal Publishing, 2009, Santiago, Chile.

MONTT BALMACEDA, Manuel. Principios de Derecho Internacional del Trabajo: La OIT. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. 2006. Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf>

NOGUEIRA, Humberto. La Concepción de Constitución, el Bloque de Constitucionalidad de Derechos Fundamentales y el Control de Convencionalidad en la Práctica Jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Chile. En su: Derechos Fundamentales. Santiago, Chile, 2012. pp. 219–260

OIT. Convenios fundamentales y prioritarios en materia de igualdad. Perú. 2005.

OIT. Desarrollo Humano en Chile: Género: los desafíos de la igualdad 2010, Chile, 2010. Disponible en: http://www.pnud.cl/idh/PNUD_LIBRO.pdf.

OIT. Igualdad de género y trabajo decente. Ginebra, Suiza, 2005. Disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/gender/docs/RES/500/F765069013/WEB%20Promoting%20Gender%20ESP.pdf>

OIT. La Hora de La Igualdad en el Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión 2003. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf

OIT. La igualdad de género en el trabajo en las normas internacionales. Disponible en: http://www.csj.gob.sv/genero/images/PDF/29_01/Igualdad%20de%20Genero%20en%20el%20Trabajo.pdf

OIT. Programa de promoción de género, Guía para los sindicatos. Oficina Internacional del Trabajo. Agosto 2001.

OIT. Promoción de la Igualdad de Género. Guía para los Sindicatos. Ginebra, Suiza, 2001.

OIT. Promoviendo la Igualdad de Género, Convenios de la OIT y los Derechos Laborales. Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2006. Disponible en: http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/promoviendo_igualdad_genero%5Bosrstgo%5D.pdf

OIT. Publicación 101ª reunión CIT (2012). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2700287

OIT. Romper el techo de cristal, las mujeres en puestos de dirección. Francia. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2004. Disponible en: <http://temp.oitcinterfor.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinter/techo04.htm>

OIT. Trabajo y Familia: Hacia Nuevas Formas de Conciliación con Corresponsabilidad Social. Ginebra. 2009. Disponible en: http://www.pnud.cl/areas/GobernabilidadDemocratica/2010/Informe%20trabajo%20y%20familia/informecompleto_esp.pdf

¹OLIVARES, Carmen. Guía básica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. España. 2008. Disponible en: <http://www.ccoo.us.es/uploads/descargas/igualdad/publicaciones/guia%20basica%20para%20la%20igualdad%20efectiva%20de%20mujeres%20y%20hombres%20-%20ccoo.pdf>

PALAVECINO, Claudio. El Nuevo Ilícito de Acoso Sexual en el Derecho del Trabajo Chileno. Revista de derecho (Valdivia). 19(1): 105-123, Jul. 2006. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000100005&script=sci_arttext

PAUTASSI, Laura, FAUR, Eleonor, GHERARDI, Natalia. Mujer y Desarrollo. Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad. Chile. CEPAL, 2004. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/31535/lcl2800.pdf>

PEREZ PORTILLA, Karla. Discriminación estructural, cultural, institucional y personal. Un análisis de la producción y reproducción de la discriminación. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2313/35.pdf>.

PINCETTI, Catalina de la Cruz. Padres y madres en el mercado laboral: la necesidad de una respuesta desde la política pública: El caso Chileno, OIT, 2011.

PRIETO, María. El principio de Igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Luces y Sobras. Disponible en: <https://buleria.unileon.es/xmlui/bitstream/handle/10612/1446/PrietoMolero.pdf?sequence=1>

QUEZADA, Rosa. La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de

Europa, a los Tratados y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Revista de Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales .Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/Ext_ralgualdad08/est02.pdf

RAMIREZ BELMONTE, Carmen. Concepto de Género: Reflexiones. 2008. Disponible en http://www.uclm.es/ab/educacion/ensayos/pdf/revista23/23_15.pdf

RANGEL, Marta. Chile: Negociación colectiva e igualdad de género. En: ABRAMO, Laís y RANGEL, Marta. {Eds}. Negociación colectiva y equidad de género. Santiago, Chile, Organización Internacional del Trabajo, 2005, pp. 171-220. Disponible en: <http://www.oitchile.cl/pdf/publicaciones/igu/igu023.pdf>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición. Disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=CAPACIDAD.

RODRIGUEZ, Mercedes. Los Derechos Constitucionales de los empleados públicos. Política de Igualdad de género. Ley Orgánica 3/2007. Temario general de la ESTT. España, 2011. 6p

SALINERO BERARDI, Jorge. Tenues trazos de equidad: Una mirada al género en los contratos y convenios colectivos de grandes tiendas por departamento. Santiago, Dirección del Trabajo, 2008. Disponible en http://www.sindicatolapolar.cl/Tenues_Trazos_De_Equidad.pdf.

SANZ, Susana. De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudios de Economía Aplicada. (27) 721-742, 2009. Disponible en: <http://www.revista-eea.net/documentos/27315.pdf>

SERNAM. Cantidad de trabajadores/as afiliados a sindicatos activos según sexo y región 2010. Disponible en: <http://estudios.sernam.cl/?m=s&i=78>

SERNAM. Plan igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 2011-2020. Hacia un Chile justo y corresponsable. Disponible en: http://www.sernam.cl/descargas/PIO_HM.pdf

TORRES FALCON, Marta. El concepto de igualdad y los derechos humanos. Un enfoque de género. Disponible en: <http://zapateando2.wordpress.com/2009/02/06/el-concepto-de-igualdad-y-los-derechos-humanos-un-enfoque-de-genero/>

TORTORA, Hugo. Apuntes Derecho Constitucional. Disponible en: <http://constitucionalchile.blogspot.com/2010/07/02-bases-de-la-institucionalidad.html>

UGARTE CATALDO, José Luis. La Tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo de erizo a zorro. *Revista de Derecho*, 20, (2): 49-67. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200003&script=sci_arttext

UGT. La Ley de la Igualdad y La Negociación Colectiva. Madrid, 2008. Disponible en: <http://www.ugt.es/Mujer/leyigualdadnegcolUGT.pdf>

URIBE-ECHEVERRIA, Verónica. Inequidades de Género en el mercado laboral: El rol de la división sexual del trabajo. Santiago, Dirección del Trabajo, 2008. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-96174_recurso_1.pdf.

URRIZA, C.M. y ZARAPUZ PUERTAS, L. Empleo y Discriminación Salarial, Un análisis desde la perspectiva de género, Madrid. Octubre 2000.

Women in senior management on the rise in Europe as peers in emerging markets fall away. El International Business Report de Grant Thornton. Disponible en: http://www.internationalbusinessreport.com/Press-room/2012_women.asp

WORLD ECONOMIC FORUM. The Global Gender Gap Report 2012. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GenderGap_Report_2012.pdf

ANEXOS

1. Acta de Mediación de la Inspección del Trabajo, fiscalización folio Nº0501/2011/1293, 3 de Agosto de 2011. Vulneración al principio de igualdad de remuneraciones no constatado.



ACTA DE MEDIACION ART 486 DEL CODIGO DEL TRABAJO COMISION Nº 1360/2011/176/

En Santiago, a 31 de Agosto del año 2011, siendo las 09:00 horas, en las oficinas del Centro de Conciliación y Mediación de Ñuñoa, ubicado en calle Manuel de Salas Nº 526, por procedimiento de la Reforma Procesal Laboral se lleva a efecto audiencia de rigor con la comparecencia de las siguientes personas:

En representación de la empleadora **MIRIAM ELIZABETH OYARZUN ROJAS RUT Nº 6.708.162-5 (ESCUELA DE LENGUAJE HERNAN LARRAIN PERO)**, se presenta la Sra. **Lorena Arco Oyarzun RUT Nº 10.864.376-5** con poder de representación conforme a lo dispuesto por el artículo séptimo del Código de Procedimiento Civil, con domicilio en Avda. Gabriela Nº 03252 de la comuna de La Pintana-Santiago.

Se presenta la Sra. _____ RUT Nº _____ con domicilio en _____ de la comuna de _____

Las personas individualizadas comparecen ante el mediador don Jorge A. Araya Guzmán RUT Nº _____ en virtud a lo indicado en el Art. 486, relativa a la tutela de derechos fundamentales.

Dadas las explicaciones previas por parte del mediador, en cuanto al sentido y alcance del procedimiento, como también dentro del contexto de las normas legales y administrativas que regulan el mismo; En el acto se informa a las partes que de acuerdo a la constatación de los indicios que dan cuenta de vulneración de derechos fundamentales y se les reitera la información notificada con fecha 30 de Agosto del presente, consistente en lo siguiente:

1.- Que respecto a denuncia interpuesta y de acuerdo al procedimiento e investigación del fiscalizador fue posible concluir que existen indicios suficientes que permiten acreditar la existencia de actos de vulneración al derecho a la no discriminación por sexo, de la cual se puede indicar lo siguiente:

PRIMERO: El Informe de Fiscalización 1360/2011/176, de fecha 05 de Agosto de 2011, evacuado por doña María Angélica Fuentealba Jiménez, fiscalizadora dependiente de la Unidad de Derechos Fundamentales de la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Oriente, el que da cuenta de haberse investigado los hechos denunciados por medio de la toma de declaraciones juradas a _____ a la _____

trabajadores; además de haber revisado documentos tales como contrato de trabajo, anexos de contratos y remuneraciones de enero a diciembre de 2010 de la denunciante y del señor _____ contratos de trabajo y liquidaciones de remuneraciones de otros cinco trabajadores, planilla de cotizaciones de la empresa del mes de junio 2011, planilla de distribución horaria de los fonoaudiólogos, carta de fecha 25/10/2010 enviada por la denunciante a su empleador en donde solicita igualdad de remuneraciones con su par fonoaudiólogo, reglamento interno de orden higiene y seguridad; antecedentes con los cuales la fiscalizadora concluyó lo siguiente:

- Entre los trabajadores docentes, que son en un 100% mujeres, no existe diferencia remuneracional, salvo la de un trabajador (docente), que es un año más antiguo que los demás docentes (año 2003), y el que posee dentro de su liquidación un monto en dinero denominado "otros imponibles" por un valor de \$30.704, monto que la hace ganar más que el resto de los docentes.
- Según el análisis de los contratos de trabajo, en ninguno de ellos se visualizó bonos especiales o beneficios adicionales entre docentes u otro profesional, salvo el tema de los horarios o las horas cronológicas que labora cada uno de ellos.
- Que según los trabajadores entrevistados ninguno de ellos sienten que exista una brecha remuneracional entre ellos, salvo el de una docente que todos ellos informan que lleva más tiempo en el colegio y que por ende gana más.
- Que en relación a los fonoaudiólogos, en la revisión de las liquidaciones de sueldo, contrato de trabajo y anexos respectivos, se pudo visualizar que no existiría una diferencia sustancial en los valores horas de cada uno, ya que en el año 2010 se pudo evidenciar una diferencia a favor del Sr. _____ de aproximadamente \$489, pero en el año 2011, si efectivamente el _____ realizara las 33 horas que consigna el anexo de contrato suscrito en marzo de 2011, la hora de la _____ sería alrededor de \$287.- pesos superior. Cabe destacar que dicha situación no es certera, puesto que los datos arrojados en el análisis documental en relación a este tema, no existe una concordancia entre esta información, ya que en el contrato de trabajo, el _____ cumple 28.5 horas, en un anexo de contrato suscrito en Marzo de 2011, se indica que este año realizaría 33 horas semanales, pero en las liquidaciones de sueldo, este año, hasta Julio de 2011, se está cancelando mensualmente 30 horas semanales. Que la diferencia sustancial que se pudo evidenciar en el análisis de las remuneraciones de los trabajadores, es que el único trabajador que posee el beneficio pagado de colación y movilización es el _____ beneficio que asciende a un monto de \$50.500.
- Que el _____ declara que cuando él fue contratado negoció con la Sra. _____ sus condiciones contractuales, que en el año 2006 solicitó a la _____ el poder "recibir mayor líquido", por lo que se le agregó la colación y movilización, que no eran imponibles, situación que según el _____ indica "pasó a ser cláusula tácita".
- Que el _____ señala en su declaración, en la información de los datos, que él ejerce actualmente un total de 28.5 horas diarias, situación que no se condice con lo que señala su anexo de contrato de trabajo del mes de marzo de 2011, ni con lo que reflejan sus liquidaciones mensuales, que tienen data del año 2010.
- Que si lo anterior, del número de horas semanales que realiza el _____ fuera como él lo señala, su valor hora sería mayor al de su colega, en un total de \$971, la que cumple la misma función y cargo que él.

- h) Que no existe ningún sistema de evaluación por desempeño o escala de ascenso instaurado en la empresa que permita a los trabajadores obtener mayores ingresos que los estipulados por ley.
- i) Que el trabajador Nº 2 señala que ella lleva más tiempo que sus colegas docentes y que el empleador intentó igualar su remuneración con el resto de sus colegas, lo que significaba que su remuneración decrecería, por tanto, señala que “no aceptó este cambio y que el empleador tuvo que adecuar su remuneración para que siguiera percibiendo el mismo sueldo”.
- j) Que no existe ningún documento escrito, procedimiento y/o instructivo que permita a los trabajadores saber cuánto es el tiempo de antigüedad que les permitirá acceder a una remuneración mayor.
- k) Que en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad que posee la empresa, no se encuentra incorporado en ella lo que señala la Ley 20.348.
- l) Que la [redacted] de la sostenedora del Colegio, en relación al tema de las remuneraciones, señala que existen trabajadores que poseen mayor remuneración que otros con su mismo cargo y función, pero esto se debe a un tema de antigüedad, ya que ellos (2) llevan más tiempo en el colegio.
- m) Que la [redacted], declaran que el año pasado, octubre de 2010, recibieron una carta emitida por la Sra. [redacted] donde ella exponía el tema de la igualdad de remuneraciones, donde la [redacted] señala que entregó dicha carta a la [redacted] para que ésta entregara la respuesta respectiva. [redacted] agrega que ella habló telefónicamente con la [redacted] explicando lo que había gestionado y la respuesta que había entregado un abogado de la Inspección del Trabajo, el cual a grandes rasgos había informado que “no existía una desigualdad o discriminación en las remuneraciones”, por tanto, ella después de informar a la [redacted] había dado por “cerrado” la situación planteada por la trabajadora.
- n) Que se pudo establecer que por la parte empleadora no se siguieron los procedimientos establecidos en la Ley 20.348 para dar respuesta a los trabajadores en caso de consultas por el tema de la igualdad de remuneraciones, cuando la [redacted] hizo llegar carta a la sostenedora con fecha 25/10/11. En relación a este tema, la [redacted] señala que hizo llegar un escrito con la respuesta a la Inspección del Trabajo, donde se realizaban algunas consultas, lo que a la fecha aún no ha tenido respuesta (Octubre 2010).
- o) Que no se posee ningún documento que acredite lo expuesto por la [redacted] en relación en haber hecho llegar algún documento a la Inspección del Trabajo, que según lo que ella informa, “habría sido solicitado por el abogado de aquel servicio y que no le señaló que debería haber hecho llegar una carta por escrito dando respuesta a la trabajadora en relación a la inquietud planteada”.
- p) Que la [redacted] declara que no tenía conocimiento en lo que estipulaba la Ley 20.348, por tanto, no conocía los procedimientos, los cuales tampoco fueron informados cuando ella realizó las consultas a la Inspección del Trabajo.

SEGUNDO: Que si bien el informe no da cuenta de haberse revisados las remuneraciones de la denunciante y del señor [redacted] correspondientes al año 2011, es posible concluir que las remuneraciones de este año son las mismas que percibieron a diciembre de 2010 por cuanto el monto imponible que figura en las liquidaciones de diciembre es el mismo que se registra en la planilla de cotizaciones de la empresa correspondientes a las remuneraciones de junio 2011. Así las cosas, se entiende, para la resolución del presente caso, que el sueldo imponible de la denunciante es de \$527.938 y el del señor [redacted] de \$1.051.041; por lo que si a la denunciante se le paga por una jornada laboral de 16 horas semanales, su valor hora es de \$32.996,125 y el del señor [redacted] de \$65.690,0625. Si bien respecto de la jornada laboral del señor [redacted] no existe total claridad toda vez que el contrato de marzo 2011 le asignaba 28,5 horas semanales y la modificación posterior y del mismo mes fijaba la jornada en 33 horas semanales, lo cierto es que según lo indicado por el propio trabajador su jornada actual es de 28,5 horas, lo que quiere decir que su valor hora es de \$9.219, es decir, \$970 superior al de la denunciante, lo que se traduce en que ésta percibe mensualmente una remuneración \$62.080 menor a la del señor [redacted], lo que representa un 11,7% de su remuneración total imponible y que se ajusta al espíritu que ha tenido el legislador en cuanto a evitar que ante cargos similares, ejecutados por un hombre y una mujer, de igual profesión, que cumplen las mismas funciones y que desempeñan un trabajo de igual valor de acuerdo a la estructura organizacional de la empresa, el trabajo de la mujer sea valorado de forma distinta al del hombre.

TERCERO: Que si bien el principio de igualdad de remuneraciones permite que existan diferencias no arbitrarias cuando éstas se fundan en situaciones objetivas, como por ejemplo la antigüedad; la empresa no acreditó suficientemente el hecho de que la mayor remuneración del señor [redacted] se deba a un incremento por antigüedad, la que si bien claramente tiene, en su liquidación de remuneraciones sólo se advierte que su valor hora es mayor, sin incluirse un ítem referente a antigüedad.

CUARTO: Que si bien el informe deja en evidencia una segunda diferencia económica entre la denunciante y el señor [redacted], la cual es que éste recibe el pago de colación y movilización, beneficio que no percibe la denunciante; ambos ítem según lo establece el código del trabajo, no se consideran remuneración y por lo tanto no son susceptibles de considerar en el análisis de la desigualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

QUINTO: Que si bien el caso pudiera ser analizado bajo la perspectiva de una posible vulneración al derecho a la no discriminación por sexo; ello no resulta posible al advertirse que aun cuando el señor [redacted] es el único trabajador que registra el pago de ambos beneficios, dentro de los que no lo perciben se encuentran tanto hombres como mujeres.

SEXTO: Que el empleador no dio cumplimiento a la obligación legal de incluir en el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad un procedimiento de reclamo en materia de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, ni tampoco entregó respuesta escrita al reclamo presentado por la trabajadora denunciante.

SEPTIMO: Lo dispuesto por la Orden de Servicio Nº 2 de fecha 04/02/2011 que imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo en caso de denuncias por vulneración de derechos fundamentales. Circular Nº 29 de fecha 22/03/2010. Código del Trabajo, artículos 2, 4, 5, 62 bis, 485, 486, 487, 493.

2.- La representante del Empleador: Que de acuerdo a la notificación de los hechos de vulnerabilidad de los derechos fundamentales, reconocer la notificación del organismo técnico y la validez del documentos, aunque en primera instancia no comparte las conclusiones administrativa, pero en aras de lograr y alcanzar en este proceso un entendimiento con la afectadas, y cuidando no afectar en el futuro el clima laboral de nuestra Establecimiento Educacional, ratificar que existe toda la voluntad para participar en la mediación, del mismo modo tener la oportunidad de retroalimentarse e intercambiar experiencias que les permita mejorar y fortalecer nuestros procedimientos de relacionarnos laboralmente sin alterar y vulnerar los derechos de los trabajadores.

Además dejar debidamente señalado que se tomaran todas las providencias que puedan evitar que se mal entiendan algunos aspectos que puedan ser interpretados como que no se resguardan los procedimientos establecidos, las medidas correctivas tomadas serán reparadas en los términos siguientes:

- a) En el acto el empleador reconoce no haber dado respuesta escrita al reclamo interpuesto por la denunciante, y asumirá el compromiso de que situaciones como las denunciadas no se volverán a producir ni otras de similares naturaleza
- b) La empresa en el acto adquiere el compromiso de incluir en el Reglamento Interno el procedimiento de reclamo para el caso de desigualdades de las remuneraciones entre hombres y mujeres.
- c) Se publicara en diversos lugares del Establecimiento Educacional los datos, domicilios y teléfonos de las instituciones destinadas a velar por la protección de los DDDF de los trabajadores (IPT, DRT, Defensoría Laboral y Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago).
- d) El empleador se compromete a incrementar el valor lora de la _____ a contar del mes de agosto del 2011, como también de acuerdo al cumplimiento de ciertos metas establecidas previamente se verá un nuevo incremento.

3.- La Sr _____ Que de acuerdo a lo señalado y de las acciones que se tomaran por parte del empleador para restituir la situación con respecto del cual se han producido los hechos, considera que el compromiso adquirido por la empleadora para reparar tales perjuicio se ajusta a lo esperado y satisface sus necesidades. En tales circunstancias, la reparación o restitución comprometida por la empleadora es aceptada, por lo cual pone término a la denuncia interpuesta por la vulneración de los derechos fundamentales.

Habiéndose efectuado durante el proceso una reunión en conjunta y dos reuniones separadas, se concluye la presente mediación con el resultado de acuerdo.

De conformidad a instrucciones vigentes y habiéndose logrado acuerdo en la etapa de mediación del proceso de Derechos Fundamentales, se conviene como responsable(s) del cumplimiento al Sr. _____ estableciéndose como fecha de seguimiento para el día 07 de septiembre del presente año a las 12:00 horas, con el abogado _____ en el domicilio ubicado en Avda. Providencia N° 729 de la comuna de Providencia.

Se deja constancia que el presente acuerdo cautela suficientemente los derechos del trabajador afectado con la conducta del empleador objeto de la denuncia que motivó este proceso de mediación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 464 N° 4 del Código del Trabajo, la presente acta tiene mérito ejecutivo, en consecuencia los acuerdos que constan en ella obligan a las partes y pueden ser exigidos ante los tribunales de justicia en caso de incumplimiento. Sin perjuicio de lo anterior, si se encontrare dentro del plazo señalado en el art. 486, inciso final del Código del Trabajo, la denunciante podrá recurrir ante la Dirección del Trabajo para que proceda a interponer denuncia en procedimiento de vulneración de derechos fundamentales ante el Tribunal del Trabajo competente.

Con la presente acta se da por terminado el presente proceso de mediación, por procedimiento de la Reforma Procesal Laboral siendo las 11:30 horas. Para constancia de lo obrado, las partes proceden a firmar esta acta quedando una en poder de cada parte.

R. T.

Jorge A. Araya Guzmán
Mediador .D.R.T Oriente.

2. Acta de Mediación de la Inspección del Trabajo, fiscalización folio N°0501/2011/1293, 3 de Agosto de 2011. Vulneración al principio de igualdad de remuneraciones no constatado.



ACTA DE MEDIACIÓN FISCALIZACIÓN N° 0501/2011/1293

FECHA DE CITACIÓN: 29 de julio de 2011.

DENUNCIADO:

NOMBRE: H. MOTORES.

RUT: 76.124.915-0.

DENUNCIANTE:

NOMBRE:

RUT:

En Valparaíso, a 3 de agosto de 2011, siendo las 09:30 horas, en dependencias del Centro de Conciliación y Mediación de Valparaíso, ubicado en Blanco N° 1791, oficina B3 de esta ciudad, ante la funcionaria mediadora Sra. YOLANDA NAVARRO ESPINOZA y la abogada de la Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso Srta. PAOLA MARINKOVIC GÓMEZ, se lleva a efecto la mediación originada en fiscalización por vulneración de derechos fundamentales N°0501/2011/1293 por: VULNERACION AL DERECHO A LA INTEGRIDAD PSÍQUICA Y FÍSICA Y LA HONRA DE LA TRABAJADORA, consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República en relación al Artículo 485 inciso 1° del Código del Trabajo y, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 6° del artículo 486 del Código del Trabajo, con la comparecencia de las siguientes partes:



1.- La trabajadora afectada doña _____, Cédula de Identidad N° _____

2.- Por la parte denunciada, HERNÁNDEZ MOTORES S.A., RUT: 76.124.915-0, representada legalmente por doña MARÍA VERÓNICA PALACIOS JIMÉNEZ, Cédula de Identidad N° _____ y don JOSÉ PABLO ABÓNICO MORÁN, Cédula de Identidad N° _____; quien otorga poder simple con fecha 3 de agosto de 2011, a don RENÉ JOSÉ CATAGENA PULGAR, Cédula de Identidad N° _____, para comparecer en este acto, el cual se adjunta.

3.- Se les reitera a las partes asistentes el contenido de las conclusiones jurídicas derivadas de la fiscalización 0501/2011/1293, notificadas con fecha 29 de julio del presente año, en la cuales se señala que: "En suma a juicio de este abogado, sólo fue posible constatar la existencia de indicios de vulneración a la integridad síquica de la trabajadora y a la honra de la misma, no así respecto a la vulneración al derecho a la no discriminación por sexo".

4.- La parte denunciada expone que, reconoce los hechos denunciados por la trabajadora, Karen Ponce Aranda, respecto al trato efectuado por el Jefe de Local don Alexis Díaz, siendo la intención de la empresa reparar lo sucedido, y en consecuencia, se compromete a realizar las siguientes medidas reparatorias:

a) En este acto el representante de la empresa ofrece, cambio de local a la trabajadora a contar del 1 de septiembre de 2011, en la sucursal ubicada en Rodríguez N° 350, esquina Chacabuco. En donde la Sra. realizaría ventas exclusivas en automóviles de marca HYUNDAI con todas las condiciones laborales necesarias.

b) Solventar gastos médicos en que ha incurrido la trabajadora y que dicen relación con terapia psiquiátrica a la que ha debido asistir como consecuencia del conflicto denunciado. Esta terapia incluye 10 sesiones, de las cuales la trabajadora ha asistido a 2. Por lo anterior, la empresa se compromete a solventar los gastos de las



TRABAJADORA

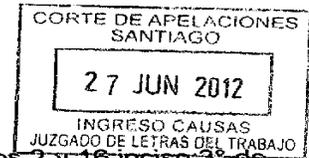
RENÉ CARTAGENA PULGAR
REPRESENTANTE EMPRESA DENUNCIADA



3. **Demanda Judicial del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T311-2012.**

- 1 -

Rit: T-311-2012
2 do JJS



Procedimiento: tutela, vulneración Art. 1 inciso 1º y 19 números 2 y 16 inciso 3º de la Constitución, y Arts. 2 inciso 4º y 62 bis del Código del Trabajo;
Materias: indemnización daño moral, y otras;
Demandante: Nicole Patricia Silva Espinoza;
Rut: 17.052.279-6;
Domicilio: Luis Matte Larraín 175, Depto. X-14, Puente Alto;
Abogado y apoderado del demandante: Mario Garay Martínez;
Rut: 7.061.933-4;
Domicilio: Catedral 1233, oficina 501, Santiago;
Forma de notificación: correo electrónico notifica@juris.cl;
Demandada: Desarrollo de Tecnologías y Sistemas Ltda.;
Rut: 78.080.440-8;
Domicilio: Rosas 1444, Santiago;
Representante legal: Rubén Muñoz Silva;
Rut: se ignora;
Domicilio: Rosas 1444, Santiago.-
///

En lo principal: denuncia en procedimiento del trabajo de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales; al primer otrosí: acompaña antecedentes; al segundo: téngase presente; al tercero: solicita actuaciones procesales vía electrónica; y, al cuarto: patrocinio y poder, y solicita forma de notificación.

S.J.L. del T.

NICOLE PATRICIA SILVA ESPINOZA, trabajadora, con domicilio en Luis Matte Larraín 175, Depto. X-14, Puente Alto, a US. digo:

Que vengo en deducir denuncia en juicio del trabajo regido por el procedimiento especial de tutela laboral, en contra de la firma DESARROLLO DE TECNOLOGÍAS Y SISTEMAS LTDA., representada legalmente por RUBÉN MUÑOZ SILVA, se ignora profesión, ambos con domicilio en Rosas 1444, Santiago, y por las siguientes razones de hecho y de derecho:

Presto servicios laborales para la denunciada, en funciones de ejecutivos de atención a clientes en los servicios específicos de PBX, con contrato de trabajo a plazo indefinido, desde el 1 de julio de 2009.

Se me proporciona un trato laboral discriminatorio con lesión de derechos fundamentales, en forma abusiva y arbitraria.

He sido y soy discriminada en relación a mi compañero de trabajo Carlos Rivera Labraña, ya que por ser "mujer" mi remuneración ha sido y es menor a la de él, esto es, la denunciada no respeta el principio de "igualdad remuneracional entre hombres y mujeres que prestan un mismo trabajo", todo sin que existan diferencias objetivas entre ambos en capacidad, idoneidad ni productividad.

Es del caso que se trata –reitero– de una actuación patronal con vulneración de derechos fundamentales de la suscrita, precisamente se trata de actuaciones discriminatorias protegidas por la acción de tutela laboral, y, en la especie, se encuentra "preparada" dicha acción porque, con fecha 17 de febrero de 2012 reclamé del comentado trato desigual ante la misma denunciada, y sucede que con infracción al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad la denunciada no me dio respuesta alguna, y el plazo con que contaba al efecto de 30 días se encuentra con creces expirado (Art. 57 bis del Reglamento).

Por el presente libelo, conforme lo establecido en el Art. 485 inciso 2º del Código del Trabajo en relación con el Art. 62 bis del mismo cuerpo legal, la denunciada incurre en actos discriminatorios en mi contra, con trasgresión a los derechos fundamentales inespecíficos a los que se refiere el Art. 2 inciso 4º del C. del T., como resultado, efecto o consecuencia de un acto que aparenta ser lícito,

pero que en la realidad es el ejercicio de preferencias basadas en motivos de "sexo" y que alteran la igualdad de trato en el empleo.

De conformidad con del Art. 19 N° 2 de la Constitución –igualdad ante la ley– no se admiten diferencias arbitrarias, y según el Art. 19 N° 16 inciso 3° también de la Constitución se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, salvo en que la ley para determinados casos exija nacionalidad chilena o límites de edad.

Como se ha señalado ya, el Art. 62 bis del Código del Trabajo asegura la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, y, en mi caso, es aplicable el proceso de tutela por cuanto ha finalizado el procedimiento de reclamación prejudicial previsto para estos efectos en el Reglamento Interno.

La obligación patronal de no incurrir en actos discriminatorios con sus trabajadores se entiende incorporada al contrato de trabajo

En cuanto a los hechos constitutivos de la vulneración alegada, ya enunciados, o de la manera como se produjo la vulneración, resulta que en la especie indubitablemente se ha lesionado respecto de mi persona el valor constitucional central como lo es mi dignidad, ya que conforme el Art. 1 inciso 1° de la Constitución todas las personas nacemos "iguales" en dignidad.

Con mi compañero Carlos Rivera nos desempeñamos "realmente" en el mismo cargo y realizamos las mismas funciones, esto es, somos ejecutivos de atención a clientes en los servicios específicos de PBX, como reza en mi contrato de trabajo y en nuestras liquidaciones de remuneraciones, sin embargo él percibe una remuneración mensual mayor a la mía en los siguientes conceptos: por bono de producción Carlos Rivera percibe \$43.467 y yo \$37.538; por sueldo mensual él \$271.686 y yo \$199.549; y, por gratificación mensual él \$67.922 y yo \$49.887, así, la sumatoria – de estos rubros- para Carlos Rivera da \$383.075 y para mí \$285.974, lo que arroja una diferencia a favor del trabajador "hombre" ascendente a **\$97.101** y ello sucede mes a mes desde que fui contratada por la contraria.

Los derechos y garantías, en cuestión, amparados por la acción de tutela laboral, han resultado lesionados en su esencia, y la denunciada ha hecho un ejercicio ilegítimo, arbitrario y desproporcionado de sus facultades de mando (dar órdenes, dirigir, organizar y administrar). Incluso la empresa denunciada cuenta con antecedentes de discriminación remuneratoria por razones de sexo, en la Inspección del Trabajo (caso Katherine Carvajal).

Según ordena el Art. 2 inciso 2° del Código del Trabajo las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona, y, el Art. 5 inciso 1° del mismo cuerpo legal, refuerza el concepto de la dignidad y de la ciudadanía del trabajador; frente al poder del patrono, y señala al respecto que el ejercicio de los poderes empresariales tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores.

De los antecedentes que aportó tanto en el relato de este libelo como con los documentos que adjunto al mismo, en mi calidad de denunciante, en relación con los Arts. 490 y 493 del Código Laboral, hay "indicios suficientes" (sospechas fundadas, y/o presunciones no plenas, y/o prueba mínima) que se ha producido vulneración de mis derechos subjetivos públicos, y, en consecuencia, en su oportunidad corresponderá al denunciado explicar los fundamentos y proporcionalidad de las medidas atentatorias adoptadas en mi contra, todo en el seno de mi relación laboral con la demandada.

Tan relevante es la exigencia de respeto a los derechos fundamentales del trabajador por parte de la empresa empleadora, que la Ley N° 19.886, sobre Contratos Administrativos, en su Art. 4 inciso 1°, excluye de poder contratar con los órganos y servicios de la Administración del Estado a las personas naturales o

jurídicas chilenas o extranjeras condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador.

La demandada, en consecuencia, debe poner cese inmediato a sus conductas antijurídicas, las que deben además anularse y, por último, debe reparar y resarcir integralmente la vulneración de derechos fundamentales acometida en mi contra.

Mi remuneración mensual "correcta", incluidos los referidos **\$97.101**, es la suma de **\$584.954** (total haberes \$467.853 más los \$97.101 correspondiente a la diferencia con mi compañero Rivera).

En estos días he sido informada que próximamente deberé abandonar mi puesto de trabajo de siempre, porque seré trasladada a otras funciones; al área llamada "backoffice", intentando, ahora, así, la denunciada, justificar mi remuneración "mutilada" actual y que calza con lo que ganan los integrantes de dicha área. Se trata de una "orden" me ha señalado la jefatura. Yo rechazo este cambio y S.S. tiene facultades para cautelarmente dar "orden de no innovar" al respecto.

Solicito a S.S. ordenar que la denunciada cumpla con las siguientes medidas y prestaciones reparatorias inmediatas en mi favor, todo bajo los correspondientes apercibimientos legales:

1) Debe pagarme una indemnización por daño moral por los detrimentos y menoscabos síquicos sufridos, afeción de mis sentimientos en lo individual y en lo familiar, ascendente tal resarcimiento a **\$6.434.494** suma que avalúo y que es el equivalente a 11 remuneraciones mensuales, esto es, un quantum máximo por analogía y según el único parámetro legal atingente establecido, en materia de tutela laboral, en el Art. 489 inciso 3° del Código del Trabajo, toda vez que soy víctima de lesión de garantías constitucionales, a saber, entonces, se trata actuaciones abusivas que me han causado y causan perjuicios extrapatrimoniales.

El daño moral demandado se enmarca en la responsabilidad contractual laboral, y es la concreción del principio de "la reparación integral del daño causado" que rige en nuestro estado de derecho constitucional.

Efectivamente, el señalado Art. 1556 del Código Civil no excluye el daño moral y por ende no limita la reparación en materia contractual sólo al daño material; daño emergente y lucro cesante.

Asimismo, en materia de responsabilidad, o de derecho de daños, las normas de derecho común aplicables supletoriamente, son las de la responsabilidad extracontractual; del título XXV del Libro IV del Código Civil, y, en este contexto, es aplicable a la responsabilidad contractual el Art. 2329 inciso 1° del Código Civil, precepto, éste, que establece que, por regla general, todo daño (material y/o moral) es indemnizable o resarcible.

La procedencia del daño extrapatrimonial en materia de responsabilidad contractual, asimismo, se entronca en el Art. 1 de la Constitución, cuando declara que ante el Estado todas las personas nacen iguales en derechos y en dignidad, debiendo, aquél, asegurarles la plena realización material y espiritual posibles

El daño moral demandado tiene fundamentos constitucionales, esto es, se basa en el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como son: los derechos a la integridad síquica y a la honra y el respeto a la vida pública y privada, garantías fundamentales establecidas en el Art. 19 N° s. 1 y 4 de la Constitución Política.

Por último, según el Art. 495 N° 3 del Código del Trabajo, la sentencia, dictada en procedimiento de tutela laboral, es "reparatoria" en sentido amplio, debiendo considerar o incluir todas "las indemnizaciones que procedan"; sin excluir la reparación del daño moral.

2) Ordenar el cese inmediato del comportamiento antijurídico denunciado, bajo apercibimiento de multas en los términos del Art. 492 inciso 1º del Código del Ramo, debiéndose agregar por la denunciada a mi remuneración mensual, desde la notificación de esta denuncia y en adelante, los reclamados **\$97.101**, conservándose o no innovándose mi actual puesto de trabajo acordado en el contrato de trabajo y mi remuneración con inclusión de los **\$97.101**, o, en su caso, se restituya mi cargo y funciones pactados.

3) Que la denunciada debe pagarme la diferencia remuneracional mensual reclamada de **\$97.101**, desde la fecha de mi contratación el 1 de julio de 2009 y hasta el mes de junio 2012, concepto que alcanza a **\$3.495.636**, cantidad, ésta, que demando, y no siendo válidos los pagos incompletos de tal lapso.

4) La indicación y adopción concreta de otras medidas que determine V.S. y a las que se debe obligar el infractor, a fin de obtener la revocación de sus inconductas y la reparación de las consecuencias de los actos vulneratorios, bajo el apercibimiento del citado Art. 492 inciso 1º del Código Laboral.

POR TANTO, conforme a los hechos expuestos, los preceptos legales citados, y lo que disponen los Tratados vigentes Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Arts. 1º, 19 Nº 2 y Nª 16 inciso 3º de la Constitución, los Arts. 1.545 y siguientes del Código Civil, y el Código del Trabajo, especialmente sus Arts. 2, 62 bis, 489, 446 y siguientes y 485 y siguientes, y demás disposiciones legales atinentes,

RUEGO A US.: tener por presentada denuncia en juicio del trabajo, regido por el procedimiento especial de tutela laboral, admitiéndola a tramitación, en contra de DESARROLLO DE TECNOLOGÍAS Y SISTEMAS LTDA., representada legalmente por RUBÉN MUÑOZ SILVA, ya individualizados, acogerla a tramitación, y, en definitiva, declarar la existencia de la lesión de derechos fundamentales denunciada de parte de la contraria, debiendo V.S. adoptar y decretar todas medidas propuestas y solicitadas y las otras que US. estime en derecho, a fin de obtener el inmediato respeto de los derechos fundamentales atropellados en la relación laboral, especialmente acoger y ordenar el pago de la indemnización reparatoria por daño moral que recabo y las diferencias remuneracionales insolutas solicitadas, por los montos impetrados o por los que US. estime en derecho, prestaciones que oportunamente serán liquidadas en sede de cobranza laboral y previsional, todo con reajustes, intereses, multas, y costas.

PRIMER OTROSÍ: En relación con la violación de garantías constitucionales, denunciada en lo principal, se acompañan los siguientes antecedentes:

1) Contrato de trabajo de la suscrita, en que constan mi fecha de ingreso y mi función, entre otras cuestiones.

2) Dos liquidaciones de remuneraciones del mes de mayo 2012, una del mencionado compañero Carlos Rivera y la otra de la suscrita, en que en sus desgloses constan las diferencias arbitrarias de los rubros remuneracionales señalados.

3) Reclamo pertinente presentado a la denunciada por la suscrita, con fecha 17 de febrero 2012.

4) Copia del Art. 57 del Reglamento interno, que establece el procedimiento de reclamo en los casos del Art. 62 bis del Código del Trabajo.

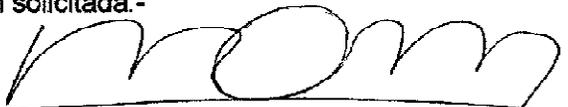
SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a S.S. tener presente que faculto a doña Aída Cecilia San Martín Uyarte, Rut 11.073.871-4, para que, en estos autos, retire documentos que se acompañen materialmente y V.S. los ordene devolver, retire cheques del tribunal o de la demandada girados a favor de la parte demandante o de mi abogado Mario Garay Martínez, retire vales tomados por la demandada a

favor de la parte demandante o de mi abogado Mario Garay Martínez, y retire reproducciones digitalizadas del registro de audio.

TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S. autorizar a esta parte para realizar, en este juicio, presentaciones y actuaciones procesales por medios electrónicos.

CUARTO OTROSÍ: Ruego a S.S. tener presente que designo abogado patrocinante y confiero poder a don MARIO GARAY MARTINEZ, con domicilio en esta ciudad, Catedral 1233, oficina 501, fonos 6983472 y 6973600, y, para las notificaciones de las resoluciones que correspondan solicito a S.S. se efectúen, a mi abogado y apoderado, a través del correo electrónico notifica@juris.cl

Ruego a US.: tener presente el patrocinio y poder conferidos, y autorizar la forma de notificación solicitada.-


7.061.933 - 4


17.052.279-6

Anexo N° : Conciliación Judicial de la causa caratulada “Silva Espinoza Nicole con Desarrollo de Tecnología de Servicios Ltda.” del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T311-2012.



ACTA DE AUDIENCIA DE JUICIO PROCEDIMIENTO ORDINARIO

LUGAR	SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO
DIRECCION	MERCED 360, PISO DOS, SANTIAGO
FECHA	11 de septiembre de 2012
SALA	CINCO
RUC	12-4-0022334-1
RIT	T 311-2012
MAGISTRADO	LLILIAN DEL CARMEN DURÁN BARRERA
ADMINISTRATIVO DE ACTAS	PAOLA GONZALEZ RIQUELME
HORA DE INICIO	12:30
HORA DE TERMINO	12:35
Nº REGISTRO DE AUDIO	1240022334-1-1349-120911
PARTE DEMANDANTE	NICOLE PATRICIA SILVA ESPINOZA.
ABOGADO	MARIO GARAY MARTÍNEZ
FORMA DE NOTIFICACION	Correo electrónico
PARTE DEMANDADA	DESARROLLO DE TECNOLOGIAS Y SISTEMAS LTDA.
ABOGADO	CARLA ANDREA URIBE VASQUEZ
FORMA DE NOTIFICACION	Correo electrónico

ACTUACIONES EFECTUADAS:	SI	NO	ORD
(HECHO DE HABERSE EFECTUADO O NO, Y SU ORDEN)			
• CONCILIACION	X		

Llamado a Conciliación:

Se produce en los siguientes términos.

1. Las partes, con el solo ánimo de poner término al presente juicio acuerdan el término a la relación laboral habida entre ambas por la causal contenida en el artículo 161, inciso primero del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, con fecha de hoy, 11 de septiembre de 2012. En relación a lo anterior, la demandada se obliga a pagar a la actora doña Nicol Silva Espinoza la suma única y total de \$3.000.000, monto que comprende el pago de las indemnizaciones propias del despido, feriados y cualquier estipendio adeudado a la trabajadora.
2. Dicho pago se materializará con la entrega de un cheque extendido en forma nominativa y no cruzado a nombre del abogado de la demandante don Mario Garay Martínez, el que será entregado en dependencias del Tribunal a más tardar el 28 de septiembre de 2012, para ser retirado por su beneficiario a contar de esa fecha a su solo requerimiento verbal, previa exhibición de su cedula de identidad.
3. La parte demandada en la misma fecha señalada, 28 de septiembre de 2012, se obliga a suscribir un finiquito y entregarlo en el Tribunal en la misma fecha señalada, en que se consignará como causal de término de la

relación laboral, la prevista en el artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo, esto es necesidades de la empresa, con esta misma fecha, 11 de septiembre de 2012.

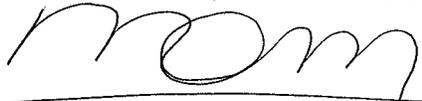
4. La parte demandante acepta la suma ofrecida y la forma en que se efectuará el pago.
5. Las partes se otorgan el más amplio, completo y recíproco finiquito, declarando que nada se adeudan por concepto alguno derivado de la relación laboral habida entre ambas o su término, todo lo anterior sin perjuicio de las obligaciones que emanan de la presente conciliación.
6. Cada parte pagará sus costas.

El Tribunal tiene presente el acuerdo conciliatorio, otorgándole el carácter de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales. Regístrese, firmese por los comparecientes y archívense los autos en su oportunidad. Dese copia a las partes que lo soliciten.

Los intervinientes quedan válidamente notificados de las resoluciones dictadas en audiencia.

Dirigió doña LLILIAN DEL CARMEN DURÁN BARRERA, Juez Titular de 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Se deja constancia que el registro oficial de la presente audiencia, se encuentra grabado en el audio y a disposición de los intervinientes. 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, once de septiembre de dos mil doce.-


7001933 - 4

Nicole Silva E 17.052.279-6


15.849.819-9