



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**REVISIÓN CRÍTICA DE LA LEGISLACIÓN EN CUANTO A EQUIDAD DE  
REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.

Alumno: ALEXIS HIDALGO ROJAS.

Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag.

Santiago, Chile

2018

## **DEDICATORIA**

Me enterece dedicar esta memoria a todos aquellos que hayan obrado de alguna u otra forma para no flaquear demasiado. Me libera cumplir con una promesa que nunca se fue de mi memoria, en cada noche de estudio, en cada examen. Pero, sin dudas, la más particular de las dedicatorias se la debe llevar mi padre por aguantar tanto. Por último no podría dejar de lado a León para quien irá mi eterna gratitud, por tanta incondicionalidad.

## RESUMEN

La presente investigación tiene como interés central realizar un análisis de la legislación chilena que regula el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, con el objetivo de encontrar respuestas con contenido jurídico que puedan explicar, en parte, las cifras con las que introducimos esta memoria, las cuales nos hablan de una brecha remuneracional que está por sobre muchos países de la región. La obra comienza con una mirada a los principios relacionados de Igualdad y No Discriminación, donde, además, se realizan ciertas precisiones conceptuales necesarias. Si bien, el análisis está centrado en la normativa de rango simplemente legal, se tocan también las normas constitucionales atinentes, así como también los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes que son más relevantes, los cuales serán abordados con el fin de observar si Chile los ha cumplido o solo lo ha hecho en forma parcial. En cuanto a la normativa legal, se revisará la consagración del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres y los procedimientos administrativos y judiciales de protección. Todo este marco normativo será revisado críticamente, buscando las posibles falencias que contribuyen desde el ámbito jurídico para construir el escenario actual que ocupa la materia de la igualdad salarial entre sexos. Para finalizar se realiza una observación al Derecho Comparado (México e Islandia), donde se utilizaron ejemplos contrapuestos para analizar, esto con el objeto de encontrar aquellos elementos que negativos y positivos que se repitan en uno y otro caso.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	7
--------------------	---

### CAPÍTULO I:

#### PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LA IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

1.- El Principio de Igualdad .....	7
1.1 El Principio de Igualdad, la discriminación hacia la Mujer y la Discriminación Positiva .....	13
2.- El principio de No Discriminación.....	17
2.1 La Acción de Protección y el principio de No Discriminación en materia laboral .....	21
3.- La Acción de Protección y el principio de No Discriminación en materia laboral...	22

### CAPÍTULO II:

#### LOS PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LA IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO.

1.- El Principio de Igualdad en el Derecho del Trabajo.....	25
1.1 El principio de Igualdad ¿Se trata de un principio propio del Derecho del Trabajo? .....	27
2.- El Principio de No Discriminación en relación con el Principio de Igualdad Salarial entre hombres y mujeres .....	32

3.- Revisión de los Instrumentos de Protección de las garantías de Igualdad y No Discriminación en el Derecho positivo chileno.....	41
3.1 Sobre el Procedimiento previo que debe constar en el reglamento interno de la empresa .....	42
3.2 Denuncia Administrativa .....	45
3.3 Trámite de Mediación Obligatoria .....	49
4.- Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.....	52
4.1 Sobre los Derechos que son susceptibles de ser protegidos por la acción de tutela .....	53
4.2 Sobre el Procedimiento de Tutela Laboral propiamente tal .....	56
4.3 Presupuestos de la Acción de Tutela respecto del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres .....	57
4.4 Sobre la legitimación .....	60
4.4.1 Legitimación Activa .....	60
4.4.2 Legitimación pasiva.....	63
5.- La prueba en el Procedimiento de Tutela Laboral.....	65
5.1 Sobre la apreciación de la Prueba.....	65
5.2 Sobre la Carga de la Prueba.....	65
6.- La sentencia en el procedimiento de Tutela Laboral .....	71
7.- Sobre el proyecto de reforma al artículo 62 bis.....	74
7.1 Antecedentes.....	75
7.2 Análisis del Proyecto.....	78

**CAPÍTULO III:**

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN CHILE.**

1.- Introducción.....	84
2.- Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo.....	85
3.- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	87

#### **CAPÍTULO IV:**

##### **ALGUNAS OBSERVACIONES AL DERECHO COMPARADO**

1.- Introducción.....	92
2.- Islandia.....	92
3.- México.....	97

<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>101</b>
-------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>104</b>
--------------------------	------------

## INTRODUCCIÓN

Al empezar este trabajo nos hemos propuesto realizar una revisión crítica de la legislación referente a Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres en Chile, motivados por un movimiento que, pese a que tiene siglos de desarrollo, cobró particular fuerza en el último tiempo: el movimiento social de las mujeres. Al comenzar a investigar fue posible notar que, casi la totalidad de los autores, hacen referencias al problema de la desigualdad, lo cual nos generó la necesidad de indagar en alguna fuente que lo confirmara. La encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (desde ahora Casen), es un instrumento de medición del “bienestar material”, de la población, cuya elaboración depende del Ministerio de Desarrollo Social, que tiene el objetivo de servir como una herramienta de medición para la generación y desarrollo de las políticas públicas<sup>1</sup>. La última versión, de la cual disponemos de sus datos, es la encuesta de 2017<sup>2</sup>, dicha medición nos entrega información muy valiosa para analizar la realidad nacional respecto al problema central que nos ocupa: La desigualdad remuneracional entre hombres y mujeres.

Respecto de la participación en el mercado laboral, en primer lugar, aclaramos que nos interesa este punto, en cuanto no puede existir una real igualdad salarial, si no aumenta también el acceso al trabajo por parte de las mujeres ¿En qué sentido? Es obvio que la desigualdad salarial es solo una de las muchas aristas de un problema global mayor, el cual dice relación con el rol que la mujer busca cumplir en una

---

<sup>1</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Encuesta Casen. [en línea] <<http://encuestacasen.cl>> [19 de noviembre de 2018]

<sup>2</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. CASEN Multidimensional. [en línea] <[http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casemultidimensional/casen/docs/Resultados\\_trabajo\\_Casen\\_2017.pdf](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casemultidimensional/casen/docs/Resultados_trabajo_Casen_2017.pdf)> [22 de noviembre, 2018].

sociedad que le pone un montón de trabas para desarrollar su vida profesional y, por consecuencia, su vida en general. Por todo esto resulta interesante observar que hay un avance considerable y constante desde la década de los noventa, donde la tasa de participación laboral de las mujeres mayores de quince años no pasaba del 40% y, en 2017, esos números llegan al 48,9 %. Pero estas cifras no pueden ser consideradas como suficientes si las comparamos con el acceso masculino al trabajo en el mismo rango etario, el cual llega al 71,6 % en 2017 y los datos son aún más crudos si consideramos la tasa de participación laboral en zonas rurales (68,1% en hombres mayores de 15 y 35,2% en mujeres de las mismas edades). A esto nos referimos con que hay gran tramo por recorrer en esta materia y que, es un imperativo del Estado de Chile, seguir contribuyendo al emparejamiento del acceso laboral.

Otro dato que nos parece interesante es la tasa de desocupación por sexo, la cual, sin excepción, desde el año 1990 (año en que comienza la muestra) es siempre mayor a la masculina (tomando en consideración que hay factores generales en la economía que han influido en un mayor o menor desempleo dependiendo del año). También es preocupante, considerando el contexto social de reivindicación de los asuntos sociales que afectan a las mujeres, que en esta última entrega de la encuesta la tasa de desocupación femenina haya aumentado de 8,3% a un 8,8%, cifras que no habían tenido tendencia al alza desde 2009 donde se llegó a un lamentable 12,2%.

Hay un ítem que es muy ilustrativo para entender la desigualdad remuneracional entre sexos. Se trata de la distribución de la población ocupada según categoría ocupacional por sexo. Aún en 2017, el porcentaje de hombres que clasifica como “empleador” casi duplica al porcentaje de la población femenina, con un 2,7% versus un 1,6% de las mujeres. Mientras que si vamos al ítem de servicio doméstico, una ocupación la cual pública y notoriamente es peor remunerada que la de empleador, la confrontación de datos es escandalosa, llegando al 7,9% en las mujeres y un 0,2% en hombres, esto sin considerar que obviamente en todas las demás categorías ocupacionales son dominadas por el sexo masculino.

Por último, el dato más neurálgico en relación con nuestro tema es que según cifras de la propia Dirección del Trabajo, se presentan solo tres denuncias al año en esta materia<sup>3</sup>, lo que denota un grave problema si cotejamos este dato con los de brecha salarial vistos anteriormente.

Es este último dato el que hace el nexo con el ámbito jurídico y que le da sentido a esta revisión que nos proponemos hacer. La idea es averiguar si existen causas jurídicas que expliquen de alguna manera estas cifras. Es por eso que nos detendremos y analizaremos cada uno de los elementos que componen el marco normativo que regula esta materia en el país, así como los instrumentos internacionales más relevantes y, por último, haremos una somera revisión de casos de Derecho Comparado que nos puedan ayudar a determinar las causas estrictamente jurídicas que puedan estar interviniendo en el fenómeno de la brecha salarial en Chile.

Iniciaremos el cuerpo de esta investigación realizando un análisis de los principios relacionados con el tema de esta memoria en conjunto con ciertas precisiones conceptuales. Además, veremos de qué forma se encuentran reconocidos dichos principios a nivel constitucional, la procedencia del recurso de protección y la eficacia normativa en relación a dichas normas.

En el capítulo II, nos centraremos en la aplicación del principio a nivel legal. Para este propósito nos centraremos en el análisis de la legislación (Código del Trabajo) con ayuda de la doctrina nacional e internacional. Partiremos con la consagración de los principios relacionados en la ley, luego revisaremos las normas que consagran el Principio de Igual Remuneración entre Hombres y Mujeres, para luego detenernos en el procedimiento de protección que la ley asignó para el principio que estamos analizando. Cerraremos dicho capítulo haciendo observaciones sobre el proyecto de ley de reforma al artículo 62 bis.

Finalmente, en los capítulos III y IV, observaremos los tratados que rigen el principio en comento para cerrar con la observación a dos experiencias de Derecho

---

<sup>3</sup> JOFRÉ, D. 2018. Solo tres mujeres al año acuden a tribunales para exigir igualdad salarial. de El Mercurio. Economía y Negocios. [En línea] <<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=442710>> [Consulta: 12 de diciembre de 2018].

Comparado: Islandia y México las cuales nos ayudarán a determinar, tanto las medidas exitosas como las falencias de nuestro sistema, al cotejar similitudes y diferencias entre una legislación y otra.

## **CAPÍTULO I. PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LA IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES Y SU CONSAGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.**

### **1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.**

La igualdad como principio, tiene presencia en las Cartas Magnas de los diferentes estados nacionales, habiendo sido uno de los fundamentos de muchas de las revoluciones más importantes de la historia de la humanidad. Los ejemplos más relevantes, los encontramos en La Revolución Rusa de 1917 y, más importante aún, en la Revolución Francesa de 1789. Ésta última tuvo como ideales fundantes principios como la fraternidad, la Libertad y, por último, siendo el foco de este capítulo, la Igualdad.

El preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, deja claro que una de las fuentes más importantes de las injusticias y corrupción que precedieron la Revolución Francesa es el soslayo de los Derechos Humanos, entre esos derechos se destaca el reconocimiento de que todos los hombres, merecen un igual trato en razón de su igual dignidad. A partir de tan importante declaración de la humanidad, estos ideales fueron construyendo los cimientos de las diferentes Constituciones del mundo, las cuales, a su vez, sustentan los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Para Miguel Rodríguez-Piñero *La igualdad aparece así como una «supernorma», presupuesto justificativo del orden jurídico, y «carácter del entero sistema normativo»<sup>4</sup>. Pero, ¿Esa igualdad comprendía a las mujeres? La respuesta a esa pregunta no puede*

---

<sup>4</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M. 1979. El principio de igualdad y las relaciones laborales. Revista de Política Social, [En línea] (121), p.383. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2494663> [Consulta: 17 agosto 2018].

tomarse a la ligera, sobre todo si consideramos que la primera ley que otorgó voto a las mujeres data de 1918, en el Reino Unido y en nuestro país tuvimos que esperar hasta 1935. Peor aún es el panorama, si recordamos que las mujeres en Chile aún eran consideradas incapaces relativas al casarse en régimen de sociedad conyugal hasta el año 1989 y esas diferencias aún se mantienen en diferentes ámbitos: Costumbres sociales, Acceso a la Salud, etc.

Para autores como José Luis Cea o Ángela Vivanco, la Igualdad tiene su origen en un concepto más importante: La Dignidad, la cual es definida por el primero de los autores como: *“(...) la calidad de la persona humana que la convierte en fuente y titular de los derechos inherentes a su naturaleza”*<sup>5</sup>. Pero ¿Qué es el principio de Igualdad? y ¿Cuál es su relación con la dignidad humana? Para Vivanco (Quien cita a Mario Verdugo Marínkovic y otros, año 1994) *“Todo ser humano no es superior ni inferior a cualquier otro; ninguna persona es más que cualquier otra persona en dignidad y derechos, nadie puede ser discriminado”*<sup>6</sup>. El principio de Igualdad sustenta su entramado lógico en la premisa de que todo ser humano tiene la misma calidad de persona, la cual la habilita para ser fuente y, a la vez, titular de los derechos que ser derivan de su condición. La respuesta a la segunda pregunta planteada se responde realizando una relación de causalidad entre ambos conceptos. Los hombres y mujeres son iguales debido a que todos los seres humanos poseen la misma dignidad y derechos. En consecuencia, para darle sentido al principio de Igualdad, es menester reconocer que todos los seres humanos tienen la misma dignidad, la cual no puede graduarse o clasificarse, debido a que se trata de un atributo propio y determinante de la especie humana.

La igualdad, así como muchos otros conceptos con contenido jurídico, es susceptible de clasificarse. En este sentido, entenderemos la igualdad como una

---

<sup>5</sup> CEA EGAÑA, J. (2015). Derecho constitucional chileno. Tomo II. 3ra ed. Santiago, Chile: Eds. UC. p.42.

<sup>6</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, A. (2007). Curso de derecho constitucional. 2da ed. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. p.45.

moneda, es decir, la igualdad poseerá dos caras: La Igualdad Formal y La Igualdad Material. Respecto de la primera hay que establecer una relación entre las personas y la ley, ya sea desde la igual aplicación del derecho a las personas que se encuentran en una situación jurídica igual o similar, lo cual se asegura en los artículos 1 y 19 N° 2 de la Constitución, lo que se denomina Igualdad en la ley<sup>7</sup>, hasta la garantía de que los derechos van a ser igualmente accesibles por parte de las personas, debido a que el Estado asegura que sean protegidos por medio de procedimientos, instituciones, etc. Que no es otra cosa que lo que denominamos Igualdad ante la ley propiamente tal. Dicha garantía se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. Si ahora nos referimos a la Igualdad Material (la otra cara de la moneda), podemos decir que se trata de una garantía que asegura que todos los seres humanos, en cuanto tales, tienen la misma dignidad y, por tanto, merecen ser tratados de la misma manera frente a las mismas o similares situaciones. La relación, en la Igualdad Material, no pasa por el derecho directamente, sino que es anterior a este; es un reconocimiento entre iguales o similares.

Luego de entender lo enunciado en el párrafo anterior, surge de inmediato la siguiente pregunta ¿Qué relación hay entre ambos conceptos además de la palabra Igualdad? La relación es casi simbiótica, es decir, no existe Igualdad Formal si no reconocemos la Igualdad Material porque, de hecho, la ley no reconocería a las personas como iguales, lo cual llevaría necesariamente hacia la discriminación y clasificación de los seres humanos. Desde la otra perspectiva ocurre lo mismo, Sin Igualdad Formal, la Igualdad Material carecería de un guardián, el cual es la ley, que le da legitimidad y le brinda protección frente a los intentos de discriminación arbitraria.

### **1.1 El Principio de Igualdad, la discriminación hacia la Mujer y la Discriminación Positiva.**

---

<sup>7</sup> La Profesora Ángela Vivanco realiza ésta distinción para diferenciar la aplicación de la ley, con el contenido de la misma.

Si volvemos al Texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, descubriremos que se consagra la Igualdad como uno de sus valores principales, es más, ésta se consagra de esa forma en su artículo primero. Pero desde aquellos años, las mujeres se han sentido excluidas de los núcleos del poder y no callaron. Fue Olimpe de Gouges (una de las más grandes defensoras de la lucha de las mujeres en la historia), la que redactó la Declaración de Derechos de la Mujer y la ciudadana, incluyendo a la mujer en cada uno de los artículos, en los cuales, no se hacía mención alguna en el texto original. Si esto se toma a la ligera, como si fuera un simple asunto semántico, se incurre en un error. La Declaración publicada por de Gouges, va a constituir uno de los grandes hitos de la historia del feminismo, por hacer notar las injusticias en tiempos donde la noción de las democracias actuales estaba recién en construcción<sup>8</sup>. Ese soslayo de la importancia social de la mujer se ha observado por siglos, en diferentes culturas y constituye actualmente una de las fuentes más grandes de cambios sociales. El ignorar el rol de la mujer, ha sido la gran forma de discriminación en la historia y frente a esa discriminación se han planteado políticas muy bien intencionadas tendientes a restaurar el equilibrio frente a tales injusticias. Una de esas medidas se ha denominado como “Cuotas”, las cuales implican un tipo de Discriminación Positiva, es decir, *“medidas que tratan de atacar la desigualdad y, de esta guisa, establecer una situación de igualdad”*<sup>9</sup>, o en su definición por parte de la Real Academia *“Protección de carácter extraordinario que se da a un grupo socialhistóricamente discriminado”*<sup>10</sup> (RAE, Discriminación|Definición de discriminación, 2018) en otras palabras, se trata de involucrar a personas discriminadas, por medio de algún sistema que les permita participar de los procesos sociales, políticos o económicos. La pregunta surge de forma inmediata ¿Es igualdad la Discriminación Positiva? Lo primero que hay que tener en consideración, es que hay

---

8 CERECEDA, E. (2015). La Reivindicación de la Mujer de Olympe de Gouges a Flora Tristán (Tesis de pregrado). Universidad de la Rioja, La Rioja, España.

<sup>9</sup> MUÑOZ CABRERA, D. (2010). Igualdad Jurídica o Igualdad Material ¿qué va antes el huevo o la gallina?. Anuario de Derechos Humanos, 11(1), p.413.

<sup>10</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). Discriminación|Definición de discriminación. [En línea] Disponible en : <http://dle.rae.es/?id=DtDzVTs> [Consulta: 21 agosto 2018].

dos acepciones de lo que significa discriminar. La primera hace referencia a “*Seleccionar Excluyendo*”<sup>11</sup> (RAE, Discriminar|Definición de discriminar, 2018), lo cual no difiere de la selección que una persona puede hacer respecto a lo que va a desayunar, en cambio la segunda, es una definición que tiene una carga social semántica negativa, debido a que se emplea para describir la siguiente conducta: “*Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc*”<sup>12</sup>. Pero ambas definiciones extraídas de un diccionario, se quedan cortas debido a que obvian las consecuencias negativas de los actos discriminatorios, es por eso que el autor Jesús Rodríguez Zepeda, elaboró una “definición técnica” de lo que se entiende por discriminación, la cual se cita a continuación:

“la discriminación puede ser definida como una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales”<sup>13</sup>.

Pero la Discriminación Positiva tiene un componente de protección, no de “desprecio”. Esto se explica porque la Discriminación Positiva es una medida “antidiscriminación”, tendiente a poner en práctica, medidas que puedan mitigar las “desventajas inmerecidas” de ciertos grupos de población, es por eso que es importante destacar el enfoque que debe darse a las medidas de acción positiva contra la discriminación, debido a que es fácil confundirse y vincular los conceptos de “Discriminación” con el de Discriminación Positiva, por el sólo hecho de que lleven en común el vocablo “Discriminación”. Los actos de Discriminación positiva, hacen

---

<sup>11</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). Discriminar|Definición de Discriminar. [En línea] Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=DtHwz2> [Consulta: 21 agosto 2018].

<sup>12</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Idem.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. (2004). ¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?. 2da ed. México, D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, p.19.

diferencias para buscar la Igualdad como un fin, no simplemente semántico, sino que, en la práctica, emparejan el terreno sobre el cual se construyen los cimientos de una sociedad más justa. También es llamativa la relación que se puede establecer con los conceptos de igualdad tratados en el apartado anterior, debido a que los actos de Discriminación Positiva, son consecuencia de la puesta en práctica de la idea de la simbiosis entre Igualdad Formal y Material, en el sentido de que se manifiestan en actos generalmente administrativos o leyes, mediante las cuales, los gobiernos buscan implementar medidas que atenúen y, en el mejor de los casos, eliminen los actos de discriminación arbitraria. Parafraseando a Asti, Nazario e Iparraguirre quienes han realizado la siguiente distinción: Las manifestaciones de Acción Positiva (Las cuales se diferencian sutilmente de las medidas de Discriminación Positiva, en que se tienden a diluir socialmente por no tener una aplicación a un grupo concreto o a un problema en específico<sup>14</sup>, se han clasificado de las siguientes maneras:

1) Acciones Remedio: Son aquellas medidas tendientes a mitigar de alguna manera los actos de discriminación, por medio de medidas *ex post*. Un ejemplo de estas medidas serían las indemnizaciones de perjuicios.

2) Acciones Amparo: Implican medidas que protegen a los grupos discriminados, sin implicar Cuotas que vayan en perjuicio de otros grupos sociales. Un ejemplo es la ley 20.609 bautizada popularmente como “Ley Zamudio”.

3) Medidas de Tratamiento Preferencial: Son medidas establecidas *ex ante*, las cuales implican preferencias en favor de grupos discriminados. El ejemplo son las cuotas<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> ASTI HEREDIA, J., NAZARIO SÁNCHEZ, B. AND IPARRAGUIRRE ALARCÓN, K. 2018. Discriminación positiva: un acercamiento sobre la inclusión de la mujer en la política peruana a propósito de las cuotas de género. [En línea] <<http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/2491>> [Consulta: 21 agosto de 2018].

<sup>15</sup> ASTI HEREDIA, J., NAZARIO SÁNCHEZ, B. AND IPARRAGUIRRE ALARCÓN, K. 2018. Ibid.

Haremos referencia a este punto nuevamente, cuando analicemos las normas de rango legal, y determinaremos en función de esta clasificación qué medidas ha tomado el Estado de Chile para contribuir a la disminución de la brecha salarial.

## 2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Si bien es cierto que, para muchos autores en la doctrina nacional, el Principio de no discriminación en cuanto a su aplicación al Derecho del Trabajo se trata en conjunto con el Principio de Igualdad (por su relación evidente) y/o inmerso dentro de la Libertad de Trabajo, como uno de sus componentes, nos interesa tratar este principio en un apartado diferente, debido a la importancia capital que tiene este principio en relación al tema central de esta memoria: La Igualdad de Remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de Igual Valor.

El Principio de No Discriminación en materia laboral, se encuentra consagrado a nivel constitucional en el artículo 19 N° 16 inciso tercero el cual se reproduce a continuación: *“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”*. Lo primero que podemos notar es que la constitución busca establecer esta prohibición contenida en el inciso citado como una de aplicación general, es decir, no se impone solo a los órganos del estado, sino que también a los particulares, esto en virtud del artículo 6 inciso segundo, que consagra el principio de vinculación directa el cual determina que *“La Constitución por sí e inmediatamente posee vigor jurídico, en atención a que vincula a toda persona, institución o grupo”*<sup>16</sup>. Otro aspecto que se desprende de la norma es que tiene una redacción de carácter abierto, frente a las conductas que podrían establecerse como discriminatorias, al señalar: *“Se prohíbe cualquiera discriminación”*, en contraste con la redacción del Art. 2 del Código del Trabajo, el cual enumera las hipótesis de

---

<sup>16</sup> CEA EGAÑA, J. Op. Cit. p.298.

discriminación. Esto se puede considerar un acierto del constituyente, debido a que se pueden concebir variados casos de discriminación que podrían llegar a tener protección constitucional, entre ellos la discriminación basada en el sexo de las personas. En este sentido se expresó la Comisión de Estudio (La que, a su vez, es citada por José Luis Cea, año, 2012)<sup>17</sup>, quienes señalaron:

“(…) La normativa que os proponemos, junto con asegurar la libertad de trabajo y su protección y consagrar el principio de que toda persona tiene derecho al trabajo, prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad de quien lo presta, sin perjuicio de que la ley pueda, en ciertos casos, exigir la nacionalidad chilena. Este concepto no es sino una proyección del principio de igualdad ante la ley, que hemos creído conveniente contemplar con relación al derecho al trabajo, porque es frecuente que se hagan discriminaciones especialmente con respecto a la edad o al sexo de la persona, las que resultan muchas veces absolutamente injustificadas e inconvenientes, ya que significan prescindir de la experiencia de los años o desconocer la preparación, capacidad y condiciones que, sobre todo hoy en día, tiene la mujer para asumir responsabilidades de esta naturaleza”.

Es evidente que la mencionada comisión consideró a la discriminación por sexo como una de las más relevantes, ya que las denominaron como “injustificadas e inconvenientes”. También es interesante la relación que establece con la Igualdad ante la Ley, pese a que el autor citado trata el tema a propósito de la libertad de trabajo, y es que resulta imposible no vincular ambos preceptos (Nos referimos al artículo 19 N° 2 de la Constitución), por su indiscutible relación basada en el hecho de que al reconocer la Carta Fundamental, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Art. 1 CPR), sería del todo ilógico que el constituyente no aplicara el mismo

---

<sup>17</sup> CEA EGAÑA, J. op. cit., p.461

principio al ámbito laboral, por mucho que se trate, en la mayoría de los casos, de relaciones pertenecientes al ámbito privado.

Pero, ¿La norma aplica al ámbito de las remuneraciones? Para Cea, del inciso segundo del artículo 19 N° 16 se desprenden tres derechos, a saber: El derecho a la libre contratación en materia laboral, el derecho a la libre elección del trabajo y el derecho a una justa remuneración, el cual define como “(...) *la que corresponde pagar por la naturaleza de la labor realizada, considerando la situación objetiva del empleador*”<sup>18</sup>. Resulta importante hacer una nueva relación, esta vez, entre el Principio de No Discriminación y el derecho a una Remuneración Justa. Dicha relación no puede ser otra que aceptar que la determinación de una remuneración justa no puede tener otro estándar que la labor realizada por el trabajador o la trabajadora sumado a la situación objetiva del empleador, quien no puede (En virtud del Principio de No Discriminación), a su vez, hacer diferencias arbitrarias basado, entre otras cosas, en el sexo de una trabajadora. Por lo tanto, una interpretación armónica, del artículo 19 N° 16 inciso tercero, nos hace concluir que la discriminación salarial por sexo se encuentra prohibida en virtud de un mandato constitucional, lo que le otorga el rango más elevado en la legislación nacional, con excepción de las propias limitaciones que establece la norma en comento, las cuales son: La capacidad o idoneidad personal, la nacionalidad chilena cuando la ley lo exija y la edad para determinados casos. En cuanto a la capacidad, la comisión de estudio, señaló que “*La capacidad es un factor válido para determinar si una función es asignada a una persona o a otra...*”<sup>19</sup>, lo anterior, nos da a entender que la limitación en comento no puede constituir una discriminación arbitraria, debido a que se considera un factor válido para seleccionar a un trabajador, teniendo en cuenta que la comisión entendió el concepto capacidad como una aptitud física para desempeñar alguna labor. Respecto de la idoneidad, esta se trata de “*rasgos mentales, intelectuales, morales y técnicos, de la destreza profesional y experiencia del trabajador*”<sup>20</sup>, dichas aptitudes deben tener un carácter

---

<sup>18</sup> CEA EGAÑA, J, op cit., p.461

<sup>19</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. 2018. En: Comisión Constituyente. [En línea] Santiago: República de Chile, p.540. Disponible en:

<[https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3762/2/Tomo\\_VI\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf)> [Consulta: 27 agosto 2018].

<sup>20</sup> CEA EGAÑA, Op. Cit. p.461

objetivo, sin entrar en su ámbito de comprensión las creencias religiosas, ideales políticos o la falta de uno o ambos. La tercera limitación es la nacionalidad chilena cuando la ley lo exija, un ejemplo de esto se encuentra en los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo. Por último, está la edad, la cual puede ser exigida para determinadas funciones en que es un factor relevante de selección, en este mismo sentido declaró Jaime Guzmán en la mencionada comisión: “(...) y así también respecto de una función determinada puede ser importante y necesaria, como pauta general, la edad, sea mínima o máxima”<sup>21</sup>. En este sentido, entendemos que la condición de la edad de una persona, puede determinar su capacidad física, por lo que el criterio tiene mucha relación con el primero enumerado, pero, además, está la necesidad de que existan condiciones para el desarrollo personal de algunos grupos, como son los menores de edad con su educación formal, por ejemplo. Es importante hacer hincapié en que la enumeración presentada es taxativa y debe interpretarse restrictivamente.

Por último, es menester tratar el tema de las categorías sospechosas<sup>22</sup>, el cual dice relación con algunos criterios de discriminación a los cuales se les debe aplicar un estándar de escrutinio estricto<sup>23</sup>, es decir, que para casos en que esté en discusión algún tipo de discriminación arbitraria por condiciones como la raza, el sexo, la orientación sexual y cualquier otro que implique la aplicación diferenciada del derecho sin un motivo justificado, será impuesta una presunción que pone como carga del juzgador la obligación de justificar que no se está vulnerando el principio de igualdad o algún otro derecho fundamental como el de No Discriminación. El criterio aludido surge en los Estados Unidos, a propósito de varios casos de jurisprudencia referente al principio de igualdad y ha sido recogido incluso (aunque en forma indirecta), por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que por nuestro Tribunal Constitucional, aunque en nuestra Constitución no hay alusión alguna a dichas

---

<sup>21</sup> Idem

<sup>22</sup> ÍÑIGUEZ MANSO, A. (2018). La Noción de “Categoría Sospechosa” y el Derecho a la Igualdad ante la Ley en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 43(1), pp.495-516.

<sup>23</sup> SABA, R. (2009). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II. 1ra ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp.695-740.

categorías, debido a que el constituyente prefirió establecer una fórmula de carácter general en el mencionado artículo 19 N° 16 inciso tercero.

### **2.1 La Acción de Protección y el principio de No Discriminación en materia laboral.**

Una vez teniendo claro que el Derecho de No Discriminación en materia laboral tiene rango constitucional, hay que advertir que esto no implica, necesariamente, que esté protegido por las acciones consagradas en el mismo cuerpo normativo. Si bien, el Recurso de Protección contiene la protección del N° 16 del artículo 19, el contenido de esa protección alcanza solo “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”, lo cual excluye expresamente el inciso tercero, que es el que contiene el derecho en comento. Pero, sin perjuicio de lo anterior, hay doctrina<sup>24</sup> que señala que, de todas formas, el derecho fundamental de No Discriminación se encuentra indirectamente protegido en virtud del N° 2 del catálogo del artículo 19, por su vinculación obvia y directa con el Principio de Igualdad, aunque desafortunadamente, su ejercicio se ve desvirtuado por otros dos motivos. El primero dice relación con los principios del derecho del trabajo, ya que, al tratarse de un recurso establecido para tutelar varios derechos constitucionales, su tramitación excluiría los mencionados principios, lo cual le quitaría a la acción varios de sus fundamentos. Al respecto, el profesor Ugarte<sup>25</sup>, ha señalado que el Recurso de Protección tiene una “construcción jurídicamente neutra”, en el mismo sentido que venimos sosteniendo. El otro inconveniente trata sobre la naturaleza una acción de tutela de derechos, en relación a la propia naturaleza del Recurso de Protección como acción de carácter cautelar<sup>26</sup>, debido a que su finalidad está en “restablecer el imperio del derecho”, y no en obtener una reparación o indemnización por la vulneración que

---

<sup>24</sup> Caamaño, E. (2003). La Tutela del Derecho a la No Discriminación por Razones de Sexo durante la Vigencia de la Relación Laboral. *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, 14(1), pp.25-41.

<sup>25</sup> Ugarte, J. (2004). *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago. Editorial Universitaria. p. 130 y ss.

<sup>26</sup> Palavecino, Claudio & Devillaine, Franco. (noviembre de 2008). Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral. *La Semana Jurídica*, 382, pp.6-7.

supondría la discriminación arbitraria, lo cual supondría un proceso ante un “juez de grado”<sup>27</sup>. Ugarte<sup>28</sup> agrega las siguientes críticas a las ya planteadas, la falta de protección al trabajador que tiene una relación laboral aún vigente, debido a las posibles represalias laborales que implicaría la interposición del recurso, las cuales podrían llevar al despido de un trabajador, por el solo hecho de solicitar la protección de sus Derechos Fundamentales.

### **3.- LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA EFICACIA DIRECTA O INDIRECTA.**

El concepto de eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales “hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares, esto es, entre sujetos sin potestad estatal”<sup>29</sup>. Esto quiere decir que es posible aplicar las normas constitucionales que reconocen Derechos Fundamentales, al ámbito privado, sin necesidad de una norma remisora que sirva de justificación para su inclusión dentro de las consideraciones jurídicas que aplicarían en caso de una contravención o vulneración de dichos derechos. Esta eficacia horizontal se contrapone a la eficacia vertical, la cual trata sobre la aplicación de las normas constitucionales contenedoras de Derechos Fundamentales a las relaciones entre el Estado y los particulares. En nuestro país, dicho efecto es relativamente nuevo (considerando que en el resto del mundo se empezó a hablar de este efecto post guerra), teniendo un reconocimiento casi cabal solo desde los años 80.

Esta doctrina, tiene directa relación con el Principio de Vinculación Directa de la Constitución, consagrado en el artículo 6. Dicho principio dispone que además de los órganos del Estado, quienes obviamente deben regir su acción por la Constitución; los particulares también deben someterse a los preceptos constitucionales, en cuanto a

---

<sup>27</sup> Palavecino, Claudio & Devillaine, Franco. (noviembre de 2008). Idem

<sup>28</sup> Ugarte. Op. Cit. p. 130 y ss.

<sup>29</sup> Marshall Barberán, P. (2010). El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. Estudios Constitucionales, 1. p. 44.

sus relaciones con el Estado, como con otros entes privados (persona, institución o grupo).

Ahora, para Ugarte<sup>30</sup>, la eficacia horizontal se manifestaría de dos formas posibles. La primera tiene relación con el carácter jerárquico de nuestra legislación, la cual tiene a la Constitución como la norma fundamental y que prima por sobre todas las demás, es por eso que debe aplicarse a todos, sin excepción. La segunda forma dice relación con la doctrina alemana del *Drittwirkung*, la cual dispone que, al aplicarse la protección constitucional a todos, debe tenerse presente que en el ámbito privado existen diferencias de poder (económico, político, social, etc.). Esta última manifestación de la eficacia horizontal le da sustento a críticas que se fundan en la posición desventajosa que tiene el trabajador en relación a su empleador, donde, claramente, existe un desequilibrio de poder el cual debe tenerse en consideración, tanto por parte del legislador como del juzgador, de este modo, “(...) la lógica intrínseca del Derecho del Trabajo no es proteger espacios de autonomía de los privados —como ocurre en el Derecho Civil—, sino frenar los eventuales abusos de una situación de poder (...)”<sup>31</sup>. Esa lógica intrínseca a la cual se hizo referencia, tiene que ver, principalmente, con la relación de subordinación y dependencia que envuelve la relación laboral, la cual no se puede soslayar, si se pretende avanzar hacia una tutela efectiva de los derechos de los trabajadores.

Resta desarrollar un tema en cuanto a la eficacia horizontal, el cual tiene que ver con la forma en que se desarrolla la aplicación de esa doctrina. Así, podemos distinguir una Eficacia Directa y una Indirecta. La primera se puede sintetizar en la idea de que los Derechos Fundamentales se aplican como normas que rigen las relaciones entre particulares sin mediar la interacción de alguna otra de rango inferior, es decir, son oponibles entre particulares al celebrar actos jurídicos, así sin más. Mientras que hablamos de Eficacia Indirecta cuando estamos frente a especies de “decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre sobre el conjunto del ordenamiento, y, en

---

<sup>30</sup> Ugarte, J. (2018). Derechos Fundamentales Tutela y Trabajo. Santiago. Legal Publishing Chile. p.24

<sup>31</sup> Ugarte, J. Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo, op. cit. p. 28

esa medida vinculan al legislador y al juez, quienes, a su vez las aplican en otras leyes o en sus fallos”<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Ugarte, J. Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo, op. Cit. p. 26

## **CAPÍTULO II: LOS PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LA IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO.**

Luego de haber desarrollado los principios fundamentales en el ámbito constitucional, es menester tratar lo que ha señalado el legislador en el Código del Trabajo al respecto.

### **1.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO**

#### **1.1 El principio de igualdad ¿Se trata de un principio propio del Derecho del Trabajo?**

Interesante es a este respecto, lo señalado por el profesor Américo Plá en su célebre libro “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Para Plá, el Principio de Igualdad, es discutible como tal, ya que su alcance es incierto y suele confundirse su contenido con otros, cuando, un principio debe tener un contenido que nadie discuta. Para ser más preciso, no es que el autor niegue la existencia de un reconocimiento de la igualdad en el Derecho del Trabajo, sino que más bien, pone en duda su naturaleza jurídica como principio. En cuanto al contenido, Plá señala que aceptar el Principio de Igualdad trae aparejado el establecimiento de mínimos parejos, que aseguran a los trabajadores y trabajadoras que realicen labores de igual valor, los mismos beneficios, lo cual genera que los legisladores establezcan criterios que no son compartidos por todos y que, a la larga, esta indeterminación produce problemas “*porque es muy difícil que un trabajador reconozca sus propias carencias o limitaciones, o la superioridad de otro trabajador que cumple mejor la tarea o que es capaz de resolver más acertadamente o más rápidamente las dificultades, etc.*”<sup>33</sup>. Por último, se refiere a la

---

<sup>33</sup> Pla, A. (1998). Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Ediciones Buenos Aires. p. 413

diferencia con el Principio de No Discriminación, estableciendo que este último, “es la versión más modesta o simple”<sup>34</sup> del principio en comento, ya que busca prohibir las discriminaciones por razones no admisibles, es decir, aquellos distingos que realice el empleador basado en motivos injustificados que pueden o no, estar enumerados en la legislación dependiendo de la fórmula que se adopte, evitando así, que se discrimine a una persona respecto de una generalidad; mientras que el Principio de Igualdad, buscaría que no se beneficie a alguien respecto del común de las personas.

Si bien el planteamiento anterior es claro, hay que dejar establecido que el Principio de Igualdad está reconocido a nivel de instrumentos internacionales (como ejemplo está el artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer ratificada por Chile en 1989) y en nuestra constitución (artículos 2 y 19 N° 16), por lo que solo nos quedaría referirnos a la utilidad que tiene dicho reconocimiento, en referencia a lo afirmado por Américo Plá. Para esto, nos apoyaremos en el planteamiento de Oscar Ermida Uriarte<sup>35</sup>, para quien el Derecho Laboral “Constata una desigualdad e intenta corregirla”<sup>36</sup>. Así, para el mencionado autor, el Principio de Igualdad en materia laboral tiene un contenido que debe pensarse desde la perspectiva de la igualdad material y no desde la perspectiva liberalista de la igualdad, la cual se materializó en la mayoría de las legislaciones de la región. Para entender mejor el punto que estamos tratando, es preciso mencionar que para Ermida, el Derecho del Trabajo tiene como uno de sus principales objetos de estudio a la relación laboral entre empleador y trabajador, la cual es reconocidamente desigual, y en la que se debería buscar equiparar, entre otras cosas, las condiciones de negociación del contenido del contrato de trabajo, en este caso las remuneraciones<sup>37</sup>. Teniendo en cuenta ese punto de vista acerca de la materia, es casi imposible soslayar que el Principio de Igualdad juega un rol específico dentro de esta rama del derecho.

---

<sup>34</sup> Pla, A. Op. Cit. p. 412

<sup>35</sup> Ermida Uriarte, O. 2011. Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. Derecho y Sociedad, 37(1), pp.23-32

<sup>36</sup> Ermida Uriarte, O, op. cit. p. 37

<sup>37</sup> Ermida Uriarte, O, Ibid.

Ese rol es la búsqueda de condiciones justas en una relación desequilibrada, como lo es la relación laboral.

## **1.2 El Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres en el Código del Trabajo.**

Fuera de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (tema a tratar en el capítulo IV), no es mucho el avance que podemos apreciar en esta materia desde 1931, fecha en que entra en vigencia un Código del Trabajo (DFL N°178 1931), que ya en esos tiempos, contenía una disposición (artículo 35) que versaba así: “En la misma clase de trabajo, el salario del hombre y de la mujer serán iguales”. Varios fueron los años que transcurrieron hasta que una disposición similar integre el código del trabajo en forma explícita, de hecho, tenemos que ir hasta 2006, fecha en que ingresa a tramitación la Ley 20.348, para observar un real interés de los órganos legisladores para recién restablecer un derecho que fue derogado en 1987 junto con el vetusto cuerpo legal de 1931.

La moción presentada en 2006 fundamentaba su presentación, en primer lugar, en el Principio de Igualdad en las Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, el cual se encuentra reconocido internacionalmente desde 1919, en la parte Octava del Tratado de Versalles<sup>38</sup>. La segunda fundamentación, trató sobre el escaso avance en la práctica que tenía esta materia, todo sustentado en cifras del Instituto Nacional de Estadísticas, el cual denotaba una escasa reducción de la brecha salarial, la cual alcanzaba en ese momento un 31,1%<sup>39</sup>, entre otros datos ilustrativos de la realidad nacional en 2001. El tercer fundamento se encuentra en datos comparados con otros países de Sudamérica, los cuales habían logrado disminuir de brecha salarial en un porcentaje mucho mayor que Chile en para la misma fecha de estudio. Por último, se aduce que, con la falta de reconocimiento del Principio de Igualdad de

<sup>38</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley N° 20.348 Resguarda el derecho a la Igualdad en las remuneraciones 19 de junio, 2009” [en línea] <<http://www.bcn.cl>> [19 de Octubre de 2018]

<sup>39</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Ibid

Remuneraciones, se vulneran determinadas disposiciones de tratados que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como es el caso del Convenio N° 100 de la OIT.

Actualmente y tras la publicación y entrada en vigencia de la ley N° 20.348 el principio está recogido en el artículo 62 bis del Código del Trabajo, el cual dispone en su actual redacción:

“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.

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, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa”.

El primer aspecto que podemos analizar es el concepto de “mismo trabajo” que se utiliza en el inciso primero del artículo en comento, el cual fue uno de los puntos más debatidos en la discusión parlamentaria. La moción original contenía otra redacción claramente basada en el artículo 1 del Convenio N° 100 de la OIT donde se utiliza la expresión “trabajo de igual valor”, que fue la que más dudas suscitó en cuanto a su sentido y alcance, principalmente porque no existe un concepto unívoco que lo defina, es más, el propio Convenio mencionado no lo define, pero al parecer no lo hizo por desidia o falta de precisión, sino que existe un motivo, el cual es expuesto por el autor Julio Martínez Vivot<sup>40</sup>, quien señala que las diferencias que generan los diferentes

---

<sup>40</sup> Martínez Vivot, J. 1987. Los Principios de Igual Remuneración por Igual Tarea y por Trabajo de Igual Valor. Lecciones y Ensayos, 47(1), p.60.

sistemas remuneratorios nacionales (legislación) y los diferentes niveles culturales y sociales, impiden darle un contenido preciso al mencionado concepto, en un sentido similar, se expresó la abogada del Departamento de Reformas legales del Servicio Nacional de la Mujer, durante la discusión del proyecto, al afirmar: “las definiciones acotadas siempre conllevan el riesgo de que sólo comprendan y alcancen a los casos específicos que figuran mencionados en la ley, excluyendo a otros tantos que, sin tener una referencia expresa, también podrían quedar comprendidos bajo sus normas”<sup>41</sup>. Finalmente, el legislador optó por otra redacción, en vista a la incapacidad hecha ver por varios parlamentarios, de determinar el sentido y alcance del trabajo de igual valor, dejando parcialmente de lado el objetivo planteado en el convenio, ya que, si bien recogió el principio, a fin de cuentas, dejó un rango de interpretación muy amplio que abre la posibilidad a un ámbito de discrecionalidad que, ciertamente, permitirá la vulneración del principio si es que el empleador actúa de mala fe frente a la norma, amparado en el resto de la redacción del artículo 62 bis que establece que serán consideradas arbitrarias las diferencias objetivas basadas en criterios que no se enmarquen dentro del ámbito de las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad. En referencia a este último punto, resulta imperativo analizar a qué se refiere la ley con estas “razones” que permitirían hacer diferencias de carácter no arbitrario. Es la ley (en este caso el DFL N° 2 de 1967, del ministerio del trabajo, más conocido como Estatuto Orgánico) la que por mandato le otorga a la Dirección del Trabajo una función interpretativa, la cual se ejecuta por medio de dictámenes que son emitidos de oficio o a petición de parte. Dentro de esa función, la Dirección del Trabajo emitió el ORD N° 1187/018, la cual fija el sentido y alcance del artículo 62 bis<sup>42</sup>. En dicho instrumento, se determina que, para interpretar dichas razones, se debe recurrir al principio gramatical de interpretación, recurriendo entonces a la Real Academia Española de la Lengua, lo cual nos deja como resultado que la palabra “capacidad”, debe entenderse como: “aptitud, el talento o la cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo”<sup>43</sup>. Luego, calificación como:

---

<sup>41</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. , “Historia de la Ley N° 20.348 Resguarda el derecho a la Igualdad en las remuneraciones 19 de junio, 2009” Op. Cit.

<sup>42</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, dictamen, ORD N° 1187/018, 10 de marzo de 2010

<sup>43</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. “Diccionario Español. [En línea] <<http://www.rae.es>> [Consulta: 22 de octubre de 2018]

“acción y efecto de calificar” y “calificar”, a la vez, es “apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o algo”<sup>44</sup>. “Idoneidad”, como: “cualidad de idóneo” e “idóneo” es “adecuado y apropiado para algo”<sup>45</sup>. “Responsabilidad” como: “cualidad de responsable” y “responsable” dicho de una persona: “que pone cuidado y atención en lo que hace o decide”<sup>46</sup>. Por último, “productividad” como: “cualidad de productivo” y “productivo” “que tiene virtud de producir” y en otra acepción, es “que es útil y provechoso”<sup>47</sup>. El problema inmediato que puede observarse al interpretar la norma no está en el hecho de que no se reconozca el principio de igualdad de remuneraciones (porque, de hecho, se hace de forma expresa en la norma) sino que en la prueba de que se está diferenciando por una causal objetiva distinta de los criterios considerados sospechosos. Diferente sería si se aplicara algún sistema objetivo de calificación de los trabajos considerados de “igual valor” o estableciendo algún tipo de presunción simplemente legal que permita invertir la carga probatoria hacia el sujeto pasivo quien, en principio debiera tener mejores herramientas para acreditar que no está haciendo diferencias arbitrarias, ya que es quien detenta el control de la marcha de la empresa y, por consecuencia, tiene acceso total a cualquier clase de medio que permita determinar si existe discriminación salarial por sexo o se trata de diferencias fundadas en alguno de los criterios o razones objetivas que el mismo legislador estableció. Este tema será tocado más extensamente en el apartado dedicado al procedimiento de protección del principio.

Para finalizar, queda una pregunta capital para entender si la norma cumple con el propósito de contribuir a disminuir y con el tiempo eliminar la brecha salarial ¿Quién determina si el criterio diferenciador es una “razón” objetiva y no una arbitrariedad? La respuesta a esta pregunta se encuentra en la historia del establecimiento de la ley y en el dictamen que interpreta dicha norma. La primera respuesta la da la abogada del Servicio Nacional de la Mujer, al ser consultada por el contenido del concepto de “Trabajo de igual valor”, la cual se cita textual: “la determinación de los trabajos de igual valor quedará entregada a las mismas empresas y, por tanto, serán éstas las

**Comentado [AH1]:** Ojo con la prueba porque Gamonal señala que uno de los objetivos del proyecto fue aligerar la prueba.

<sup>44</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Ibid

<sup>45</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Ibid

<sup>46</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Ibid

<sup>47</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Ibid

que, conforme a sus propias estructuras organizacionales, definirán cuáles puestos de trabajo son de igual valor y, en consecuencia, deberán tener asignada una misma remuneración<sup>48</sup>. Es necesario precisar que se está refiriendo a un concepto distinto que el que finalmente integró la redacción final de la norma, pero ese hecho no cambia que la interpretación respecto a quién determina cuáles son razones objetivas para no discriminar o, de plano, hacerlo. En este mismo sentido se pronuncia la Dirección del Trabajo en el dictamen señalado anteriormente, pero ahora respecto a que es el empleador quien determina dichas “razones”, respetando el principio de igualdad salarial<sup>49</sup>. Es claro que dicho planteamiento deja el cumplimiento de la norma a la buena fe del empleador, quien podría, si así lo deseara, vulnerar el principio justificándose en alguno de los criterios objetivos que estableció el legislador, los cuales de objetivos tienen muy poco, porque si lo analizamos, la responsabilidad, por ejemplo, es un criterio que podría estimarse objetivamente si es que se estandariza un determinado valor a evaluar como podría ser la asistencia o el cumplimiento de las metas, el punto es que ese valor no está determinado y es factible que el empleador utilice algún criterio errado o lisa y llanamente malicioso para determinar que un trabajador es más o menos responsable. Lo mismo podría ocurrir con la idoneidad, la capacidad incluso con la productividad y la calificación, los cuales tienen elementos que pueden subjetivar el análisis, llevándolo inevitablemente, al abismo de la arbitrariedad, la cual solo dependería del criterio del empleador y su buena fe. Entendemos que exista preocupación por la marcha de la economía o que la norma tenga un efecto negativo en el sentido de que logre efectivamente todo lo contrario al objetivo de la esta aumentando el desempleo femenino por las trabas que supondría una exigencia mayor, pero es fundamental volver a la idea de que el Derecho del Trabajo tiene una característica que lo hace ser una de las ramas más particulares en el derecho, una en que las fuerzas de los contratantes son desiguales y donde la protección legal del trabajador es fundamental para obtener mejoras tendientes a equiparar esas fuerzas.

---

<sup>48</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. , “Historia de la Ley N° 20.348 Resguarda el derecho a la Igualdad en las remuneraciones 19 de junio, 2009”, op. cit.

<sup>49</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen, ORD N° 1187/018, 10 de marzo de 2010, Op cit. p.1

## **2.- EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SALARIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES.**

Volvemos al pensamiento de Américo Pla, específicamente a su obra “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Para este autor, el Principio de Igualdad no debería formar parte del derecho del trabajo a diferencia del principio de No Discriminación<sup>50</sup>, al cual se refirió como “aquel que lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior, o más desfavorable que el conjunto. Y, sin una razón válida ni legítima”<sup>51</sup>. Para Plá, el tema central de esta memoria (la desigualdad salarial entre hombres y mujeres), resulta ser un ejemplo clásico de discriminación<sup>52</sup>, lo cual resulta muy interesante si consideramos que la obra citada, en su tercera edición data de 1998, siendo su fecha de publicación oficial 1975.

En nuestra legislación, el Principio de No Discriminación encuentra acogida principalmente en el artículo 2 del Código del Trabajo y el artículo 194 inciso final, los cuales revisaremos a continuación. Dejamos claro, que el presente apartado solo tiene como objetivo analizar el Principio de No Discriminación en relación al Principio de Igualdad de Remuneraciones entre hombres y mujeres, por lo que solamente se incluirán los incisos atinentes, que son: El tercero al sexto (inclusive) y el octavo del artículo 2 y el inciso final del artículo 194. En primer lugar, analizaremos en forma conjunta los incisos tercero, cuarto y quinto que disponen:

“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,

---

<sup>50</sup> PLA, A. Op cit. p. 414

<sup>51</sup> PLA, A, Ibid

<sup>52</sup> PLA, A. Op. Cit. p.415

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.

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

Dichos incisos fueron introducidos por la ley 19.759 de 5 de octubre de 2001. Esta redacción comienza a dar forma a la consagración del Principio de No Discriminación, introduciendo el carácter antijurídico de ciertos actos que se desarrollan durante las distintas etapas de la relación laboral. Ese carácter se denota en la expresión “contrarios a los principios de las leyes laborales”, la cual es inequívoca respecto a que las conductas que representen actos de discriminación son intolerables, ahora no solo desde una perspectiva moral, sino que también desde una perspectiva de derecho positivo. El inciso cuarto define expresamente qué se entiende por “actos de discriminación”, estableciéndolos como una diferenciación que se podría manifestar de tres maneras distintas, por medio de distinciones, exclusiones o preferencias<sup>53</sup> basadas en varios criterios que la doctrina ha denominado “prohibidos” por encarnar condiciones o aspectos que resultan intolerables a la hora de determinar un salario, una vacante de trabajo o cualquier otra decisión que se tome en el ámbito de la empresa por parte del empleador respecto de sus trabajadores. El autor, Eduardo Caamaño Rojo, ha señalado al respecto, que la redacción del inciso cuarto escapa a la técnica constitucional, utilizada para tratar el Principio de Igualdad y No Discriminación en la carta fundamental, en su artículo 19 N° 16, ya que, en dicha disposición se prohíben todos los actos de 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), versus una enumeración de criterios bastante amplia que se realiza en el artículo 2 en comento. El autor hace notar la inconveniencia de enumerar dichos criterios en la redacción de ese artículo, a diferencia de la

---

<sup>53</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Circular N° 93. 16 junio de 2005

constitución, ya que eso podría llevar a tener que ir agregando nuevos criterios al listado, en vista a que las posibles causales de un acto discriminatorio son casi infinitas<sup>54</sup>. Ahora, Caamaño (citando a Luis Lizama y José Luis Ugarte, 1998), señala que el inciso cuarto del Código del Trabajo, debe entenderse como un refuerzo del mandato constitucional de No Discriminación, respecto de los “criterios más frecuentes de distinciones de trato en el ámbito laboral” en el sentido de que dicha norma debe interpretarse a la luz de la Constitución, para saber si estamos o no, en presencia de un acto de discriminación<sup>55</sup>. Otra visión tiene Sergio Gamonal, en el sentido de que para él, la doctrina general ha establecido un sistema de “sospecha abierto”, en el que cualquier criterio considerado sospechoso, aún sin estar en la enumeración del artículo 2 (obviamente excluyendo la capacidad e idoneidad personal, en relación al reconocimiento constitucional del principio), ya que dicho artículo contiene una enumeración de criterios, el cual sólo implica una consagración del mandato constitucional del artículo 19 N° 16 referido a la prohibición de discriminación en materia laboral. Gamonal, señala que dicha interpretación no es aceptable, ya que la fórmula constitucional representaría de mejor manera un “sistema de razonabilidad” que el corolario de un sistema de sospecha cerrado en el que todo criterio, con excepción de la capacidad y la idoneidad personal, estarían prohibidos, salvo que exista alguna norma de mayor jerarquía que estableciera una excepción. Para sostener dicho argumento señala un ejemplo, en los que los postulantes a un determinado puesto tienen la misma capacidad y el empleador se decanta por uno de ellos para cubrir la vacante y otros que van en la misma lógica; este argumento ejemplificador se completa con el razonamiento de que al tomar la decisión, el empleador está cayendo necesariamente en un criterio sospechoso ya que, la justificación de la capacidad o idoneidad personal se anula al existir una igualdad entre los postulantes<sup>56</sup>. Dicho razonamiento nos parece extremo, en vista a que el criterio de la capacidad o idoneidad personal es mucho más complejo que un currículum, creemos que la dificultad que da como ejemplo el profesor Gamonal es un caso

---

<sup>54</sup> CAAMAÑO ROJO, E. La Tutela del Derecho a la No Discriminación por Razones de Sexo durante la Vigencia de la Relación Laboral, op. cit. pp.30-31.

<sup>55</sup> CAAMAÑO ROJO, E, Ibid

<sup>56</sup> GAMONAL CONTRERAS, S. (2008). Fundamentos de Derecho Laboral. Santiago, Legal Publishing Chile, p.47

rarísimo y que claramente es excepcional y las normas jurídicas deben tener un contenido de aplicación general, de lo contrario, el legislador tendría que ponerse en cada uno de esos casos extremos y regularlos de alguna manera y, en consecuencia, un caso excepcional, pasaría a formar parte de una norma jurídica general y modificando un sistema configurado para abarcar el máximo de situaciones de discriminación laboral. Por otro lado, discrepamos también sobre el razonamiento de que al existir igualdad de capacidad o idoneidad personal entre dos postulantes a una vacante o a un ascenso o cualquier otro ejemplo similar que aplique a la lógica de la relación laboral, implique que el empleador quede entrampado en una situación sin salida, en la que solo le queda vulnerar el Principio de No Discriminación, como se desprende del subtexto del argumento sostenido, ya que recordemos que al existir una prohibición de discriminación tanto en la redacción del texto constitucional, como en el Código del Trabajo, este carácter de antijuridicidad que lleva aparejada dicha proscripción no puede ser imputable al empleador, quien no tiene más opción que cubrir la vacante disponible con alguno de los postulantes, ya que de lo contrario, eso podría afectar la marcha de la empresa afectando a otros trabajadores en cuanto a las cargas que significaría abstenerse de cubrir las vacantes por el solo hecho de tener dos postulantes con la misma capacidad (en lo cual insistimos que se trata de un caso extremo), lo cual es absurdo. Ahora, la solución que señala el autor en comentario dar un examen más estricto a los criterios que impliquen a los grupos más desventajados, los cuales serían los enumerados, precisamente en el artículo 2 del Código del Trabajo<sup>57</sup>. Discrepamos también con dicha interpretación, ya que esta vulneraría otro principio constitucional: El principio de Igualdad ¿En qué sentido? Es evidente, ya que, al aplicar un criterio más estricto a ciertos grupos en desventaja, se está haciendo una diferencia arbitraria contraria a dicho principio, cayendo en un choque de principios que debieran ser complementarios y no excluyentes. En consideración de todo lo anterior, creemos que la interpretación de que el artículo 2 es un refuerzo del principio constitucional, permite cubrir casi la totalidad de los criterios que podrían considerarse sospechosos a la hora de determinar si se está incurriendo en algún tipo de discriminación arbitraria y, por lo tanto, es una técnica legislativa que permite cumplir

---

<sup>57</sup> GAMONAL, S, Ibid.

con los estándares internacionales que versan sobre la materia. Esto último, no necesariamente implica que no se pueda criticar el hecho de que muy probablemente en el futuro haya que incorporar nuevos criterios prohibidos, al listado, como señalaba el profesor Caamaño, lo cual nos parece un problema mucho más abordable que el planteado por el profesor Gamonal.

Nos resta analizar el inciso quinto, el cual solo viene a confirmar uno de los criterios permitidos de diferenciación. La novedad que introduce dicho inciso, dice relación con dejar claro que los actos de discriminación, están prohibidos desde la etapa previa al comienzo de la relación laboral, pero deja en claro también, que la excepción a la regla, es, en este caso, las calificaciones que el empleador puede exigir para realizar las distinciones, exclusiones o preferencias necesarias para cubrir una vacante disponible, pero ¿A qué se refiere el legislador con la expresión “calificaciones”? ¿Es lo mismo que la capacidad o idoneidad personal? Si recurrimos a la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 19.759 que modificó varias disposiciones del Código del Trabajo, podemos observar que en el proyecto, el cual pretendía, en forma general, poner al día la legislación laboral con el Convenio N° 111 de la OIT, el inciso en comento no existía y, solo fue agregado por una indicación del gobierno por medio de un Oficio de Indicaciones en 20 de marzo de 2001 (Boletín N° 262613 N° 352-343/), en el contexto del primer trámite constitucional, y no se modificó hasta la entrada en vigencia de la mencionada reforma. De todas formas, no se discutió sobre el sentido y alcance del concepto por lo que en virtud de que resulta difícil aplicar el principio de interpretación gramatical de las leyes, al igual que ocurre con la historia fidedigna de la ley, y, por tanto, en aplicación del principio sistemático de interpretación, podríamos decir que se refiere a la “idoneidad y capacidad personal”, esto en relación con el principio de jerarquía en referencia al artículo 19 N° 16 inciso segundo. Con esto nos referimos a que es necesario interpretar ese concepto a la luz del mandato constitucional, tal como venimos sosteniendo respecto de los demás incisos.

Ahora analizaremos el inciso sexto del artículo 2 del Código del trabajo, que dispone:

“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”.

Para William Thayer Arteaga, es relevante cómo interpretar el vocablo “condiciones”, debido a que pueden darse dos tipos de interpretaciones al respecto. La primera forma de apreciarlo sería que la oferta laboral no puede estar reducida a personas que formen parte de alguno de los criterios establecidos en el inciso cuarto (raza, sexo, etc.) Para Thayer, dicha interpretación es incoherente con el inciso quinto, debido a que, en su criterio existen funciones que solo pueden ser ejercidas por un determinado grupo de personas. Uno de los ejemplos que utiliza es que no se podría contratar a personas de sexo masculino en un internado para niñas; otro, es que sería obvio que un empresario no le va a ofrecer el trabajo de estibador a una mujer o a una persona de mayor edad. Sin embargo, descarta dicha interpretación porque no es coherente con el inciso quinto<sup>58</sup>. Lo que este autor no menciona, es que si se interpretara de esta forma, se estaría perdiendo el espíritu de la norma, el cual es, justamente, consagrar el Principio de No Discriminación en materia laboral. La segunda visión, es la que estimamos correcta y señala que “(...) supone entender por condiciones aquellas a que se refiere el inciso cuarto (...) en cuanto son admitidas con el objeto de anular o alterar una igualdad de exigencias que contraría la naturaleza de la ocupación”<sup>59</sup>. Esto cobra más sentido porque está relacionado con el inciso quinto y con que el criterio autorizado para excluir a alguien solo va a tener que ver con su calificación personal y no con pertenecer a un determinado grupo preferente o segregado. Finalmente, dejamos claro que el autor sigue esta última interpretación y que la crítica planteada solo fue hecha a propósito del soslayo crítico acerca de la pérdida de vista del objetivo de la norma.

---

<sup>58</sup> Thayer, W. 2013. Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo. Santiago. Ediciones UC. p. 31-36

<sup>59</sup> Thayer, W. Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo, op. cit. p.34

Resta revisar el inciso octavo del artículo 2, el cual reproducimos:

“Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren”

Este inciso también fue agregado por la ley N° 19.759 que entró en vigencia el 1° de diciembre de 2001, lo cual viene a ser una reiteración de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las leyes<sup>60</sup>. Su contenido es bastante explícito y se le puede dar un valor sistematizador más que novedoso, debido a que su efecto ya estaba contemplado en la norma anteriormente citada, la cual tiene una data antiquísima. De todas formas, reafirma que los empleadores se encuentran obligados a respetar la garantía de No Discriminación, desde otra fuente formal del derecho. La novedad en cuanto a la protección de la garantía está en que se trata de una norma de carácter imperativo y no prohibitivo, como venía siendo la lógica del artículo 2 en general, por lo que la vulneración del principio ya no solo es una infracción a una prohibición del legislador, sino que además es un incumplimiento del contrato de trabajo lo cual viene a abrir la posibilidad a otro tipo de consecuencias jurídicas<sup>61</sup>.

Por último, nos queda revisar el inciso final del artículo 194, el cual tiene un contenido que toca en forma tangencial el objeto estricto de esta revisión. El motivo de incluirlo dentro del análisis está en que no podemos siquiera hablar de igualdad de remuneraciones, si no pensamos también en el acceso al empleo por parte de la mujer, el cual es un tema que, lamentablemente, aun no se supera del todo en el país. La redacción actual es la siguiente:

---

<sup>60</sup> THAYER, W. Op. Cit. p. 35

<sup>61</sup> CAAMAÑO, E. La Tutela del Derecho a la No Discriminación por Razones de Sexo durante la Vigencia de la Relación Laboral. Op. Cit. pp. 34-35.

“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”.

Este artículo, sin duda, hay que revisarlo en relación al artículo 2, debido a que puntualiza el principio que dicho artículo encarna, en un aspecto sensible en cuanto a la discriminación que ha sufrido la mujer por siglos. El embarazo, no es sino, una condición asociada indisolublemente (por obvios motivos naturales) al género femenino y, por tanto, cualquier tipo de diferenciación basada en el estado de gravidez de una mujer, es un acto discriminatorio en razón del sexo, lo cual está expresamente prohibido en el inciso cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, además de atentar contra el mandato constitucional de no discriminación del artículo 19 N° 16 inciso tercero y del Principio de Igualdad contenido en los numerales 2° y 3° del mismo artículo 19, lo cual sería aún más grave. El inciso que estamos tratando, fue incluido al Código del Trabajo por la Ley N° 19.591 que entró en vigencia el 9 de noviembre de 1998. El sentido del establecimiento de esta norma quedó claro desde la iniciativa legislativa del gobierno, el cual consignó en el mensaje lo siguiente: “Quien practica tal discriminación ofende la función reproductiva de la mujer y desafía al cuerpo social que valora en toda su dimensión la maternidad, así como inhibe su contribución al desarrollo nacional”<sup>62</sup>. Lo que, de todas maneras, merece profundizarse más, es la forma en que se protege a la mujer del abuso que implica la conducta descrita en la norma citada. El artículo 208, en su inciso segundo sanciona expresamente con una multa a los empleadores que incurran en la práctica prohibida. Dicha multa puede ir de las catorce a las setenta unidades tributarias mensuales, la cual se duplica en caso de una reincidencia. La fiscalización del cumplimiento está entregada a la Dirección del Trabajo y, en el caso de establecimientos de educación parvularia, a la Superintendencia de Educación. En cuanto a las acciones contempladas en la legislación, es aplicable el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales de

---

<sup>62</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley N° 19.591 “Modifica el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad” [en línea] <[http: www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)> [19 de noviembre de 2018]

los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo. Para Caamaño<sup>63</sup>, es en este punto donde se puede realizar algunas observaciones respecto a la protección de la garantía, la primera dice relación con la prueba del acto discriminatorio, ya que sería conocida, la práctica de algunos empleadores inescrupulosos que solicitan el test de embarazo para acceder a la vacante, lo que dificultaría la labor probatoria en el sentido de que esta solicitud, por lo general es verbal, lo cual es muy difícil de probar y, en consecuencia, ejercer correctamente la Acción de Tutela. La otra crítica sostenida, dice relación con la sanción establecida. Caamaño hace notar que la multa administrativa, como sanción en este caso, resulta ineficaz para reparar el perjuicio consistente en la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer.

Un comentario aparte merece el artículo 5 inciso primero del Código del Trabajo, el cual limita las facultades del empleador a las Garantías Constitucionales de los trabajadores. Dentro de las mencionadas garantías encontramos también el mandato constitucional de No Discriminación del artículo 19 N° 16 Inciso tercero, “así, el empleador, al ejercitar las facultades que le son propias, deberá hacerlo con especial consideración a las garantías constitucionales que se refieren a estos derechos básicos”<sup>64</sup>. Es importante relacionar esta norma con el artículo 154 del Código del Trabajo, el cual en su inciso final agrega que todas las medidas de control, en cuanto a las obligaciones y prohibiciones del trabajador, las cuales deben constar en el reglamento interno, solo podrán efectuarse por los medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, además de tener aplicación general para garantizar la impersonalidad de la medida con el objetivo de garantizar la dignidad del trabajador. Es evidente que esta norma se estableció con la finalidad de dejar claro que no solo se prohíbe la discriminación en la selección del personal, el otorgamiento de oportunidades de ascenso, etc., sino también en las medidas que tiene a disposición el empleador para controlar el cumplimiento de las obligaciones y de las prohibiciones de sus trabajadores. Creemos, que el establecimiento de este límite es concordante y sistemático con las demás medidas que ha tomado el legislativo para evitar las

---

<sup>63</sup> CAAMAÑO, E. 2011. *Mujer, Trabajo y Derecho*. Santiago. Legal Publishing Chile.p. 61-66

<sup>64</sup> HUMERES, H. (2009). *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Tomo I)*. Santiago: Editorial Jurídica. p. 102.

situaciones de discriminación respecto de las facultades de control propias del empleador.

### **3.- REVISIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO CHILENO.**

En el capítulo I ya se hizo referencia a las causas por las cuales el Recurso de Protección resultó ineficaz para el fin de resguardar jurídicamente los Derechos Fundamentales de los trabajadores, lo cual, sin lugar a dudas fue uno de los factores determinantes de la reforma laboral que incluyó una nueva herramienta que intentara cumplir con ese objetivo. Pero, ¿Cuáles son las condiciones mínimas que un Procedimiento de este tipo en sede laboral debe contener? El profesor Ugarte<sup>65</sup> ha elaborado una respuesta a esta pregunta, estableciendo tres elementos que son indispensables para la eficacia de un sistema de tutela de derechos. La primera de las condiciones es que exista una tutela amplia de derechos en un sentido temporal y espacial. Con temporal, se refiere a la duración de casi todo el *iter* contractual, salvo por la etapa precontractual, debido a que el artículo 485 del Código del Trabajo establece como excepción los actos discriminatorios que se contemplan en el inciso sexto del artículo 2. Ahora, con el sentido espacial, se refiere a que la acción ampare la más amplia cantidad de Derechos Fundamentales posible, lo cual se podría lograr por medio del establecimiento de un catálogo abierto de derechos protegidos, tal como ocurre en el Derecho español; o, un catálogo cerrado pero muy amplio, como ocurre en Chile según la opinión del autor en comentario. La segunda condición tiene relación con la prueba del hecho lesivo, entendiendo que existe un difícil “escenario probatorio” para el trabajador, debido al “carácter escondido de las conductas lesivas”, y que, por tanto, es menester que el legislador contemple dichas dificultades a la hora de establecer el estándar probatorio que debe regir para ambas partes, pero

---

<sup>65</sup> UGARTE, J. Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo, Op. Cit pp. 40-44.

especialmente para la denunciante. En este sentido, el autor señala que una medida conducente es establecer un estándar de duda razonable luego de aportada la prueba por parte de la denunciante, lo cual no implica alterar la carga de la prueba hacia la denunciada, sino que rebajar dicho estándar desde la plena prueba hasta la sospecha razonable. Por último, la tercera condición es que exista un sistema reparatorio eficaz e integral. Por eficaz, el autor señala que “debe entenderse que la reparación tenga una intensidad que la transforme en efectiva —disolviendo cualquier mantención de la vulneración de esos derechos—<sup>66</sup>. Mientras que entiende que la reparación es integral cuando “(...) alcance todos los extremos de la afectación empresarial de esos derechos, desplegando consecuencias en diversas dimensiones para reparar el derecho”<sup>67</sup>. Con todo esto, es posible hacer un análisis posterior a la revisión crítica que se hará de la regulación procedimental de la tutela Derechos Fundamentales, con el objeto de saber si es posible subsumir las características del procedimiento establecido en el Código del Trabajo a estas premisas que representarían, según nuestra opinión, los aspectos básicos que debería contemplar la tutela jurídica de los derechos fundamentales de los trabajadores.

### **3.1 Sobre el Procedimiento previo que debe constar en el reglamento interno de la empresa.**

El artículo 62 bis inciso segundo remite la sustanciación de las denuncias realizadas a propósito de la protección del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres al procedimiento de tutela laboral contenido en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, previa conclusión del procedimiento fijado en el reglamento interno de la empresa. El código se refiere al artículo 154 N° 13 el cual se debe relacionar con el N° 6 del mismo artículo. El primero de los numerales, se refiere a la obligación de los empleadores de establecer un procedimiento al cual se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción a la garantía que venimos mencionando, las cuales deberán presentarse por escrito y estar debidamente

---

<sup>66</sup> UGARTE, J. Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo, Op. Cit p. 44

<sup>67</sup> UGARTE, J. Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo. Ibid

fundados, otorgándose, finalmente, un plano no mayor a treinta días para que el empleador entregue su respuesta a dichos reclamos, esta norma, a su vez, se debe relacionar con el artículo 153 inciso primero donde se establece la obligación de contar con un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores. El numeral sexto se refiere a la obligación de los empleadores de consignar un listado de cargos especiales (ejecutivos o dependientes) ante quienes los trabajadores deben plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias; obligación que aplica a todos los empleadores sin excepción. Mientras que respecto de las empresas de doscientos trabajadores o más, se agrega la obligación de mantener un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales. Esta última expresión ha sido definida en Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD: 1187/018 de la siguiente manera: "(...) debe entenderse aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a desempeñar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda realizar en la empresa"<sup>68</sup>. Además hay que relacionar la norma en comento con el artículo 317, el cual le otorga a los sindicatos de grandes empresas la posibilidad de solicitar en cada año calendario el listado de cargos ejecutivos o dependientes frente a los cuales los trabajadores deben plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, además del registro de los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales, debiendo entregarse, dicha información por el empleador innominadamente, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del requerimiento, dejando respecto de las empresas medianas solo la posibilidad de hacer el requerimiento como información previa a la negociación colectiva.

Lo primero que nos parece conflictivo, es el establecimiento de un trámite previo a la Acción de Tutela Laboral, debido a que el inciso final del artículo 62 bis, resulta una exigencia solo para el caso de vulneraciones al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, lo cual no ocurre respecto de otras

---

<sup>68</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2018. ORD. N° 1187/018-DT-Normativa3.0. 22 de noviembre, de Dirección del Trabajo [En Línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97655.html>>

garantías. Al respecto se refirió el Asesor del Ministro del Trabajo Sr. Francisco del Rio, durante la discusión del proyecto, señalando que:

“(…)un aporte del Ministerio al debate de la Comisión, se orientaría a trabajar sobre un procedimiento de reclamo y eventualmente sancionatorio que se contenga en un instrumento público y vinculante para toda la empresa, como es el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, en la forma como se estableció para las denuncias por conductas de acoso sexual (ley N° 20.005), lo que tenía la ventaja adicional de estar contenido en un instrumento formal de reconocimiento legal para generar derechos y obligaciones entre trabajadores y empleadores”<sup>69</sup>.

Está claro que el reglamento es un instrumento vinculante para toda la empresa, pero la motivación del gobierno de turno en 2007 (año de presentación de la moción de la ley N° 20.348 que introdujo el artículo 62 bis), perdió de vista el hecho de que estaba imponiendo un requisito previo al ejercicio de una acción tutelar sobre derechos fundamentales, lo cual, según nuestra opinión no es coherente con el reconocimiento de la garantía y menos con su protección, sobre todo teniendo en consideración que en una posterior demanda, el empleador es el sujeto pasivo del procedimiento que se debe iniciar en el seno de su propia empresa, poniendo de sobre aviso al eventual demandado, quien de estar de mala fe, podría utilizar el tiempo que dura la tramitación del procedimiento interno para preparar un inminente juicio, teniendo una ventaja inédita al respecto, ya que la ley le entrega treinta valiosos días para contestar el requerimiento de la denunciante.

Otro asunto relevante, es que la ley tampoco señala de qué manera se informa un eventual demandante acerca de si existe discriminación en cuanto a las remuneraciones recibidas por un “mismo trabajo”, con sus pares de distinto sexo, lo

---

<sup>69</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley N° 20.348 Resguarda el derecho a la Igualdad en las remuneraciones 19 de junio, 2009” (2009). Op. Cit. p.30

que obviamente dificulta demasiado el ejercicio de las acciones disponibles. Así, si el empleador o sus pares se oponen a entregar dicha información en forma voluntaria, el sujeto activo queda en un estado de indefensión tal, que hasta ignora que se vulneran sus derechos. Creemos que, por estos motivos, ingresó la moción Boletín N° 10576-13 el 16 de marzo de 2016, el cual analizaremos más adelante y que busca perfeccionar la protección jurídica del principio establecido en el artículo 62 bis. Así, creemos que debe buscarse un equilibrio entre la privacidad del trabajador por de la denunciante y la protección de la garantía de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, que permita un mayor acceso al procedimiento tutelar.

### **3.2 Denuncia Administrativa**

Antes de comenzar con la revisión del procedimiento de Tutela propiamente tal, resulta necesario consignar que hay otra instancia de denuncia además de la indicada en el artículo 62 bis inciso segundo. Se trata del procedimiento administrativo que tiene como fuente normativa el artículo 486 incisos cuarto y siguientes, pertenecientes al párrafo sexto, título primero del libro quinto del Código del Trabajo que regula, precisamente la acción de tutela laboral. La tramitación de dicha denuncia se sustancia en conformidad a la Orden de Servicio N° 9 de diciembre de 2008. El procedimiento comienza con la presentación de la denuncia del hecho o los hechos que constituyen una vulneración de alguno de los derechos fundamentales tutelados por la acción referida. Los sujetos activos son los trabajadores afectados u organización sindical. La denuncia también procederá de oficio por la propia Inspección del Trabajo en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce, además se puede iniciar el procedimiento de fiscalización a requerimiento del tribunal. Luego de la recepción, la cual deberá ser realizada por el abogado o abogada de la Inspección y solo a falta de este, el jefe o jefa de Inspección, vendrá el examen de admisibilidad de la denuncia, hecha por el propio funcionario aludido, para dicho examen se debe realizar en forma inmediata a la recepción, o a más tardar el día siguiente hábil, la entrevista al

denunciante, la cual deberá seguir los criterios establecidos en la Orden de Servicio, destinados a establecer los siguientes puntos:

a) Que los hechos denunciados den cuenta efectivamente de una posible vulneración de las garantías protegidas: En este caso las preguntas del abogado o abogada deberán tener relación con el contenido del hecho supuestamente vulneratorio.

b) Que la denuncia se haya realizado dentro del plazo legal determinado para interponer la Acción de Tutela: El plazo al cual se hace referencia es el establecido en el artículo 486 inciso final y es de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos.

c) Los derechos protegidos: La orden del servicio señala que el sistema computacional debe contener el catálogo de derechos tutelados para el ingreso de la denuncia. Obviamente, las preguntas deben ir dirigidas a establecer que los hechos se enmarquen dentro de los derechos que dan origen al procedimiento de tutela, si es que se vulnera alguno.

d) La existencia del recurso de protección u otro juicio pendiente que tenga como fundamentos los mismos hechos: Claramente, el servicio buscó evitar un episodio de litis pendencia que inicie una fiscalización que sea infructuosa.

e) La existencia de despido consecuente de la vulneración de derechos fundamentales que se denuncia: Estas preguntas solo procederán en el caso de que se haya despedido a un trabajador protegido por el derecho de indemnidad.

De la ponderación de las respuestas del denunciante, el abogado podría darle curso a la denuncia o declararla inadmisibles por no ser compatibles con los criterios señalados anteriormente. En ambos casos deberá consignar el resultado del examen en la

plataforma informática de la Dirección, que en el caso darse curso a la denuncia, se complementará por medio de la información que el funcionario encargado de realizar la recepción debe entregar al denunciante, la cual debería contener el procedimiento al que será sometido dicha denuncia, los plazos para su ejercicio y la jurisdicción que debe conocer de ella.

Luego, corresponde hablar de la investigación de los hechos. Esta investigación será dirigida por una fiscalía permanente constituida por abogados y fiscalizadores quienes estarán dedicados en forma exclusiva a estos menesteres y, a los cuales podrá asignarse un mediador permanente. La fiscalía responde ante el abogado designado por el Director o Directora Regional. El plazo de dicha investigación se encuentra establecida en los cronogramas de trabajo correspondiente a cada denuncia administrativa. En cuanto al desarrollo de dicha investigación la Orden de Servicio establece: “Las actuaciones de la Fiscalía deberán orientarse a determinar y realizar aquellas diligencias que considere pertinentes, útiles y conducentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados”<sup>70</sup>, además de tener la obligación de registrar todo en el sistema informático del Servicio. Otro punto importante es que la actuación de esta fiscalía no contempla la aplicación de sanciones por otras infracciones que se detecten en el ejercicio de la investigación. Una vez finalizados todos los actos tendientes a establecer si es procedente la sanción administrativa por vulneración de derechos fundamentales y, una vez que la denuncia haya sido ingresada en el sistema informático, éste generará, de forma automática, una pauta de investigación que establecerá actuaciones y las organizará para guiar el curso de la fiscalización. Con esa pauta se preparará una vista inspectiva, que consistirá en constataciones de hechos por medio de la observación, entrevistas, revisión documental y otras. Dicha vista se repetirá las veces que sea necesario por los integrantes de la fiscalía, con el objeto de establecer lo más fehacientemente posible los hechos causantes de la denuncia. Luego, se emitirá un informe de fiscalización el cual deberá contener los resultados de las actuaciones del órgano fiscalizador; los hechos denunciados y su correspondiente verificación; los indicios deducidos de la

---

<sup>70</sup> Dirección del Trabajo. Orden de servicio N°9 31-12-08

fiscalización y su carácter de suficientes, así como los métodos y técnicas utilizados. El siguiente paso es la elaboración de una minuta de conclusiones jurídicas, la cual se ingresará al sistema y formará parte del expediente de la denuncia. Tanto el informe de fiscalización como la minuta de conclusiones jurídicas serán visadas por el Coordinador o Coordinadora Jurídica o el Abogado o Abogada Jefe de Unidad de Fiscalía Regional de Derechos Fundamentales, quien podrá en esta oportunidad rechazar ambos documentos por medio del sistema, pudiendo decretar expresamente las diligencias necesarias o, visar finalmente ambos documentos dando paso a la mediación exigida por la ley en el artículo 486 del Código del Trabajo.

Antes de pasar a la mediación, queremos detenernos en un punto que es relevante respecto a la vulneración de derechos que tengan que ver con “La variable de Género” (Así la designa, curiosamente, la Orden de Servicio). Existen dos particularidades que es interesante analizar. La primera, es que la Orden de Servicio en el apartado N° 4 del Capítulo II, que trata sobre la Investigación de la Fiscalía, establece que deberá considerarse la circunstancia de que la denuncia realizada afecte a una trabajadora y sea de aquellas que se trate sobre esta “variable de género” para los efectos de designar a quienes conformarán la fiscalía, siendo de especial importancia su género, experiencia o calificación en la materia. Sería redundante de nuestra parte explicar porqué nos parece irónico que sea de especial importancia el género en quien va a formar parte del órgano encargado de llevar adelante una investigación sobre una denuncia basada en la discriminación de género con todo lo ya expuesto al respecto, pero, es menester hacer notar este punto y lo contradictorio que resulta, a lo menos. La segunda particularidad es muy similar a la anterior y señala que para los casos en que esté involucrada la “variable de género”, se deberá considerar esta situación para la planificación de la investigación y se deberá incluir siempre en el informe, los datos estadísticos que den cuenta de la discriminación. Este punto debe relacionarse con un fallo del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el cual en su considerando décimo señala: “Que sin perjuicio de lo expuesto, es posible determinar que la diferencia de las remuneraciones no pasan precisamente por el factor género, ello, habiéndose establecido que hay hombres y mujeres que ganan ya sea, la

remuneración de la actora o la del señor Triviño<sup>71</sup>. En el considerando citado se analizan las remuneraciones de hombres y mujeres que realizaban el mismo trabajo que la demandante, llegando a la conclusión de que hay hombres y mujeres que ganan lo mismo; argumento que, finalmente, resultó determinante para el resultado del juicio. En dicho antecedente jurisprudencial, se contaba con esa información estadística de las remuneraciones debido a que al empleador aportó dicha prueba, y esto, obviamente, porque le servía para desvirtuar el argumento de la demandante, ya que en ese caso puntual había hombres y mujeres que ganaban menos que otros de sus pares, por lo que el argumento de una discriminación basada en el sexo de la actora perdía fuerza, Pero ¿Qué pasa cuando no es el empleador quien aporta la prueba? La Dirección del Trabajo considera dicha información, afortunadamente, como ya vimos; pero volviendo a aquellas denuncias que se practican dentro del seno empresarial y que la Ley contempla en el propio artículo 62 bis, ¿Qué ocurre en estos casos? La ley no lo señala, dejando a la mujer en una desventaja evidente frente al empleador quien, como sabemos, puede acceder a todo tipo de información sin mayor esfuerzo.

### **3.3 Trámite de Mediación Obligatoria**

Como mencionamos antes, la fuente formal que contiene la obligación de celebrar una mediación previa a la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales es el artículo 486 inciso final. El objeto de dicha mediación está expresado por esta misma norma, al señalar que su fin es agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas. La Orden de Servicio N° 9 de diciembre de 2008 también establece normas de aplicación interna que regulan este medio de solución de conflictos laborales en el marco de la aplicación a la Acción de Tutela. Según esta normativa:

---

<sup>71</sup> 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa Rit T-239-2011. 22 de junio de 2011.

“esta modalidad de mediación laboral, deberá estar guiada, además de los principios que le son propios, por el objetivo de que los derechos fundamentales de cuya reparación se trata, deberán ser garantizados de forma tal que resulten libres de todo daño o perjuicio, en definitiva, **obtener mediante los acuerdos a que arriben las partes involucradas, el restablecimiento íntegro del derecho afectado**”<sup>72</sup>.

Resulta de toda lógica que los principios que deben aplicarse a la materia que origina la mediación (en este caso la vulneración del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres), se apliquen también a la mediación. La Orden de Servicio, también señala que deberá tenerse como criterio determinante el inciso penúltimo del artículo 485 en relación a la obligación de que el procedimiento busque que los acuerdos que se obtengan también propugnen el restablecimiento íntegro del derecho del denunciante.

La mediación comienza con la citación, por parte de la fiscalía, al denunciante y empleador y la notificación del documento que contiene las Conclusiones Jurídicas junto con los efectos de la no comparecencia, los cuales no contemplan multas administrativas. La no comparecencia produce que se cite a una segunda audiencia, la cual se declarará “sin acuerdo” en cuanto al trámite de mediación, si es que alguna de las partes vuelve a ausentarse. Tanto empleador como denunciante pueden hacer llegar a la fiscalía circunstancias que, dependiendo de los plazos y el contenido de las justificaciones, podrán producir el cambio de fecha de la audiencia; la fiscalía considerará dichas circunstancias pudiendo citar, en caso que proceda, a una nueva fecha a ambas partes. Luego de esto, el abogado a cargo de la denuncia, deberá reunirse con el mediador para que este tenga una orientación acerca de la naturaleza de la vulneración, posibles alternativas de acuerdo o restricciones al respecto y los tiempos disponibles para el proceso de mediación. La mediación deberá desarrollarse dentro del plazo máximo de cinco días hábiles contados desde la última citación a la

---

<sup>72</sup> Dirección del Trabajo. Orden de servicio N°9 31-12-08 (2008). Op. Cit.

reunión inicial, plazo que podrá ampliarse hasta en un máximo de tres días, previa autorización de fiscalía, por causas calificadas.

La mediación, propiamente tal, comienza con reuniones con cada una de las partes en forma separada. Dicha reunión tiene como objeto la constatación de la vulneración, la comunicación de los efectos que pueda tener un acuerdo o no llegar a uno; los objetivos de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos; la comunicación a las partes de que los antecedentes vistos para llegar a una propuesta, discusión o aceptación o rechazo, no serán utilizados como constitutivos de infracción de otras normas laborales, por parte de los Servicios del Trabajo. Es importante destacar que una de las tareas del mediador, va a ser la promoción de la reflexión de las partes, la cual debe conducir al reconocimiento de los hechos constitutivos de vulneración. Otro aspecto relevante, es que en la mediación se debe privilegiar las reuniones conjuntas, con el objeto de cumplir con la corrección de las infracciones y los plazos. Por último, está la facultad del mediador de poner término al proceso, si la conducta del empleador persiste en cuanto a las conductas vulneratorias, ya que en ese caso se debe entender que el acuerdo es inviable. Finalmente, el mediador deberá reducir todos los elementos relevantes a un acta, la cual, como todas las actuaciones, debe ser incorporada en el sistema computacional, previo visado del abogado de la fiscalía que participó o apoyó el proceso de mediación.

Ahora resta analizar los diferentes escenarios que se presentan luego del proceso de mediación. El primero que analizaremos es que las partes hayan alcanzado un acuerdo. En dicho escenario, el acuerdo deberá constar en el acta del mediador debiendo registrarse en el sistema dicha situación; y tendrá fuerza obligatoria para las partes, concluyendo así la labor de la fiscalía. El segundo escenario es que se consigne en el acta de mediación que las partes no llegaron a acuerdo. A este resultado se puede llegar de diferentes maneras, a saber: a) Que alguna de las partes no haya comparecido a la segunda citación; b) Que el empleador haya persistido sus conductas vulneratorias; c) Que las partes no hayan alcanzado un acuerdo satisfactorio. En todas dichas situaciones, el acta consignará que no existió acuerdo,

lo cual habilitaría al órgano administrativo a confeccionar la denuncia judicial e ingresarla en el tribunal competente, con el fin de iniciar el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales frente al órgano jurisdiccional.

#### **4.- PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Este procedimiento fue incluido dentro de la redacción del Código del Trabajo, por medio de la ley N° 20.087 publicada el 3 de enero de 2006, dentro del marco de la denominada “Reforma Procesal Laboral”. El mensaje presidencial consignó que “La plena vigencia de los derechos laborales requiere como conditio sine qua non, no sólo un reconocimiento normativo, sino que también, y, ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional idóneos y eficaces”<sup>73</sup>, de lo cual se puede desprender que la motivación principal para establecer un procedimiento de este tipo fue darles herramientas a los trabajadores para enfrentarse de forma eficaz a la vulneración de sus Derechos Fundamentales, por medio de la introducción de un procedimiento que estuviera más acorde a los tiempos que corren. Este objetivo planteado por el ejecutivo en el proyecto, fue en muchos sentidos considerado un avance, sobre todo pensando en los nuevos principios que rigen en esta materia como lo son: La oralidad, publicidad, concentración, inmediatez, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad<sup>74</sup>.

La redacción actual del Código del Trabajo contempla la regulación de esta acción en el párrafo sexto, título primero del libro quinto, artículos 485 y siguientes. Con anterioridad a la entrada en vigencia de este procedimiento, como ya se vio en el Capítulo I, no existía una acción en sede laboral que permitiera amparar al trabajador,

---

<sup>73</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2005. Historia de la Ley N° 20.087 “Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo . [En línea], <http://www.bcn.cl> [Consulta: 26 de noviembre de 2018]

<sup>74</sup> MELLA CABRERA, P. & DOMÍNGUEZ MONTOYA, Á. 2012. Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela Laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX(1), pp.177-219.

por medio de una aplicación directa de las normas constitucionales, salvo el caso del recurso de protección, el cual demostró ser ineficiente para tutelar el debido respeto a los Derechos Fundamentales de los trabajadores; por lo que el diseño de un nuevo procedimiento que fuera acorde con los principios del Derecho del Trabajo y con la naturaleza de la relación laboral, era una deuda pendiente del Estado que finalmente se ha ido saldando, sobre todo, por la irrupción del procedimiento en comento. En este sentido Humeres ha sostenido: "Esta nueva acción pretender dar efectiva protección a dichas garantías (derechos fundamentales específicos), ya que el Recurso de Protección no procede respecto de todas las garantías constitucionales"<sup>75</sup>. Pero, según veremos más adelante, aún queda camino por recorrer, sobre todo si miramos hacia la protección del principio objeto de este trabajo.

En cuanto a la naturaleza del Procedimiento de Tutela en relación con la tutela constitucional de los derechos y la diferencia que marca, específicamente, con el Recurso de Protección, los profesores Palavecino y Devillaine<sup>76</sup>, han postulado que se trataría de una acción "protectoria" tuitiva especial, debido a que la aplicación del procedimiento general, no permite clasificarla como una acción de carácter cautelar, lo cual se explica porque el legislador no contempló dentro de su regulación la necesidad del restablecimiento del imperio del derecho (En este caso, los Derechos Fundamentales de los Trabajadores), de forma urgente, estableciendo además, una indemnización especial para el trabajador afectado por la vulneración. Lo dicho anteriormente no implica que el legislador no haya establecido una mejora respecto de la alternativa del Recurso de Protección, es más, se habla del carácter tuitivo de la acción, lo cual consigna, precisamente, que el fin de su interposición es buscar la protección jurídica del afectado frente a una afectación en sus Derechos Fundamentales.

#### **4.1 Sobre los Derechos que son susceptibles de ser protegidos por la acción de tutela**

---

<sup>75</sup> HUMERES, H. (2009), op. cit, p.520.

<sup>76</sup> PALAVECINO, C & DEVILLAIN, F, op. cit pp.6-7.

Según vimos anteriormente, una de las condiciones que un Procedimiento de Tutela Laboral debía considerar era un catálogo amplio de Derechos Fundamentales del Trabajador. Al parecer, el legislador siguió esta línea y estableció en el artículo 485 del Código del Trabajo una enumeración bastante comprensiva de estos, pero que, sin embargo, no es la fuente directa respecto del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, debido a que es el propio artículo que contiene el reconocimiento de dicho principio (62 bis), el cual tiene una remisión expresa al Procedimiento de Tutela Laboral. Al respecto podemos deslizar una pequeña crítica al profesor José Luis Ugarte, quien en su obra *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo* realiza la siguiente aseveración: “Lo protegido son los derechos fundamentales del trabajador previstos, expresamente catalogados en el artículo 485 del Código del Trabajo”<sup>77</sup>, lo cual corrobora al enumerar, a continuación, todos los derechos protegidos sin mencionar siquiera el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres. De todo esto, podemos interpretar que para Ugarte este principio debería subsumirse dentro de algún otro de los derechos enumerados en el artículo 485 o que, simplemente lo olvidó.

Entendemos que algunos podrían querer incluir el citado principio dentro del Derecho a la No Discriminación consagrado legalmente en el artículo 2 del Código del Trabajo y, por tanto, aducir que el artículo 485 es omnicomprendivo de todas las garantías tuteladas. Pero, creemos que el reconocimiento de este principio en un artículo aparte del artículo 2 (nos referimos, nuevamente al 62 bis), implica que la remisión que se hace en el artículo 62 bis inciso segundo hacia el procedimiento de tutela, derriba la idea de taxatividad del artículo 485, de lo contrario, ¿Por qué no incorporarlo al artículo 2? La pregunta por nuestra parte, ya se contestó.

Ahora, solo queda responder cuáles son los derechos que forman parte del catálogo protegido por medio del Procedimiento de Tutela y que se contienen en el artículo 485 del Código del Trabajo, para eso nos basaremos en la enumeración que hace,

---

<sup>77</sup> UGARTE, J. *Derecho, Tutela y Trabajo*, op. Cit, p. 119

precisamente el profesor Ugarte, agregando, por cierto, el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres. Los derechos contemplados son:

- a) Derecho a la vida e integridad Física y Psíquica (Consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución).
- b) Derecho a la vida privada (Consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución).
- c) Derecho a la Honra (Consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución).
- d) Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (Consagrado en el artículo 19 N°5 de la Constitución).
- e) Derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (Consagrado en el artículo 19 N°6 de la Constitución).
- f) Libertad de expresión, opinión e información sin cesura previa (Consagrado en el artículo 19 N°12 de la Constitución).
- g) Libertad de Trabajo (Consagrado en el artículo 19 N°16 de la Constitución).
- h) Derecho a la No Discriminación Laboral (Consagrado en el artículo 2 del Código del Trabajo).
- i) Garantía de Indemnidad (Consagrada en el 485 del Código del Trabajo).

j) Derecho a la Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres (Consagrado en el artículo 62 bis del Código del Trabajo)<sup>78</sup>.

Hacemos presente que el análisis del Principio de Igualdad de Remuneraciones ya se realizó en su oportunidad en este capítulo, y que, ciertamente, los demás no serán analizados porque exceden el tema en estudio.

#### **4.2 Sobre el Procedimiento de Tutela Laboral propiamente tal**

Como ya hemos señalado con anterioridad, el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, remite, en cuanto a su protección, al procedimiento establecido en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, una vez concluidas los trámites anteriores, los cuales ya fueron analizados. Importante es a este respecto mencionar que, si vamos al texto legal referido, específicamente al artículo 491, la substanciación del proceso se regirá por el procedimiento de aplicación general establecido en el Párrafo 3° del mismo libro V, es decir, los artículos 446 y siguientes. En este sentido, esta remisión incorpora, además de las normas que rigen el desenvolvimiento del proceso, los principios que inspiran a dicho procedimiento, es decir, que estamos en presencia de un procedimiento de doble audiencia, oral, concentrado, gratuito, público, donde los jueces deben ejercer un impulso procesal de oficio, donde debe primar la buena fe y donde existirá bilateralidad de la audiencia e inmediatez. Pero la substanciación del procedimiento de Tutela Laboral por medio del de Aplicación General, no significa que no existan normas propias de aquellas acciones que buscan la protección de los Derechos Fundamentales, lo cual explica que exista una clara distinción respecto del procedimiento de aplicación general, lo cual lo hace ser calificado, tanto por la ley como por la doctrina, de un procedimiento diferente. Ejemplos de esto, son la ampliación de la legitimación activa, la rebaja del estándar probatorio, la anticipación de medidas en casos de lesiones consideradas

---

<sup>78</sup> UGARTE, J. Derecho Tutela y Trabajo, op. cit pp. 119-120

como graves o cuando la vulneración pueda causar efectos irreversibles; además de la reducción del plazo para dictar sentencia<sup>79</sup>.

#### **4.3 Presupuestos de la Acción de Tutela respecto del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres.**

En esta sección, nos ocuparemos de analizar cuáles son los presupuestos para ejercer la Acción de Tutela, restringiéndonos solo al Principio en comento, el cual tiene varias particularidades que merecen ser analizadas.

En primer lugar y sin intención de ser majaderos al respecto, diremos que el primer presupuesto, el cual no es otro que la vulneración del Derecho de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, no se encuentra dentro de la enumeración que hace el artículo 485 del Código del Trabajo, sino que en el artículo 62 bis, del cual podemos desprender de su redacción, que se trataría del incumplimiento del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, siempre y cuando no se trate de diferencias objetivas que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

El segundo presupuesto, tiene una aparente obviedad, pero se trata de un aspecto relevante, ya que, según lo que vimos con anterioridad, en el caso del principio que estamos tratando, su vulneración puede producirse con antelación al inicio de la relación laboral, el cual es, precisamente, el presupuesto que vamos a tratar. Resulta interesante volver sobre un momento del *iter* contractual, que queda fuera de la protección brindada por el Procedimiento de Tutela, debido a que el legislador, en el

---

<sup>79</sup> PALAVECINO, C. (2014). El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile. Revista Chilena del Trabajo y la Seguridad Social, 5, pp. 33-45.

artículo 485 inciso segundo, señala expresamente que los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2, son una excepción a aquellos que serán conocidos en el procedimiento de tutela. A lo que se refiere el legislador es, a las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito cualquiera de las condiciones a las que se refiere el inciso cuarto. Con esto, se entiende que la ley excluye como un presupuesto de la Acción de Tutela, todo lo que ocurra con anterioridad a la entrada en vigencia del contrato de trabajo. Dejamos claro, desde ya, que si bien, se excluye la posibilidad de ejercer la Acción de Tutela, esto no significa que no esté sancionado de ninguna manera, de hecho, existe una sanción administrativa que está contemplada en el artículo 506 y que consiste en una multa catalogada como gravísima, la cual, dependiendo del número de trabajadores de la empresa, puede variar desde las 10 a las 60 Unidades Tributarias Mensuales. Una vez consignado lo anterior, ya podemos revisar esta situación, la cual, de momento deja a quienes son discriminados por medio de ofertas de trabajo que contengan alguno de los múltiples criterios que enumera el inciso cuarto del artículo 2 como medio de selección, sin acceder a ningún tipo de reparación, ya sea pecuniaria o de cualquier otro tipo, frente a una conducta que, si es vista desde la mirada de una persona que es discriminada, no tiene mayor diferencia con la misma situación de discriminación que sufre aquella que tiene un contrato de trabajo vigente. En este mismo sentido se ha manifestado el profesor Caamaño, para quien: “(...) la sanción impuesta al empleador no resarce a la mujer afectada, quien sigue sintiéndose vulnerada en su dignidad como persona por no haber podido acceder al empleo, por el solo hecho de ser mujer”<sup>80</sup>. Creemos que resulta necesario establecer, dentro de la legislación laboral, alguna herramienta que permita dicho resarcimiento, ya sea por la inclusión del *iter* anterior a la entrada en vigencia del contrato de trabajo dentro del ámbito de protección de la Acción de Tutela o de alguna manera, la cual, de todas formas, será más engorrosa que el reconocimiento por dicha acción.

---

<sup>80</sup> Caamaño. E. 2003. La defensa del Principio de No Discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral. Revista Laboral Chilena, 116, p. 78.

Una tercera condición para la procedencia de la Acción de Tutela, es que la vulneración sea una infracción a las normas laborales dentro del ámbito de una relación laboral. Este elemento limita los actos que pueden ser calificados como discriminatorios, debido a que debe tratarse, necesariamente, de vulneraciones de derechos que se encuentran dentro de la normativa laboral y, obviamente, del ámbito constitucional en virtud del artículo 485. Respecto a las normas constitucionales, el profesor Palavecino ha señalado que esa aplicación es solo secundaria y, solo serían aplicables por vía refleja<sup>81</sup>.

El cuarto presupuesto es la afectación de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, los cuales ya fueron enumerados en su momento. “En el procedimiento de tutela, los derechos fundamentales cumplen una doble función puesto que conforman y a la vez limitan el objeto del proceso”<sup>82</sup>; esto está muy relacionado con el punto anterior en el sentido de que los actos discriminatorios deben estar tipificados en la legislación laboral al igual que ocurre en este caso, donde los Derechos Fundamentales están expresamente enumerados y forman, por tanto, el límite del ejercicio de la Acción de Tutela, además de su objeto. Otro aspecto que debe ser parte del análisis de los Derechos Fundamentales como presupuesto de la acción de Tutela es, precisamente, el hecho de su vulneración. Los derechos deben ser efectivamente afectados, de manera que un acto que no vulnere a la persona en cuanto a sus derechos, no puede ser presupuesto de la acción analizada.

En resumen, los presupuestos para la procedencia de la Acción de Tutela Laboral, son los siguientes:

a) La vulneración de un Derecho Fundamental, que en el caso del tema que estamos tratando se reduce al incumplimiento del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres.

---

<sup>81</sup> PALAVECINO, Op. Cit. p.36

<sup>82</sup> PALAVECINO, Op. Cit. P.37

- b) Que la vulneración se produzca durante la vigencia de la relación laboral.
  
- c) Que la vulneración sea una infracción a las normas laborales dentro del ámbito de una relación laboral.
  
- d) La afectación del Derecho Fundamental.

#### **4.4 Sobre la legitimación**

##### **4.4.1 Legitimación Activa.**

El artículo 489 del Código del Trabajo es la primera norma atinente a esta materia. Este artículo parte con una distinción previa entre aquellos casos en que la vulneración se produce con ocasión del despido y los que no. Respecto a los primeros, la ley reconoce como legitimado activo, solamente al trabajador afectado, el cual debe interponer la denuncia dentro del plazo de sesenta días contados desde la desvinculación, dicho plazo se suspenderá cuando el trabajador vulnerado presente la denuncia ante la Inspección del Trabajo y continuará corriendo una vez concluido la tramitación administrativa de la denuncia. En los demás casos (aquellos donde la vulneración no se produjo con ocasión de un despido), la legitimación activa se amplía de forma notable.

Antes de entrar en la legitimación activa en aquellos casos en que la vulneración no ocurre con ocasión del despido, es menester analizar porqué existe esta diferencia. El motivo de esta distinción tiene mucho que ver con que ya no existiría un “interés legítimo” cuando se termina la relación laboral. Como señala el artículo 486, dicho interés se basa, en el caso de los sindicatos, en una de las finalidades de estos, el cual tiene reconocimiento legal en el artículo 220 del Código del Trabajo y se trata de velar

por el cumplimiento de las leyes del trabajo y la seguridad social; mientras que en el caso de la legitimación activa de “cualquier trabajador”, según dispone el mencionado artículo 486, puede entenderse desde la perspectiva de la naturaleza tuitiva del Derecho del Trabajo, en el sentido de que lo que está en juego es la vulneración de un derecho que tiene un carácter diferente a los demás, el cual es la fundamentalidad, lo cual permite llegar a la conclusión de que es ese el elemento que acerca la legitimación activa en la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales hasta límites cercanos a una acción popular, entendiendo que si se vulneran los derechos de un trabajador que, por ejemplo, comparte una jefatura, esto también podría ocurrir con otro o, peor aún, con él mismo.

Ahora, retomando la legitimación activa en aquellos casos en que se vulneran Derechos Fundamentales sin ocasión del despido, los habilitados por la ley, específicamente por el artículo 486 del Código del Trabajo son los siguientes:

a) El trabajador vulnerado en sus derechos: Esto resulta obvio, debido a que es él quien fue afectado y, por tanto, la ley le reconoce el derecho a recurrir a los tribunales de justicia con el fin de exigir el cese inmediato de los actos vulneratorios, además de otras consecuencias jurídicas que serán analizadas en su momento.

b) Cualquier Trabajador: Palavecino (Citando a su vez a Rodolfo Walter y Gabriela Lanata, 2007) señala al respecto “(...) perfectamente podría estimarse que tiene un interés legítimo cuando la vulneración la ha sufrido por ejemplo otro trabajador de la misma empresa”<sup>83</sup>. Tal como vimos con anterioridad, lo determinante es la figura del interés legítimo.

“(...) el interés legítimo no supone una afectación directa al status jurídico, sino una indirecta, en la medida en que la persona sufre una afectación no en sí misma, sino por encontrarse ubicada en una especial situación frente al orden jurídico que le

---

<sup>83</sup> PALAVECINO, C. Op. Cit p.39

permite accionar para obtener el respeto a su interés jurídicamente tutelado aunque no goce de un derecho subjetivo reflejo individual<sup>84</sup>.

Como ya habíamos adelantado, el interés se basa en la situación en la que se encuentra el trabajador que denuncia, la cual se podría ver afectada de la misma manera que lo hicieron los Derechos Fundamentales de su colega trabajador. Ahora, es importante referirse a la naturaleza de dicha legitimación. En este caso, el trabajador que no ha sufrido la afectación de sus derechos es titular de la acción, pero no del derecho vulnerado. La misma lógica es aplicable a las organizaciones sindicales.

c) Las Organizaciones Sindicales: Precisamos que utilizamos la expresión “Organizaciones Sindicales”, porque no se trata solo de un tipo de éstas. Los Sindicatos de Empresa, interempresa, independientes, transitorios, federaciones, confederaciones y centrales podrían ser titulares de la Acción de Tutela, siempre y cuando tengan un interés legítimo. Aunque, de todas formas el legislador se encargó de reconocer dicho interés al sindicato al cual se encuentra afiliado el trabajador y a aquel de grado superior, quienes podrán hacerse parte del juicio como tercero coadyuvante y en el caso de la primera, pudiendo interponer la denuncia, actuando así como parte principal. Ugarte ha señalado que las organizaciones a las que no se encuentra afiliado el trabajador, también serían titulares de la acción, siempre y cuando tengan un interés legítimo. Pero, ¿En qué consiste dicho interés en esos casos? Nos planteamos esta pregunta porque en los otros, es la propia ley la que establece el interés. La respuesta que da el Profesor Ugarte es que las Organizaciones Sindicales deben proteger los derechos fundamentales de sus afiliados cuando existen expectativas razonables de que la vulneración afecte a sus propios representados, ya sea porque se trata de un mismo empleador, un mismo grupo de empresas o unidad económica, porque trabajan en la misma área de actividad económica en el sentido que pueda representar una amenaza de que el empleador correspondiente realice las

---

<sup>84</sup> SCHMILL, U. & DE SILVA, C.. (2013). El interés legítimo como elemento de la acción de amparo. Isonomía, 38, p.261.

mismas prácticas o porque la vulneración tiene una gravedad tal, que amerita que una central sindical intervenga<sup>85</sup>. A través de este razonamiento, podemos encontrar un elemento común en todos los casos de interés legítimo y se trata de la función que dispone el artículo 220 del código del trabajo respecto de los sindicatos, los cuales deben proteger los derechos fundamentales de sus afiliados velando por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, denunciando o actuando como parte en los juicios o reclamaciones a que den lugar la aplicación de multas y otras sanciones.

d) La Inspección del Trabajo: El artículo 486, dispone que la Inspección del Trabajo podría hacerse parte del proceso, cuando, dentro del ámbito de sus atribuciones, tome conocimiento de una vulneración de Derechos Fundamentales. Pero como vimos con anterioridad la ley obliga en este caso a que la Inspección lleve a cabo el trámite de mediación con una finalidad expresa: agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

Todos los legitimados activos, tienen un plazo de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de Derechos Fundamentales para interponer la Acción de Tutela, plazo que se suspende por la interposición del reclamo ante la Inspección del Trabajo y que se reanuda una vez agotados los trámites respectivos ante dicho órgano administrativo. Además, la ley introduce un plazo extintivo de noventa días en caso de despido del trabajador.

#### **4.4.2 Legitimación pasiva.**

El sujeto pasivo de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, en virtud del artículo 485 es el empleador, entendiendo por tal, según define legalmente el artículo 3 a: "toda persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo. El acto lesivo no hace procedente la acción por sí solo, sino que debe ir acompañado de una característica

---

<sup>85</sup> UGARTE. Derecho, Trabajo y Tutela, op cit. pp. 54-55

que el mismo artículo 485 se encarga de establecer: La vulneración debe ser producto de un acto realizado en ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, la cual no debe tener una justificación suficiente, no debe ser arbitraria o desproporcionada y, por último, no debe afectar el contenido esencial de la garantía objeto de la acción.

En el caso del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre hombres y mujeres, la única facultad propia del empleador que podría generar la vulneración (siempre y cuando sea injustificada, insuficiente, arbitraria, desproporcionada o afecte el derecho en su esencia), es aquella que le permite decidir acerca del monto de aquellas dentro de sus facultades de administración. En este sentido, en virtud del artículo 4, cualquier gerente, administrador, capitán de barco o, en definitiva, cualquier persona que ejerza habitualmente funciones de administración, reconduce la responsabilidad por la vulneración hacia el empleador, quien queda en dicha posición en virtud de la presunción de derecho que establece el mismo artículo, por lo tanto, en el caso de estudio, el legitimado pasivo siempre va a ser el empleador. Ahora, surge otra pregunta relacionado con el tema que venimos tratando: ¿Quién es el empleador en los casos de régimen de subcontratación o en el caso de suministro de trabajadores? En el primer caso, el artículo 183-A no deja demasiadas dudas al respecto al disponer, en primer lugar: “Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, **denominado contratista o subcontratista**” (El ennegrecido es nuestro). Como se puede inducir, la ley es bastante clara respecto a quien ocupa la denominación de empleador. Pero según Ugarte, existen dos excepciones a esta regla: La primera se produce cuando “(...) la empresa principal se encuentra situada por la propia ley en la posición jurídica que le corresponde al empleador”<sup>86</sup>. Mientras que la segunda se genera “cuando la empresa principal ejerce, en los hechos, una o más facultades propias del empleador”<sup>87</sup>. Esto podría ocurrir respecto del principio que nos mantiene ocupados, cuando algún representante de la empresa principal fije por medio de algún acto jurídico o, en

---

<sup>86</sup> UGARTE. Derecho, Trabajo y Tutela, op. cit. p. 65

<sup>87</sup> UGARTE. Derecho, Trabajo y Tutela, op. cit. p. 66

cualquier otra forma, que las remuneraciones de hombres y mujeres sean distintas para el mismo trabajo, sin justificación que sea admisible en virtud del artículo 485 inciso tercero.

## **5.- LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL**

### **5.1 Sobre la apreciación de la Prueba**

En virtud del artículo 456 del Código del Trabajo, el sistema de apreciación de la prueba por parte del tribunal será la regla de la sana crítica, la cual se puede definir como "(...) un sistema de valoración libre de la prueba pues el juez no está constreñido por reglas rígidas que le dicen cuál es el valor que debe dar a esta, pero tampoco decide únicamente en base a los dictámenes de su fuero interno"<sup>88</sup>. Este sistema en materia laboral está limitado por el mismo artículo, en el sentido de que el tribunal tendrá que expresar, tanto las razones jurídicas, como otras de carácter científico, técnico o de experiencia que utilice para valorar los hechos, además de poner especial atención en la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de los medios de prueba, para que la ponderación de dicha prueba lleve al juzgador a establecer una conclusión lógica.

### **5.2 Sobre la Carga de la Prueba**

La regla más importante en esta materia se encuentra establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo la cual dispone:

---

<sup>88</sup> LASO, J. (2009). Lógica y sana crítica. Revista Chilena de Derecho, 36, pp. 143-164.

“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”.

La norma citada es la que permite afirmar que en materia probatoria el legislador estableció un sistema de “prueba de indiciaria”, el cual se puede entender como aquella en “que basta un indicio de prueba para que se estime que está suficientemente probado por el trabajador (...), teniendo que explicar el denunciado los fundamentos y la proporcionalidad de la medida que él adoptó”<sup>89</sup>. De este artículo, se ha interpretado por parte de la doctrina que la norma del 493 no se trataría de una norma que altere la carga de la prueba, sino un mecanismo que pretende aligerar dicha carga “que tiene por fundamento la dificultad probatoria que tiene el trabajador de probar que la conducta que alega lesiva puede enmarcarse como atentado a sus derechos fundamentales y no tuvo una motivación legítima”<sup>90</sup>. En este sentido, es importante destacar que desde la presentación del mensaje presidencial el proyecto contenía la intención clara de disminuir la carga probatoria, tal como se demuestra en la siguiente cita del documento mencionado.

“Se produce entonces, una matización de la regla general sobre la carga de la prueba, ya que al trabajador le basta con que de sus alegaciones se desprendan “indicios”, es decir, señales o evidencias que den cuenta de un hecho oculto (violación de un derecho fundamental)”<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> HUMERES. Op cit. p. 523

<sup>90</sup> JARA, F. 2010. La facilidad probatoria en el Procedimiento de Tutela Laboral. Constitucionalidad y tramitación procesal. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1, 166.

<sup>91</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 591 “Modifica el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad” op. cit. p.12

Es importante analizar dicha cita por dos motivos. En primer lugar, se habló de “matizar la regla general sobre la carga de la prueba. La regla general a la que se hace referencia es la contenida en el artículo 1698 del Código Civil, la cual, en virtud del carácter común y supletorio de dicho cuerpo legal, alumbra a toda la legislación con la idea de que corresponde probar los hechos a quien los alega, quien, en el caso de la Acción de Tutela sería el denunciante. Pero, como vimos, la norma del 493 del Código del Trabajo dispone que corresponde al denunciado “explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Precisamente, esa es la alteración del *onus probandi* que venimos analizando, pero aún cabe la duda de si es una inversión o un deslizamiento de dicha carga tendiente a aligerar la prueba al denunciante. En doctrina dicha duda casi no existe, ya que, “Hay consenso en que existe una regla especial en la materia, sin embargo los autores tienden a pensar que no se trataría de alteración del *onus probandi*, sino más bien de un principio de aligeramiento probatorio”<sup>92</sup>. Hablamos de que casi no existe mayor oposición a la idea de que se trata de un aligeramiento porque existe doctrina que postula que con la norma del 493 se deroga la norma del 1698 del Código Civil de forma irresponsable<sup>93</sup>. Creemos que dicha interpretación es refutable debido a que el denunciante no queda exento de rendir prueba, ya que debe aportar la llamada “prueba de indicios”, es decir: “La víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar la existencia de indicios suficientes”<sup>94</sup>, generando una “sospecha razonable” que obliga al denunciado a acreditar que las medidas que tomó son apegadas a Derecho y proporcionales. Ahora, el artículo 493 no habla de indicios “a secas”, sino que exige que sean “suficientes”, es decir: “debe entenderse más que un número determinado de indicios, la exigencia de una cierta calidad de éstos: deben permitir la sospecha razonable para que el juez declare que la vulneración se ha producido”<sup>95</sup>. En este sentido, si volvemos a la redacción del artículo 493, veremos que la ley habla de indicios en plural, por lo que ya se desprende de que con uno no bastará, pero además

---

<sup>92</sup> JARA. Op. Cit. p.166

<sup>93</sup> THAYER, W. (2008). El nuevo procedimiento laboral proyecto antiguo y ley precipitada. Actualidad Jurídica, 18, pp. 519-534.

<sup>94</sup> UGARTE. Derecho, Tutela y Trabajo, op. cit. p.71

<sup>95</sup> UGARTE. Derecho, Tutela y Trabajo, op. cit. p.76.

dichos indicios deben llevar al juez a una predisposición que le permita ponerse, en un estado de sospecha razonable de que los hechos denunciados ocurrieron, siendo ese el estado de prueba en que se encontrará el denunciado para desvirtuar la denuncia por medio de sus propios medios de prueba. Así, en resumen, entenderemos que los indicios suficientes son aquellos que permiten al juzgador alcanzar una sospecha razonable de que los actos vulneratorios ocurrieron.

Otro aspecto aclaratorio de este asunto es el denominado “principio de prueba”, por el cual “El trabajador debe aportar indicios que no prueben inmediata y directamente el hecho principal —la conducta lesiva—, sino que, cosa distinta, hechos o circunstancias que logren generar en el juez la sospecha razonable”<sup>96</sup>. Es decir, no resulta necesario que la prueba de la denunciante apunte de forma indiscutible al acto vulneratorio, sino que el objeto de esta prueba indiciaria es, tal y como hemos repetido, dejar al juzgador en un estado de sospecha razonable. Respecto a esto, es necesario precisar que, no significa que la denunciante quede relevada de prueba por completo respecto del hecho lesivo, ya que eso implicaría una inversión de la carga probatoria, contraria a la norma del 1698 del Código Civil, la cual ya descartamos.

Otro elemento importante que merece la pena analizar sobre el artículo 493 es el siguiente: “Esta disposición que, en rigor, constituye una regla de juicio que opera al momento de la deliberación y confección de la sentencia, conceptualmente constituye una rebaja del estándar de convicción del juez”<sup>97</sup>. Esto se refiere a que la norma en comento, tiene su aplicación en la etapa en que el tribunal elabora el fallo, por lo que no exime a la denunciante de probar los hechos que alega. Entonces, ¿tiene aplicación realmente la rebaja del estándar probatorio? Va a tener relevancia cuando el denunciado no pueda explicar el fundamento de sus actos y su proporcionalidad, pero cuando no sea así, el juzgador incluso podría soslayar dicha norma, en el sentido de que no resultaría necesario recurrir a los indicios cuando la denunciada aporte medios

---

<sup>96</sup> UGARTE, Derecho, Tutela y Trabajo, op. cit. p.75

<sup>97</sup> CAAMAÑO, E & UGARTE, J. (2014). El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, 20, p.86

de prueba que sean concluyentes respecto a que los supuestos actos discriminatorios son fundados y proporcionales.

Resulta interesante, a este respecto, analizar de qué forma nuestros tribunales del trabajo están aplicando estas normas probatorias en casos relacionados con el objeto de esta memoria. La primera resolución que citaremos fue dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso:

“Así las cosas, **no acompaña medio probatorio alguno que acredite que hayan existido las imputaciones que plantea a este respecto**, ninguna probanza va en esa línea argumentativa, constando en virtud de la prueba incorporada por la denunciada, que el actor se encuentra dentro de una banda de remuneraciones que **no refleja la existencia** de grandes diferencias por parte del sueldo base, siendo posible concluir, especialmente por la declaración de los testigos de la denunciada, que la banda salarial para el cargo de ejecutivo empresa y trabajadores parte de mínimo, media y máxima, dependiendo de la experiencia, desarrollo y respaldos académicos requisitos para el perfil del cargo”<sup>98</sup> (lo ennegrecido es nuestro).

Lo particular de este fallo, está en que el juzgador omite por completo la norma del artículo 493, es más, ni siquiera se menciona en el fallo dicho artículo. No habría mayor problema al respecto, si efectivamente el denunciante no hubiera aportado prueba alguna, pero resulta que, si lo hace y, aún así, se le exige a la denunciante probar que las imputaciones ocurrieron, es decir, se le está solicitando que cumpla con un estándar de plena convicción. Por si cabe alguna duda al respecto se cita otra parte del fallo:

---

<sup>98</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. 20.4.2018. Rit: T 4-2018.

“Que la primera de ellas permite adquirir convicción para determinar los ítemes que componen su remuneración y la cuantía de la misma. La confesional da cuenta de diferencias remuneracionales atribuibles a la existencia de bandas salariales de los trabajadores de la parte denunciada lo que obedece a factores previamente determinados, y la testimonial hace eco de la tesis que plantea la parte denunciante, la cual es única y es reflejo de hechos obtenidos a través el relato directo del actor, así las cosas, considero que éstas pruebas son ineptas e insuficientes para construir la tesis que plantea el denunciante”<sup>99</sup>.

El propio tribunal señala que hay prueba documental que permite establecer la remuneración, lo cual, por sí solo no podría generar un indicio, pero si existe un complemento de prueba testimonial y confesional que permiten, a lo menos, sospechar que podría estarse vulnerando el artículo 62 bis del Código del Trabajo. Esto explica que el tribunal haya rechazado la denuncia tomando en consideración el argumento que se cita, pero la verdad es que no lo hizo porque rechazó la demanda por determinar que había cosa juzgada, ni siquiera porque la prueba ofrecida por la denunciada fuera suficiente para destruir la sospecha razonable. Como se puede apreciar, en este caso se buscaba que la denunciante estableciera la existencia del acto de discriminación consistente en vulnerar el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, cuando el estándar probatorio aplicable a esta materia no puede ser otro que el de la prueba indiciaria, donde, como ya vimos, se busca que la denunciante aporte indicios suficientes que permitan generar en el juzgador una sospecha razonable y no, plena convicción de la existencia de dichas conductas discriminatorias como pareciera exigirse por parte del tribunal. Además, luego de que se establezcan dichos indicios corresponderá al denunciado explicar que su actuar está fundamentado y es proporcional, por lo que rechazar la denuncia por falta de prueba del hecho vulneratorio solo procedería cuando: a) no se presentó indicio alguno, b) los indicios aportados no resultan

---

<sup>99</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Idem.

suficientes o c) cuando los indicios no están relacionados con la conducta lesiva, pero en ningún caso cuando se han presentado indicios suficientes.

Lamentablemente, en los siguientes fallos sobre Tutela Laboral, el criterio se repite: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, RIT: T-34-2017; Juzgado de Letras y Garantía de Pozo Almonte RIT: T-6-2018.

## **6.- LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA.**

En virtud del artículo 491 el Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales se debe sustanciar según las normas del Procedimiento de Aplicación General contenido en el Párrafo 3° del libro V del Código del Trabajo, lo cual implica que de no tratarse de una norma especial contenida en el párrafo 6° que regula el procedimiento que estamos analizando, son aplicables todas las disposiciones del Procedimiento de Aplicación general que no sean contradictorias con la norma especial. En relación a esto es que resulta aplicable el artículo 459 que contiene los requisitos del contenido de la sentencia definitiva. Esta norma debe complementarse con el artículo 495 el cual dispone el contenido adicional que debe tener la sentencia definitiva en su parte resolutive. El primer requisito consiste en que el tribunal debe realizar una declaración que señale la existencia o inexistencia de la lesión de derechos fundamentales que se denunció. Todos los demás requisitos, que se analizarán a continuación no aplican en caso de que el tribunal determine que no existe la vulneración denunciada, pero de determinarse la existencia de una lesión de derechos fundamentales por parte del denunciante, el juez debe ordenar lo siguiente:

a) La orden del cese inmediato del comportamiento antijurídico, si es que este continua a la fecha de dictación del fallo. Esto bajo el apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la cual podrá repetirse hasta obtener el cumplimiento de la medida.

b) Una indicación concreta de las medidas tendientes a reparar las consecuencias de la vulneración, bajo el mismo apercibimiento señalado en el punto anterior anterior. Dentro de las medidas tendientes a la reparación se incluyen las indemnizaciones que procedan.

c) La aplicación de las multas que procedan.

Finalmente, en el inciso final, el legislador establece una norma dirigida al sentenciador la cual le impone una labor de garante de que los hechos queden en el mismo estado en que se encontraban antes del o las situaciones vulneratorias. Dicha labor se fortalece con la prohibición de autorizar cualquier acuerdo que no sea coherente con la indemnidad de la conducta lesiva.

Analizaremos a continuación qué implicancias tiene esta norma respecto de la vulneración del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres. La primera consecuencia de que el juez determine que existe una vulneración a este principio debería ser que el juez ordene el cese inmediato de la desigualdad salarial que sufrió la denunciante respecto de los trabajadores que realicen un mismo trabajo dentro de la empresa, esto según lo dispuesto en el artículo 62 bis. De esta forma, el juez debería decretar que las remuneraciones de la denunciante sean igualadas con aquellos trabajadores que realicen un mismo trabajo dentro de la empresa, los cuales, ya estarán determinados en el caso del principio en comento, debido a que de lo contrario la denuncia no hubiera prosperado por falta de prueba. Resulta necesario aclarar, que en ningún caso las remuneraciones de los trabajadores distintos del o la denunciante se van a ver afectados, debido al efecto relativo de las sentencias y, más importante aún, al principio *in dubio pro operario* que auxiliará en este caso a cualquier trabajador que se vea afectado por alguna

medida similar. Ugarte<sup>100</sup>, distingue entre las consecuencias de la orden de cese, según el tipo de actividad que realizó el empleador para vulnerar los derechos fundamentales. En el caso de conductas que tengan un contenido puramente material, la consecuencia va a ser simplemente que el acto cese de forma inmediata con la exigencia de que no se repita. Por otro lado, el autor reconoce conductas que corresponden a un acto jurídico, en ese caso, la consecuencia sería la ineficacia jurídica del acto (nulidad). Respecto al principio analizado, la conducta corresponde a un acto jurídico que no es otro que el contrato de trabajo, respecto del cual correspondería que en virtud del tercer requisito del artículo 495, el tribunal indicara que se debe realizar un anexo de contrato mediante el cual se modifiquen las remuneraciones para cumplir con lo dispuesto en el artículo 62 bis.

El tercero de los requisitos señalados en el artículo 495 dice relación con las medidas dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias del acto lesivo. En este caso, el juez puede decretar diferentes medidas tendientes a cumplir con el deber de velar porque los hechos se retrotraigan al estado anterior a la vulneración. En el presente caso analizado, el juez podría decretar, por ejemplo, que el empleador realice una disculpa privada o pública, aunque lo más relevante será la indemnización pecuniaria, la cual fue establecida por el legislador en el artículo 489, pudiendo variar entre un mínimo de seis y un máximo de once meses de remuneración mensual del trabajador. Pero, hay un asunto que no resulta tan sencillo de analizar como lo anterior. Se trata de si corresponde que se decrete a título de daño emergente, que condene al empleador a pagar las diferencias que se hayan generado desde el comienzo de la vigencia del contrato de trabajo. Creemos que en virtud del Principio de Reparación Integral del Daño y del artículo 495, en cuanto dispone que es deber del juez velar por retrotraer los hechos al estado anterior al hecho lesivo y que se deben incluir las indemnizaciones que procedan, que es totalmente procedente, ya que el hecho lesivo en la mayoría de los casos se origina en conjunto con la entrada en vigencia del contrato de trabajo, por lo que si es solicitado por la denunciante, no habría motivo para pensar que no habría motivo

---

<sup>100</sup> UGARTE. Derecho, Tutela y Trabajo, op cit. p.77-78

para negar su procedencia, salvo que opere la prescripción respecto de las diferencias más antiguas. Esto tiene sentido si consideramos que “Se contempla la atribución de una amplia facultad para que los jueces del trabajo fijen esas medidas de reparación”<sup>101</sup>.

Para finalizar queda determinar cuáles son las multas asociadas a la vulneración del principio que venimos comentando. El artículo 154 N° 13, impone una multa calificada como grave que puede ir desde las 9 a las 40 unidades tributarias mensuales dependiendo de la cantidad de trabajadores que tenga la empresa, la cual procederá por la no respuesta por escrito del reclamo interno realizado por el o la trabajadora. La segunda multa establecida en relación a la materia se encuentra en el mismo artículo 154, pero esta vez en el N° 6 en relación con el artículo 506, dicha sanción también está calificada como grave y, como mencionamos en su oportunidad, solo procede respecto de empresas de más de 200 trabajadores; el monto de la multa asciende a 40 unidades tributarias mensuales. En este último caso el motivo de la sanción sería la omisión de consignar los diversos cargos o funciones de la empresa y sus características esenciales en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad. Por último, queda el más importante, ya que, dice relación con el procedimiento, en cuanto es requisito previo a ejercer la acción de tutela. Se trata de la omisión de incluir en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, el procedimiento de reclamación por incumplimiento al principio en comento. La fuente formal aplicable en este caso es el artículo 154 N° 13 en relación a los artículos 62 bis y 506. La conducta está calificada como grave y, al igual que en el primer caso, la multa puede variar entre las 9 y 40 unidades tributarias mensuales dependiendo de la cantidad de trabajadores de la empresa.

## **7.- SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL ARTÍCULO 62 BIS.**

---

<sup>101</sup> UGARTE. Derecho, Tutela y Trabajo, op. Cit. p.78.

## 7.1 Antecedentes

Con fecha 16 de marzo de 2016, un grupo de parlamentarios entre los cuales destacan las diputadas Karol Cariola Oliva y Camila Vallejo Dowling, presentaron una moción con el objeto de modificar la redacción de los artículos artículo 62 bis, 154 N°6 y 163 del Código del Trabajo. Todas estas normas tienen en común, formar parte de un catálogo de reglas que buscan proteger el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres en el ámbito del Derecho del Trabajo. Este último motivo nos impide soslayar la importancia de este proyecto que aún se encuentra en tramitación, por lo que lo analizaremos con detenimiento a continuación.

Lo primero que llama la atención es que dentro de los antecedentes que se invocan como motivo de la reforma, está la idea de que la prohibición constitucional de discriminación por motivos diferentes de la capacidad o idoneidad personal (artículo 19 N° 16), “no ha significado un retroceso en la brecha salarial entre hombres y mujeres que no puede ser explicada por factores relacionados con la productividad, sino que más bien se refiere a efectos relativos a la discriminación”<sup>102</sup>. Creemos que existe un error de enfoque de carácter jurídico en cuanto a la apreciación hecha por los parlamentarios, en el sentido de que la norma constitucional tiene poco que ver, en la práctica, respecto a la defensa del principio que venimos desarrollando. Esto no implica que las normas constitucionales no tengan el estatus jerárquico que todos sabemos que poseen, sino que es en el propio Código del Trabajo donde se pueden hacer cambios relevantes sobre todo en cuanto al procedimiento y a la consagración del derecho a ganar lo mismo por un mismo trabajo y, al parecer, los parlamentarios también lo entienden de esa forma finalmente, ya que, los cambios que plantean son respecto de disposiciones

---

<sup>102</sup> Congreso Nacional de Chile. (2006). Moción parlamentaria. Boletín N° 10576-13. Periodo legislativo 2014-2018.

de ese cuerpo normativo. Continúa el proyecto con una síntesis del reconocimiento del principio en el Derecho Internacional, frente a lo cual nos limitaremos a decir por ahora que no cabe duda que el principio tiene reconocimiento amplio en distintos instrumentos internacionales que serán analizados en el siguiente capítulo. El tercer punto que se toca, es la brecha salarial que se manifiesta en diferentes instrumentos de medición, los cuales analizaremos. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Desde ahora OCDE), realiza un ranking de brecha salarial, donde el primer lugar es ocupado por Rumania con un porcentaje de 1,5%, país que en consecuencia tiene la menor brecha de todo el mundo. Chile ocupa el puesto 40 a nivel mundial siendo superado por otros países de la región como Costa Rica, Colombia y México<sup>103</sup>. Esta realidad, lejos de ser tranquilizadora, más bien preocupa, en cuanto a que es sabido que nuestro país alcanza niveles altos de desarrollo en comparación a los demás países de Latinoamérica, pero, lamentablemente, eso no se ve del todo reflejado en cuanto a la disminución de la brecha salarial entre ambos géneros. En cuanto a datos internos, la moción señala que según datos del Instituto Nacional de Estadísticas “el ingreso medio para las mujeres asciende a \$338.791 y en el caso de los hombres es de \$500.787”<sup>104</sup>. Estos datos siguen siendo coherentes con los ya analizados en su oportunidad y con los de OCDE. De todo lo anterior, es posible concluir que existe evidencia documental para sostener que aún existe una brecha remuneracional entre géneros de la cual el Estado de Chile se ha ido haciendo cargo por medio de reformas que eran necesarias, pero que teniendo en cuenta todo lo analizado al respecto, esos cambios aún no son suficientes. Un tercer punto que trata esta moción, es un punto que ya analizamos en su momento; se trata de la diferencia del concepto de trabajo de igual valor utilizado en el Convenio N° 100 de la OIT, versus el utilizado en nuestra legislación: igualdad de remuneraciones por un mismo trabajo. Como ya habíamos mencionado con anterioridad al analizar la Historia Fidedigna de la Ley 20.348, la moción del proyecto contenía una redacción que buscaba igualdad en las remuneraciones de hombres y mujeres que realizaran trabajos de igual valor,

---

<sup>103</sup> OCDE. 2018. Gender wage gap (indicator). [En Línea] <<https://data.oecd.org/earnwage/gender-wage-gap.htm>> [Acceso el 01 de Noviembre de 2018]

<sup>104</sup> Congreso Nacional de Chile. (2006). Op. Cit.

concepto que terminó reemplazándose finalmente por “mismo trabajo”. El motivo entregado por los parte de los parlamentarios para introducir este cambio fue que el concepto de “trabajo de mismo valor”, se puede sintenizar con una cita del honorable Senador Pizarro durante la discusión parlamentaria: “la definición de trabajo de igual valor es más compleja de lo que parece y una errada conceptualización del mismo podría incidir negativamente en la contratación laboral femenina”<sup>105</sup>. Lo complejo de esta situación es que lo que verdad se estaba discutiendo, el fondo real del asunto fue simplemente soslayado con el pretexto de la dificultad conceptual. ¿Cuál era ese fondo al que nos referimos? Se trata de la amplitud que tiene un concepto sobre otro, debido a que “el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor no sólo abarca los casos en los que los hombres y las mujeres realizan un trabajo igual o similar, sino también la situación en la que realizan un trabajo diferente”<sup>106</sup>. Esto quiere decir que en los casos de aquellos trabajos que no son iguales pero que reportan un mismo valor para la empresa, son los que deberían ser remunerados de la misma forma, lo que amplía la cantidad de personas a los cuales se les reconoce el principio. El artículo 3 del Convenio N° 100 de la OIT señala: “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”. En el caso de Chile, la evaluación de los métodos para fijar tasas de remuneración no ocurrió, ya que se siguió el camino de asegurar la igualdad solo en aquellos casos en que se determinara que los trabajos son iguales. Por lo que entendemos que el motivo para impulsar la reforma que venimos analizando, tiene un sustento, en cuanto a que hay un derecho fundamental que se está asegurando solo a un grupo de la población, dejando a otro en indefensión frente a su constante vulneración, como ya se ha visto.

---

<sup>105</sup>BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley. 20.348, op. Cit, pp. 95

<sup>106</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2014). IGUALDAD DE REMUNERACIÓN ACTIVADOR FUNDAMENTAL DE LA IGUALDAD DE GÉNERO. [En Línea] <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/briefingnote/wcms\\_438286.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/briefingnote/wcms_438286.pdf)> [Acceso el 5 noviembre, 2018]

El último de los puntos que considera el proyecto como antecedente son las observaciones que hace el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Desde ahora CEDAW, según sus siglas en inglés), que es el órgano que supervisa el cumplimiento del Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer, el cual fue ratificado por Chile el 7 de diciembre de 1989, respecto a los avances que ha hecho Chile en materia de la lucha contra la discriminación en contra de la mujer, en este caso la respuesta referida es del año 2012, año en que CEDAW señala expresamente:

“El Comité recomienda al Estado parte que:

- a) Considere la posibilidad de modificar su legislación para incluir el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor a fin de reducir las diferencias salariales entre mujeres y hombres, de conformidad con el Convenio N° 100 (1951) de la OIT sobre igualdad de remuneración;
- b) Establezca mecanismos eficaces para hacer efectiva la Ley N° 20348<sup>107</sup>.

Tomando en cuenta que esta observación fue realizada el año 2012 y el proyecto que estamos analizando se presentó en 2016, creemos que este antecedente es el que más peso le da al proyecto, aunque solo respecto a que es el único avance concreto en la materia que se ha observado desde la entrada en vigencia de la ley N° 20.348.

## 7.2 Análisis del Proyecto

La primera modificación relevante al artículo 62 bis que se pretende introducir por medio de este proyecto, dice relación con ampliar uno de los presupuestos mínimos

---

<sup>107</sup> CEDAW. 2012. SEMINARIOS 2012. CEDAW. Observaciones y recomendaciones a Chile. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. [En Línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/onudh/informes-ddhh/291-ddhh-cl/1675-cedaw-chile-2012.html> [Acceso 5 de noviembre de 2018]

de protección. Se trata de incluir a aquellas personas que realizando una labor de igual valor que otras dentro de la empresa, se ve impedida, por el momento, de obtener el reconocimiento a su derecho de ganar lo mismo que los demás que realizan labores de igual valor. Como ya hemos señalado, este es uno de los grandes problemas de la normativa vigente que regula esta materia, ya que, además de restringir el ámbito de personas que quedan bajo el alero de la protección al principio en comento, se limita uno de los criterios a utilizar como presupuesto de la acción: Se tiene que tratar de un mismo trabajo en términos estrictos, lo cual, sin duda dificulta la prueba y el éxito mismo de la acción. La forma en que el proyecto intenta cambiar esta situación es por medio de la adición al ya comentado concepto del “mismo trabajo”, la siguiente frase: “o para un trabajo al que se le atribuye un mismo valor”. Dicha adición es lógica, si consideramos que uno de los antecedentes más importantes que se citaron para este proyecto es, precisamente, el de concordar con el convenio N° 100 de la OIT, por medio del establecimiento del reconocimiento del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen un trabajo de igual valor. La redacción actual del inciso primero del artículo 62 bis se mantiene en cuanto al fondo, ya que, la excepción a la regla dada por las capacidades, idoneidad, responsabilidad y productividad se desplazan al inciso tercero, con la única diferencia que se establece en forma expresa que se trata de una excepción. Dicha excepción tiene el mismo sentido que tiene en su redacción actual, es decir, permitir al empleador tener mayor control sobre decisiones propias del ámbito empresarial referidas a la producción y rentabilidad. Lo que sí representa una novedad, es que, en el inciso segundo del proyecto, contiene una serie de criterios que el juez debería considerar para determinar si la denunciante realiza un trabajo de igual valor que algún colega que tenga una mayor remuneración. La inclusión de este inciso segundo, no sería sino, cumplir con el artículo 3 del convenio en el sentido de que busca que el juez realice una evaluación objetiva del empleo. La redacción del inciso en comento es la siguiente:

“Para determinar que a un trabajo se le atribuye un mismo valor que a otro, se deberá tomar en cuenta la existencia de similares requerimientos tales como la

naturaleza de los servicios prestados, los requisitos de formación exigidos para su ejercicio, las condiciones laborales, las responsabilidades que se ejerzan o cualquier otro que permita establecer objetivamente la análoga valoración del trabajo realizado, no importando que los servicios a compararse presten para un empleador distinto”.

Tal como se puede extraer, el proyecto busca entregar ciertos criterios que el juez puede tomar para finalmente lograr determinar si existe un trabajo de igual valor, dichos criterios son evidentemente no taxativos, en virtud de la última parte de la redacción, por la cual, el legislador pone al juez en una posición de cierta libertad establecer parámetros que le permitan determinar, en forma objetiva, si se cumple el presupuesto de que la denunciante ejerza un trabajo de igual valor que sus colegas que obtengan mayores remuneraciones. Ahora, lo que resulta curioso, es que se agrega también la disposición de que no importa que los servicios se presten a un empleador distinto. Esta expresión que forma parte del proyecto podría llevar a pensar hasta el extremo de la denunciante pueda ejercer la acción tomando como referencia a un trabajador de un empleador totalmente inconexo. Suponemos que el proyecto se refería a aquellos casos de Subcontratación o Suministro de Trabajadores, ya que, de lo contrario, esto podría implicar una especie de estandarización de las remuneraciones dentro de un determinado sector de la economía, lo cual implicaría restringir las facultades propias del empleador, en el sentido de que estos no podrían fijar las remuneraciones de las mujeres con la libertad propia de las facultades de un empleador. Si esa fue la intención de quienes presentaron el proyecto, creemos que hace falta una redacción más acorde con el espíritu de la ley; pero, si al contrario, se trata de estandarizar los salarios femeninos y masculinos para un cierto ámbito de trabajos catalogados como de igual valor, creemos que una norma así podría incluso ser inconstitucional, idea que no abordaremos por exceder el objeto de esta revisión.

El último inciso de la redacción del proyecto tiene relación con el artículo 495 del Código del Trabajo, en cuanto a que este regula el contenido de la sentencia

definitiva en el Procedimiento de Tutela Laboral. Como ya vimos, el juez debe velar porque la situación de discriminación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a la vulneración, mientras que en el proyecto se señala que el juez debe adoptar las medidas necesarias para corregir las arbitrariedades, no solo en la sentencia definitiva, sino que también en el acto de conciliación. Esta enmienda, solo se justifica en cuanto a que agrega en forma expresa, una obligación para el juez de velar por que el principio contenido en el artículo 62 bis, no se vea vulnerado por un equivalente jurisdiccional, el cual, en virtud del artículo 453, tiene los efectos legales de una sentencia ejecutoriada. Esta es una novedad en cuanto a que, la función del juez durante el trámite de conciliación solo consistía en el llamado y la propuesta de las bases para un acuerdo. Creemos que la enmienda se justifica por otro motivo relevante: evitar que se pueda vulnerar el principio por un acuerdo ventajoso para la denunciante, la cual, podría significar una renuncia a un derecho fundamental por la aceptación de algún valor pecuniario o alguna otra medida similar que evite, finalmente, uno de los objetivos más importantes de reconocer el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, el cual es contribuir a disminuir la brecha salarial basada en un criterio tan inaceptable como el género de una persona. Creemos que esto refuerza el carácter de fundamentalidad del derecho reconocido en el artículo 62 bis, ya que, manifiesta una voluntad legislativa de hacer que el principio se respete a nivel social, más que la supuesta reparación que podría tener la víctima.

Una de las modificaciones más importantes que este proyecto busca introducir, es la eliminación del procedimiento de reclamación interno, el cual ya criticamos en su oportunidad, tanto por el hecho de ser un requisito previo que solo se impone en el caso de la protección del principio que venimos tratando y de ningún otro, como porque creemos que no puede ser una instancia previa a un procedimiento judicial que solo dilata la interposición de la acción. El único valor que encontramos en dicho trámite es que la ley obliga a las partes a dialogar antes de judicializar el conflicto, lo cual, sin duda es una medida de economía procesal que no puede retrasar la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Por último, el proyecto busca modificar dos artículos más, los cuales están relacionados directamente con el principio consagrado en el artículo 62 bis. El primero de ellos, es el artículo 154 N°6 donde se pretende que la exigencia de que sean designados los cargos o dependientes ante quienes los trabajadores realicen sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias; sea extendida a las empresas que cuenten con más de cincuenta trabajadores en vez de doscientos. De hecho, esta medida fue discutida durante la tramitación de la ley N° 20.348, que introdujo el artículo 62 bis, pero por medio del argumento de la organización invitada CONAPYME (Confederación Nacional de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa de Chile) de que, dicho registro significaría una complejidad y que en dichas empresas es menos frecuente la ocurrencia de los hechos de discriminación salarial, el proyecto fue enmendado, tal como lo señaló el asesor legislativo del Ministerio del Trabajo en su oportunidad durante la discusión del proyecto “Es por ello que, finalmente, se delimitó en 50 el número de trabajadores que permitiría determinar la procedencia de la obligación de llevar un registro de cargos o funciones, habida cuenta que se trata de la norma estándar que distingue a las pequeñas de las medianas y grandes empresas”<sup>108</sup>. El segundo de los artículos que el proyecto que estamos analizando pretende modificar es el 163 del Código del Trabajo. La enmienda consiste en agregar el siguiente inciso tercero: “La trabajadora despedida tendrá derecho a que la remuneración mensual para el cálculo de la indemnización, sea aquella que corresponda a un trabajo al que se le atribuye el mismo valor”. Esta disposición, dice relación con el despido y el autodespido de una trabajadora que haya sido vulnerada en el derecho contenido en el artículo 62 bis. Es también, de toda lógica que si se determina que hubo un acto discriminatorio que transgrede la disposición del 62 bis, los cálculos de las indemnizaciones a que se de lugar, sean calculadas en base a las remuneraciones que la trabajadora debió percibir, ya que, concluir lo contrario, haría que el principio no cubriera todos los aspectos que conforman el conjunto de derechos de un trabajador, e implicaría, que el principio solo tiene aplicación durante la vigencia del contrato de trabajo, lo cual resulta bastante contrario a la sistematicidad que debe mantener un cuerpo legal como el

---

<sup>108</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.348, op. cit. p.96

Código del Trabajo, que regula relaciones horizontales, donde una de las partes es siempre la más desventajada.

### **CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN CHILE.**

#### **1.- INTRODUCCIÓN**

En este capítulo nos ocuparemos exclusivamente de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes más relevantes, y que tengan estricta relación con el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres. Sin perjuicio de esta aclaración, es menester señalar que existen tratados que sin tener relación directa con el principio, en el sentido de que no lo consagran, representan avances respecto al reconocimiento del Principio de Igualdad y el Derecho a la No Discriminación, tal como ocurre con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año.

Los tratados internacionales serán una fuente formal del Derecho chileno, en cuanto sean ratificados por nuestro país y se encuentren vigentes, esto en virtud del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República. En materia laboral, se ha hecho referencia a su aplicación a propósito de los requisitos de contenido de la sentencia definitiva, en cuanto a que “los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda”.

## **2.- CONVENIO N° 100 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

En cuanto al principio que venimos comentando, el primer instrumento internacional que tiene relevancia es el Convenio N° 100 relativo a la Igualdad de Remuneraciones entre Mano de Obra Masculina y Mano de Obra Femenina, por el trabajo de igual valor<sup>109</sup>, de la Organización Internacional del Trabajo de 1951, el cual se encuentra vigente y fue ratificado por nuestro país el año 1971, entrando en vigencia el año 1972 en virtud del artículo 6 del mismo instrumento. Las disposiciones que nos interesan son los artículos 1 al 3, debido a que los restantes once artículos tratan elementos de aplicación del tratado, mientras que las citadas disposiciones tienen relación estricta con el principio que estamos tratando. Nos interesa analizar estas normas y, si procede, revisar si las normas de este convenio se están implementando en Chile.

El artículo 1 en su letra a) define el término “remuneración” como: “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, en concepto del empleo de este último”. En nuestra legislación se optó por un concepto similar en el inciso primero del artículo 41 del Código del Trabajo, aunque lo restringe en el inciso segundo por medio de exclusiones expresas de las asignaciones de movilización, pérdida de caja, desgaste de herramientas, colación, viáticos, prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, indemnización por años de servicio y las demás que procedan de la extinción de la relación laboral y, por último, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

La letra b) del mismo artículo contiene el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por

---

<sup>109</sup> Aprobado por Decreto N° 732, 12.11.71, del Ministerio de Relaciones Exteriores (D.O.:12.11.71)

un trabajo de igual valor, señalando que este principio designa las remuneraciones sin discriminación en cuanto al sexo. Sin dudas, lo relevante de esta disposición en cuanto a su aplicación en el derecho nacional dice relación con el concepto de “trabajo de igual valor”, el cual ya analizamos en su oportunidad, aunque no en cuanto a su relación con el Convenio N° 100 de la OIT. Para la Organización Internacional del Trabajo, “La equidad salarial implica asegurarse de que: los trabajos iguales o similares se remuneren igual; y que los trabajos que no son iguales, pero que tienen igual valor, se remuneren igual”<sup>110</sup>. De esto podemos concluir que el criterio seguido por el legislador nacional no solo es otro desde una perspectiva semántica, sino que además tiene un fondo diferente, en cuanto a que con la redacción actual del artículo 62 bis solo se protege el principio de igualdad de remuneraciones en casos en que el juez determine que se trata de dos trabajos iguales, excluyendo de la protección jurídica a aquellas trabajadoras que realizan trabajos diferentes pero que tienen un mismo valor.

Otra de las disposiciones importantes del Convenio N° 100 de la OIT, es el artículo 2, que dispone que los países que han ratificado el convenio deben garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, empleando medios que sean adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración. Como ya sabemos, el principio está recogido en forma parcial en nuestra legislación, pero, además de eso, el principio se debe aplicar por los medios que señala el artículo que venimos comentando, es decir: por medio de la legislación nacional; cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; los contratos colectivos y, por último, la acción conjunta de estos diversos medios. En el caso del proyecto que hemos analizado y que busca remediar la falta de recepción cabal del principio consagrado en el Convenio, se establecen varios criterios que el juez puede emplear a la hora de determinar si dos o más trabajos son de igual valor; dentro de esos criterios se

---

<sup>110</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 2013. Igualdad salarial: Guía introductoria, de OIT [En Línea] [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_223157.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_223157.pdf) [Acceso 11 de noviembre de 2018]

señala que se deberán tomar en cuenta: la naturaleza de los servicios, los requisitos de formación para el ejercicio de dichos servicios, las condiciones laborales, responsabilidades o cualquier otro que permita establecer en forma objetiva que los trabajos tienen igual valoración, sin importar que los servicios se presten para un empleador distinto. Estos criterios cumplirían la función de determinar el sistema de fijación de la remuneración, lo cual, como ya vimos, es uno de las exigencias que se establecen por parte del convenio a sus miembros. Esto, sin dudas representa un avance que, de no modificarse en forma sustancial durante la tramitación, podría ayudar a continuar en la senda de cumplimiento del Convenio N° 100 tal como lo ha venido haciendo Chile en forma constante desde 2009. Esto dice directa relación con el artículo 3 del convenio, ya que, habla de que los estados firmantes deben promover una evaluación objetiva del empleo, teniendo como base los trabajos que éste entrañe. Esto se refiere a que el estado, a través de los medios dispuestos en el artículo 2 deben implementar sistemas que permitan facilitar la determinación más objetiva del valor que representan los distintos tipos de empleo dentro de la empresa. El convenio deja en libertad a los estados para decidir los métodos a utilizar, frente a lo cual, el proyecto de ley, le entrega al juez criterios que puede utilizar para lograr esa determinación objetiva (ya enumerados).

De todo lo analizado resulta imposible no mencionar que el Convenio N° 100 tiene, hasta el momento una reconocimiento parcial en la legislación laboral, aunque encaminada por medio del proyecto de ley que venimos analizando, y que de no ser rechazado o enmendado en forma significativa, implicaría, según nuestra opinión, un nuevo avance en la materia, efecto que quedará suspendido hasta la entrada en vigencia de este u otro proyecto que introduzca a cabalidad la protección jurídica del principio de igualdad de remuneraciones entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

### **3.- LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.**

El 3 de septiembre de 1981 entró en vigor la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (desde ahora CEDAW), instrumento internacional que fue ratificado por Chile el año 1989 y que está dividido en seis partes las cuales contienen los treinta artículos del tratado.

Nos resultan de especial interés los artículos 1, 2 y 11, debido a que tienen relevancia directa con el tema que estamos tratando. El artículo 1 define el concepto de “discriminación contra la mujer”. Lo primero que nos parece importante de esta disposición, es que establece diferentes formas en que puede manifestarse un acto discriminatorio basado en el sexo de una persona; en primer lugar, señala a la distinciones, es decir, como ejemplo, sería discriminatorio contra la mujer toda norma o acto administrativo que establezca diferencias basadas en razón del sexo; en segundo lugar señala a las exclusiones, por ejemplo, una norma o acto administrativo, contrato de trabajo individual o colectivo de trabajo, etc., que no considere a una mujer en razón de su sexo también sería discriminatorio; por último, están las restricciones, de las cuales podemos dar como ejemplo, la exigencia de requisitos diferentes para hombres y mujeres para cumplir con algún trámite legal o supuesto jurídico. Otro punto interesante de esta norma es que el objeto de la conducta discriminatoria debe tener como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento tanto del principio de igualdad (en este caso entre hombres y mujeres), como de los demás derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer en cualquier esfera. Lo rescatable de esta redacción es que señala que los actos discriminatorios no solo se producen por tener un objeto que pueda menoscabar los derechos y libertades de las mujeres, sino que, además, aquellos resultados que se produzcan, aunque no exista dicho objeto, lo cual amplía, sin dudas, la cantidad de actos discriminatorios que puedan caber dentro del supuesto jurídico.

El artículo 2 establece, en primer lugar, una declaración de los Estados Partes, tendiente a condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, para luego señalar que quedan obligados (por el principio del *pacta sunt servanda*), a

seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer. Luego, enumera los compromisos que se derivan de la firma del tratado, respecto al ejercicio de medidas concretas que los Estados Parte deben seguir. Dentro de las más importantes, en relación a la materia de esta memoria, están:

a) La consagración en las constituciones y legislaciones nacionales del principio de igualdad entre el hombre y la mujer: Nuestro país, lo reconoce en forma indirecta a nivel constitucional en el artículo 19 N° 2 y 3. Mientras que a nivel estrictamente legal en materia laboral, tiene reconocimiento directo aunque restringido al ámbito de las remuneraciones en el artículo 62 bis.

b) La adopción de medidas legislativas y de otro carácter que prohíban la discriminación en contra de la mujer con su correspondiente sanción: Como ya vimos, existen multas para el caso del incumplimiento del principio, las cuales son considerables y serán cursadas por la Inspección del Trabajo en caso de ser detectadas por este servicio. En cuanto a las medidas legislativas, es un hecho de que Chile ha cumplido con esta disposición.

c) El establecimiento de protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de la igualdad de hombres y mujeres: En el caso de nuestro tema, sabemos que la protección se concreta por medio de la acción de tutela laboral.

Por último queda hablar acerca de la disposición más relacionada con el tema central. Se trata del artículo 11 del convenio, el cual dispone, entre otros asuntos, que los estados deben adoptar todas las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, con vistas a la igualdad con los derechos de los hombres, señalando en particular algunos de ellos, de los cuales nos interesa 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 en el trabajo. Cedaw “(...)constituye el principal instrumento para la exigibilidad de los derechos de las mujeres en el mundo y para develar el sesgo androcéntrico de la teoría y la práctica en los derechos humanos”<sup>111</sup>, es por este motivo que el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la CEDAW, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (desde ahora Comité CEDAW), señala en sus Observaciones Finales, que Chile debe remediar esta situación de la siguiente manera:

“(...) el Comité sigue preocupado por la baja participación de la mujer en el mercado de trabajo, (...), por la persistencia de diferencias salariales entre las mujeres y los hombres y por el hecho de que el Estado parte no haya incluido el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor en la Ley N° 20348 (2009) sobre el derecho a la igualdad en las remuneraciones”<sup>112</sup>.

Si bien es cierto que las observaciones citadas son de 2012, esto no tiene mayor importancia si consideramos que el artículo 62 bis sigue disponiendo que el principio aplica solo para aquellos casos en que se trate de un mismo trabajo. Creemos que en las últimas observaciones publicadas en 2018<sup>113</sup> se ha omitido este punto, debido

---

<sup>111</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *A tres décadas de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en Centroamérica*. (2010). 1ra ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p.14.

<sup>112</sup> CEDAW. 2012. *Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile*. [En línea] Disponible en: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2018/07/N1807016.pdf>> [Acceso 13 Nov. 2018].

<sup>113</sup> CEDAW. 2018. *Observaciones Finales sobre el informe séptimo de Chile*. [En Línea] <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2018/07/N1807016.pdf>> [Acceso 13 Nov. 2018].

a que el Gobierno de Chile ha comunicado por medio de Informes Periódicos acerca de la presentación del proyecto de ley analizado en el capítulo anterior, lo cual queda claro en la siguiente cita de las últimas observaciones realizadas por el comité CEDAW: “el Comité está preocupado por: a) El hecho de que el proyecto de ley núm. 9.322-13 siga pendiente de aprobación”<sup>114</sup>. El proyecto al que se refiere este comité es, justamente, el proyecto que pretende reformar el artículo 62 bis, el cual analizamos en el capítulo anterior.

---

<sup>114</sup> CEDAW. *Observaciones Finales sobre el informe séptimo de Chile*. Op. Cit. p. 12.

## **CAPÍTULO IV: ALGUNAS OBSERVACIONES AL DERECHO COMPARADO.**

### **1.- INTRODUCCIÓN**

Los países que fueron considerados para realizar el análisis de derecho comparado, son aquellos que han destacado en los rankings mundiales de brecha salarial, ya sea por sus buenos resultados o por los malos, en este caso, consideramos el informe global de brecha de género realizada por el Foro Económico Mundial<sup>115</sup>. En dicho ranking, lamentablemente nuestro país ocupa el puesto 63º, detrás de otros países de la región como Colombia, Argentina, Perú, Nicaragua, Bolivia, Cuba, Costa Rica, Venezuela, Honduras y El Salvador. Este puesto es incompatible con todas las cifras económicas y de desarrollo humano, en las cuales Chile ocupa, sostenidamente, los primeros lugares, es por eso que consideramos relevante realizar una observación a las experiencias jurídicas de los países que han triunfado en estos índices, y observar cómo estamos respecto de algún otro país de la región como es México, todo con el objeto de considerar las deficiencias en las que se sigue incurriendo y tener una perspectiva acerca de los esfuerzos que es necesario emprender para brindar a las mujeres de este país las cifras de igualdad que merecen.

### **2.- ISLANDIA**

---

<sup>115</sup> Foro Económico Mundial. 2017. ¿Cuál es la brecha de género en 2017 (y por qué se está ampliando)?. [En Línea] <https://es.weforum.org/agenda/2017/11/cual-es-la-brecha-de-genero-en-2017-y-por-que-se-esta-ampliando/> [Acceso 2 de diciembre de 2018]

Este país tiene el privilegio de ser reconocido mundialmente por el éxito en cuanto a la lucha por reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres, de hecho, en el ranking citado en la introducción Islandia ocupa el primer lugar, siendo, por tanto, el país con menor desigualdad salarial por género en el mundo. No cabe duda que detrás de todo ese éxito, hay un factor jurídico relevante, el cual nos dedicaremos a descubrir en este apartado.

Este estado cuenta con una norma constitucional (artículo 65 inciso segundo) que dispone que los hombres y mujeres disfrutarán de los mismos derechos a todo respecto. Lo interesante de esta disposición, es que consagra en el inciso primero la igualdad ante la ley y el goce de los derechos humanos sin importar sexo, religión, nacionalidad, raza, color, propiedad nacimiento u otro estatus, dejando para el inciso segundo este reconocimiento de igualdad entre hombres y mujeres en cuanto al goce de los derechos. Esta consagración en forma aislada le otorga especial relevancia al principio y nos conduce a entender la importancia que tiene para el pueblo islandés. Islandia cuenta con una norma específica de Igualdad de Remuneraciones por un trabajo de igual valor desde 1967, sin embargo, en la década de los 70, el movimiento femenino *Red Stockings*, logró poner a la mujer en la agenda pública por medio de un activismo que tuvo como momento más recordado la huelga histórica del 24 de Octubre de 1975, la cual nos resulta relevante porque se mantiene hasta el día de hoy y, en aquella, las mujeres de Islandia trabajan solo hasta la hora que les correspondería trabajar según el salario que reciben en relación al de sus pares hombres (la cifra de brecha salarial). Sin embargo, no es hasta el año 2008 en que el conocido éxito islandés comienza a gestarse. En ese año, entra en vigencia la Ley N° 10 de 2008 referida al igual estatus e igual derechos entre hombres y mujeres. El artículo 1 de esta ley señala que “objetivo de esta ley es establecer y mantener un estatus igualitario e igualitario para mujeres y hombres, y así promover la igualdad de género en todas las esferas de la sociedad”<sup>116</sup>. Esta ley, con sus respectivas enmiendas, ha ido consolidando la

---

<sup>116</sup> Artículo 1. Act on Equal Status and Equal Rights of Women and Men No. 10/2008, as amended by Act No. 162/2010 and No. 126/2011.

posición islandesa respecto al tema de la igualdad de género en materia de remuneraciones, llevando al gobierno a plantearse un plan ambicioso “en el marco de la iniciativa IMPACT 10x10x10 de la campaña Él por Ella de las Naciones Unidas, comprometiéndose a acabar con la desigualdad salarial por razón de sexo para 2022, lograr la paridad entre los géneros en los medios de comunicación para 2020”<sup>117</sup>. Es en este contexto que se realiza la última enmienda al artículo 18 que trata la “igualdad de posiciones laborales entre mujeres y hombres”. Esta enmienda es particularmente interesante ya que establece que es obligatorio para todas las empresas e instituciones con 25 o más trabajadores, “obtener un certificado de igualdad de pago”, el cual se obtiene por medio de un sistema de certificación privado quien tiene la obligación de informar al Centro para la Igualdad de Género, el cual es un órgano dependiente del Ministerio de Asuntos Sociales y Seguridad Social, que es quien nombra al Director del Centro para la Igualdad de Género por un período de cinco años<sup>118</sup>. Si la empresa no logra cumplir con los estándares de certificación, deberá igualar los salarios o justificar dicha diferencia después de evaluar parámetros objetivos. Las sanciones establecidas para aquellas empresas que no estén certificadas es de carácter pecuniario. Para implementar dicho proceso de certificaciones masivas, el gobierno estableció un calendario de cumplimiento basado en la cantidad de trabajadores de cada empresa, donde las empresas con más empleados son aquellas que deben certificarse con anterioridad (de hecho, las empresas con más de 250 empleados deben estar certificadas para el 31 de diciembre de este año)<sup>119</sup>.

Sin perjuicio de que todo lo anterior resulta inmensamente relevante para nuestro tema, es el artículo 19 de la ley N°10 de 2008, el que nos despierta mayor interés, ya que es el que contiene el Principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, en la legislación islandesa. Lo primero que

---

<sup>117</sup> Consejo de Derechos Humanos (ONU). Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. 2016. P. 6

<sup>118</sup> Artículo 4. Act on Equal Status and Equal Rights of Women and Men No. 10/2008, as amended by Act No. 162/2010 and No. 126/2011.

<sup>119</sup> Centro de Estudios Gilberto Bosques. [2018]. LA LEY DE IGUALDAD DE GÉNERO EN ISLANDIA PARA ERRADICAR LA BRECHA SALARIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES. [En Línea] [https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/ML\\_LeyGenero\\_Islandia\\_010218.pdf](https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/ML_LeyGenero_Islandia_010218.pdf) [Acceso 2 de diciembre de 2018]

es de destacar, es que reconoce el derecho de hombres y mujeres para recibir el mismo salario y “las mismas condiciones de empleo” para los mismos trabajos o trabajos de igual valor. Sabemos que esto permite que aquellos trabajos que no sean iguales pero que signifiquen un mismo valor para la empresa, sean remunerados igual y, además, se asegure las mismas condiciones laborales. En el inciso segundo, señala que se entenderá por salarios iguales a aquellos que se determinan de la misma manera para mujeres y hombres y que los criterios para determinar los salarios no deben implicar discriminación de género. Hasta aquí la norma es totalmente coherente con los tratados internacionales que regulan la materia, a diferencia de la norma vigente en Chile, ya que, en el país europeo, se reconoce expresamente el criterio del “trabajo del mismo valor” y los criterios de determinación de los salarios no tienen restricción. Por último, el inciso final dispone que a los trabajadores se les debe permitir revelar sus condiciones salariales; norma que contrasta con la dificultad probatoria que existe en nuestro país.

En el ámbito procedimental, las denuncias por la vulneración del principio consagrado en la ley que venimos comentando, se realizan ante un Comité de Quejas de Igualdad de Género, el cual se regula en el artículo 5 de la ley. Está compuesto por tres miembros, los cuales deben cumplir con el requisito de ser abogados y que a lo menos uno de ellos tenga conocimiento en Igualdad de Género. La función de este comité es examinar los casos y emitir una resolución, respecto a si existe una vulneración al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. La disposición agrega que en casos en que las decisiones del comité puedan influir en las políticas del mercado laboral, éste debe buscar comentarios de las federaciones de trabajadores y empleadores. Por último, la ley establece una reclamación ante los tribunales de justicia sobre las resoluciones del comité. El artículo 6 regula algunos otros aspectos del procedimiento ante el comité que resultan interesantes, por ejemplo: en cuanto a la legitimación activa, la ley le otorga a las personas, empresas, instituciones y organizaciones no gubernamentales, para que interpongan la denuncia, ya sea a su nombre o a nombre de sus miembros. Ésta norma, a diferencia de la legislación chilena, no diferencia entre aquellas vulneraciones que se producen con ocasión

del despido y las que no, y en el segundo de estos casos, tampoco exige un “interés legítimo” tal como lo hace el artículo 486 del Código del Trabajo. También, a diferencia de nuestra norma nacional (sesenta días), la islandesa otorga un plazo de 6 meses desde la vulneración, el cual puede incluso extenderse a un año, si el comité lo estima pertinente. Otra disposición interesante tiene relación con los trámites previos a la vista del fondo del asunto, ya que la mediación no es obligatoria, al contrario, se debe consultar a la parte denunciante y, solo si esta accede, se enviará el caso a una mediación ante el Centro para la Igualdad de Género; como sabemos, nuestra legislación exige, antes de la mediación obligatoria incluso, un reclamo interno ante el empleador, por lo que, una mujer chilena debe pasar por dos trámites más que una mujer islandesa, salvo que esta quiera pasar por el trámite de mediación. Por último, en materia probatoria, el comité está en condiciones de requerir, a solicitud de parte, que se presenten los “materiales” que considere que podrían influir en la resolución del caso; norma totalmente ajena a nuestra legislación, donde los jueces se limitan a establecer los hechos sustanciales y controvertidos que serán objeto de prueba. Este punto es tremendamente relevante si consideramos que uno de los puntos de nuestra crítica al actual procedimiento de reclamación sobre el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres tiene que ver con el estándar probatorio y las dificultades de prueba.

Otras disposiciones interesantes de la ley N°10 de 2008 son:

a) Artículos 8 y 9: El establecimiento de un Consejo de Igualdad de Género, compuesto por 11 personas que representan a las distintas partes interesadas en los temas relacionados con la Igualdad de Género, entre los que se destacan las organizaciones feministas y las asociaciones de empleadores y trabajadores. Su función es asesorar al ministerio y al Director del Centro para la Igualdad de Género.

b) Artículo 10: Contiene el deber del Ministerio de Asuntos Sociales y Seguridad Social, de convocar a un Foro de Igualdad de Género durante el año de elecciones parlamentarias y luego, dos años después. Este foro debe contar con miembros del

parlamento, representantes sociales, representantes de los gobiernos regionales y organizaciones no gubernamentales de igualdad de género. La finalidad es analizar los informes del gobierno en cuanto a su evaluación y éxito de los avances en la materia.

c) Artículo 11: Contiene la obligación del Ministro de Asuntos Sociales y Seguridad Social, de presentar una moción para proponer un programa de 4 años sobre Igualdad de Género, luego de haber recibido las propuestas del propio ministerio, del Centro para la Igualdad de Género y del Consejo para la Igualdad de Género. Esta moción debe presentarse dentro del plazo de un año contado desde la última elección parlamentaria.

d) Artículo 12: Establece el Comité de Igualdad de Género de Autoridades Locales. Este comité tiene, entre otras atribuciones, la de asesorar a los gobiernos locales, monitorear y tomar medidas de Igualdad de Género y, además, supervisar el programa de 4 años que debe presentar el gobierno.

### **3.- MÉXICO**

A continuación, contrastaremos brevemente nuestra realidad respecto al tema que estamos tratando con un ejemplo de la misma región. Resulta particularmente interesante que, pese a tener una legislación aparentemente más completa respecto que la que se encuentra vigente en nuestro país, México no haya logrado resultados destacables en la materia.

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Ésta norma, es el análogo del artículo 2 de la Constitución chilena, en el sentido de que solo tiene unas

pequeñas diferencias semánticas, por lo que su redacción no nos ofrece mayor novedad en cuanto al estudio del tema, a diferencia de lo que ocurre con la Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres, la cual se encuentra vigente desde el año 2006. “La ley establece las bases generales que se integren a la legislación y a las prácticas administrativas y sociales, las herramientas y mecanismos señalados en los instrumentos internacionales (...)”<sup>120</sup>. A partir de esta cita, se puede entender el sentido de una ley que busca desarrollar en el ámbito social, más allá de las discriminaciones salariales consideradas en forma individual como un problema jurídico que se puede disputar en los tribunales de justicia. Lo más relevante de esta ley, es la consagración de un Sistema Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, mediante el cual, la Federación Mexicana, los Estados, el Distrito Federal y los municipios deben buscar acciones de común acuerdo con las distintas organizaciones de los diversos grupos sociales para la promoción y procuración de la igualdad entre mujeres y hombres (Artículo 23). Además, al igual que en la legislación islandesa, por medio de la misma ley, se introdujo un Programa Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que busca que el órgano estatal creado para la tutela de los derechos de las mujeres (Instituto Nacional de las Mujeres), haga diferentes propuestas tomando en consideración las necesidades de los Estados, el Distrito Federal y los Municipios. Ese plan deberá ser revisado cada tres años, en virtud del artículo 30 de la ley en comento, y deberá contener una Política Nacional de Igualdad entre Mujeres y Hombres que es la que desarrollará las acciones destinadas a alcanzar los objetivos propuestos en el Programa.

En cuanto a la legislación laboral, la Ley Federal del Trabajo consagra el Principio de Igual Remuneraciones entre hombres y mujeres por un mismo trabajo, en su artículo 56. En este sentido, tampoco hay mayor novedad respecto de la legislación aún vigente en nuestro país, donde se consagra el mismo principio basado en la lógica de consagrar una igualdad respecto de trabajos iguales y no respecto a

---

<sup>120</sup> Pérez Contreras, M. 2010. Comentarios a la Ley General para la Igualdad de Hombres y Mujeres. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(127), 359-374., [En Línea] <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332010000100012&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000100012&lng=es&tlng=es)> [Acceso 23 de noviembre de 2018]. p. 366

aquellos que representan un mismo valor para la empresa. Sin embargo, aunque en forma bastante timorata, el legislador mexicano ha consagrado un título completo al trabajo de las mujeres (Título quinto, del capítulo quinto), señalando en su artículo 164 que “Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres”. Ésta disposición no adiciona nada a la norma constitucional mexicana la cual ya disponía lo mismo, pero a propósito del Principio de Igualdad ante la Ley.

Resulta interesante que en la legislación mexicana se de especial énfasis a definir conceptos relacionados con la igualdad de género, como por ejemplo ocurre con la Ley Federal del Trabajo y el concepto de igualdad sustantiva el cual está definido en el artículo 2º como: “la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral”. Otro ejemplo se encuentra en la Ley General para la Igualdad de Mujeres y Hombres al definir conceptos como la propia igualdad de género, discriminación contra la mujer o perspectiva de género. Esto, sin dudas es muestra de un compromiso real con que los cambios sociales que se buscan por medio de la introducción de reformas legislativas tendientes a la búsqueda de la igualdad entre los géneros, ya que se facilita el trabajo no solo a los jueces, quienes tendrán estas definiciones como herramientas, sino que de todo el conjunto de una nación que ha decidido considerar conceptos como la igualdad de género dentro de un cuerpo legal que los rige. Sin perjuicio de esto, creemos que el avance de los Estados Unidos Mexicanos no ha sido el mejor, sobre todo mirando las cifras que ocupa actualmente en los rankings de brecha de género. Pero lo más preocupante de todo, es que tampoco observamos mayores avances en la legislación chilena, que permitan afirmar que estamos más cercanos al ejemplo islandés que al mexicano. El autor Felipe Carrasco Fernández ha señalado:

“En el caso de México, se hace necesario adecuar la legislación laboral a los convenios y/o convenciones internacionales relativas a la no discriminación laboral y a la discriminación laboral por motivos de género, para lograr que dicha prohibición

sea respetada por el empleador, y poder vincular las convenciones internacionales y las recomendaciones realizadas por el comité de la CEDAW a México para modificar la legislación nacional mexicana”.

Si aplicamos la misma lógica a nuestra legislación observaremos que eso es precisamente lo que se busca con el proyecto de ley que busca introducir reformas que son tremendamente necesarias para iniciar un proceso de avance sostenido respecto al tema de ésta memoria, sobre todo, partir por reconocer el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres por un trabajo de Igual Valor y luego derivar hacia las políticas públicas positivas y no al revés, como lo ha hecho lamentablemente México y Chile.

## CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de que hay parte de la doctrina que ha negado que el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres, sea un principio del Derecho del Trabajo independiente del Principio de Igualdad o No Discriminación, su reconocimiento a nivel de instrumentos internacionales y en la propia legislación nacional, demuestra que se trataría, a lo menos, de un principio con reconocimiento legal que ha cobrado mayor fuerza por medio de la protección que el sistema jurídico le ha procurado.

Es posible apreciar que, a lo menos, ha existido voluntad por parte del Estado de Chile de avanzar en materia de consagrar el principio el Código del Trabajo, establecer un procedimiento con principios procesales modernos, establecer procedimientos de fiscalización, etc. Sin embargo, las cifras que se manejan a nivel nacional e internacional muestran que no ha sido suficiente y que Chile, lamentablemente, aún es superado por otros países de la región, donde incluso hay índices económicos menos exitosos. Además, hay materias en las que hay mucho por avanzar, como sería la extensión de la protección del principio al *iter* anterior al inicio de la relación laboral (el tema de las ofertas de trabajo discriminatorias y procesos de selección vulneratorios), el establecimiento de una norma más clara en materia probatoria, que permita que se aplique un sistema de prueba de indicios y no uno de plena prueba.

La legislación actual que representa el marco jurídico que rodea al Principio objeto de esta memoria, aún conserva elementos que podrían explicar, en parte, las cifras poco satisfactorias que tiene Chile en este tema. Un ejemplo está en el procedimiento interno que está contemplado en el artículo N° 13 del Código del Trabajo, el cual es una exigencia que solo se aplica en el caso del principio que venimos tratando y que, si bien, se estableció por motivos de economía procesal, eso no puede estar por sobre el principio que se pretende proteger, por lo que no extraña que el proyecto de reforma

contemple su eliminación, la cual se explica en que dilata el procedimiento para la defensa del principio de igualdad de remuneraciones y ningún otro.

Otro de los puntos que hemos criticado durante el desarrollo de la memoria, tiene que ver con que la exigencia de llevar un registro de cargos aún es aplicable solamente a aquellas empresas que cuentan con más de doscientos trabajadores, con la justificación de no afectar a las pequeñas y medianas empresas. Este punto, no solo es criticable porque hace una diferencia entre trabajadoras que trabajan en una empresa grande versus aquellas que no, en cuanto a que solo quedan protegidas las primeras, sino que denota que, para el Estado, lamentablemente, sigue siendo más importante la marcha de la economía que el reconocimiento de los Derechos de las personas. Afortunadamente, este es uno de los puntos que se pretende reformar con el proyecto al artículo 62 bis, lo cual no lleva a hablar del siguiente punto.

El Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ha realizado hasta el momento siete informes sobre la situación de Chile, siendo el último el publicado este año. En dicho informe se manifiesta sobre la preocupación del Comité por la demora en la aprobación del proyecto de reforma al artículo 62 bis. Dicha preocupación es compartida por nuestra parte, en el sentido de que creemos que la principal falencia a nivel jurídico del marco normativo actual sobre el Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres está en el reconocimiento de dicha igualdad por un trabajo de Igual Valor, además de la reforma en otros aspectos secundarios que ya han sido mencionados.

La falta de cumplimiento cabal del Convenio N° 100 de la OIT, en específico respecto del reconocimiento del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres por un trabajo de igual valor, donde ha existido una consagración parcial por medio de la formula de reconocer la igualdad solo para “trabajos iguales”, es uno de los temas pendientes de la legislación chilena, lo cual tiene como consecuencia más grave, el hecho de que muchas mujeres queden fuera de la protección jurídica que ofrece nuestro Derecho nacional. Esto resulta especialmente dificultoso desde el aspecto probatorio hasta la falta de procedencia de la acción protectora del Derecho, para aquellas mujeres que tienen trabajos que representan un

valor idéntico para la empresa, pero que, sin embargo, quedan excluidas del ejercicio de la acción, por no tener un trabajo igual a sus pares que ganan más, pese a su labor es igualmente valiosa para el empleador.

Respecto del Derecho Comparado, las experiencias revisadas, tienen un punto en común que no puede ser casualidad. Tanto México como Islandia, tienen instituciones encargadas de certificar la igualdad remuneracional, lo cual parece ser una medida de control más eficaz que una fiscalización *expost* de las conductas vulneratorias. También llama la atención la existencia de planificación estatal de los avances en materia de brecha remuneracional, las cuales tienen controles periódicos establecidos por ley. En el caso Islandés, que es el que resulta más interesante como ejercicio comparativo, existen diferencias claras relacionadas con las críticas que hemos hecho de la legislación chilena, donde existe una competencia (en el sentido procesal) especial para casos de discriminación salarial por sexo, lo cual, sin duda agiliza las denuncias. Por otro lado, en materia probatoria le entrega al órgano jurisdiccional mayor injerencia en cuanto a la prueba aportada, en cuanto a poder exigir medios de prueba necesarios. Por último, Islandia busca integrar a todos los interesados en la materia por medio de un Consejo de Igualdad de Género, en el cuál se integran las organizaciones feministas, asociaciones de trabajadores y empleadores, generando así una retroalimentación acerca del problema y una integración respecto a las organizaciones intermedias.

Como conclusión general, creemos que el marco normativo chileno ha tenido avances claves en esta materia, pero, sin embargo, aun quedan materias importantes por avanzar, sobre todo, el reconocimiento del Principio de Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres por un trabajo de igual valor, una intervención estatal tendiente a fijar objetivos y plazos de avance y sus correspondientes evaluaciones, además de la integración de los grupos intermedios a dichas instancias.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ARELLANO, P & WALKER, F. Derecho de las relaciones laborales. Editorial Librotecnia.
2. ASTI HEREDIA, J., NAZARIO SÁNCHEZ, B., & IPARRARGUIRRE ALARCÓN, K. (2018). *Discriminación positiva: un acercamiento sobre la inclusión de la mujer en la política peruana a propósito de las cuotas de género*. Obtenido de : <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/2491>.
3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (1973). *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*. Obtenido de [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3762/2/Tomo\\_VI\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf).
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (9 de 11 de 1998). "*Historia de la Ley N° 19.591 modifica el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad*". Obtenido de <http://www.bcn.cl>.
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (12 de diciembre de 2005). *Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo . 26 de noviembre de 2018, de Biblioteca del Congreso Nacional*. Obtenido de <http://www.bcn.cl>.

6. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (19 de junio de 2009). *"historia de la Ley N° 20.348 Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones*. Obtenido de <http://www.bcn.cl>.
7. CAAMAÑO, E. (2003). La defensa del principio de No Discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral. *Revista Laboral Chile*, 70 y ss..
8. CAAMAÑO, E. (2003). La tutela del Derecho a la No Discriminación por Razones de Sexo durante la Vigencia de la Relación Laboral. *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, 25-41.
9. CAAMAÑO, E. (2011). *Mujer, trabajo y Derecho*. Santiago: Legal Publishing.
10. CAAMAÑO, E., & UGARTE, J. (2014). El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, 67-89.
11. CEA EGAÑA, J. (2015). Derecho Constitucional chileno. Tomo II. En J. CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional chileno. Tomo II* (pág. 42). Santiago: Ediciones UC.

12. CEDAW. (2012). *Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile*. Obtenido de <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2018/07/N1807016.pdf>

13. CEDAW. (2012). *Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile*. Obtenido de <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2018/07/N1807016.pdf>.

14. CEDAW. (2012). *SEMINARIOS 2012. CEDAW. Observaciones y Recomendaciones a Chile*. Obtenido de <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/onudh/informes-ddhh/291-ddhh-cl/1675-cedaw-chile-2012.html>.

15. CENTRO DE ESTUDIOS GILBERTO BOSQUES. (2018). Obtenido de [https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/ML\\_LeyGenero\\_Islandia\\_010218.pdf](https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/ML_LeyGenero_Islandia_010218.pdf).

16. CERECEDA, E. (2015). *La reivindicación de la mujer de Olympe de Gouges a Flora Tritán*. La Rioja, España: Universidad de La Rioja.

17. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (ONU). (2016). Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. Nueva York.
18. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (noviembre de 22 de 2018). *ORD. N° 1187/018-DT-Normativa3.0*. Obtenido de <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97655.html>.
19. FORO ECONÓMICO MUNDIAL. (2017). *¿Cuál es la brecha de género en 2017 (y por qué se está ampliando)?* Obtenido de <https://es.weforum.org/agenda/2017/11/cual-es-la-brecha-de-genero-en-2017-y-por-que-se-esta-ampliando/>.
20. GAMONAL, S. (2008). *Fundamentos del Derecho Laboral*. Santiago: Legal Publishing.
21. GUZMAN, K. (2017). El procedimiento de tutela laboral como resultado del fenómeno de la constitucionalización del derecho chileno. Editorial Ius Civile.
22. HUMERES, H. (2009). *Derecho del trabajo y la seguridad social. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica.

23. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. (2010). *A tres décadas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
24. IÑIGUEZ MANSO, A. (2018). La noción de categoría sospechosa y el derecho a la igualdad ante la Ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 495-516.
25. JARA, F. (2010). La facilidad probatoria en el procedimiento de Tutela Laboral. Constitucionalidad y tramitación procesal. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 153-184.
26. LASO, J. (2009). Lógica y Sana Crítica. *Revista Chilena de Derecho*, pp. 143-164.
27. MARSHALL BARBERÁN, P. (2010). El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 43-78.
28. MARTINEZ VIVOT, J. (1987). Los principios de igual remuneración por igual tarea y por trabajo de igual valor. *Lecciones y Ensayos*, 55-68.

29. MELLA CABRERA, P., & DOMÍNGUEZ MONTOYA, A. (2012). Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela Laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 177-219.
30. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. (2018). *Encuesta CASEN*. Obtenido de <http://encuestacasen.cl>.
31. MUÑOZ CABRERA, D. (2010). Igualdad Jurídica o Igualdad Material ¿Qué va antes el huevo o la gallina? *Anuario de Derechos Humanos*, 403-432.
32. OCDE. (2018). *Earnings and Wages - Gender wage gap - OECD Data*. Obtenido de <https://data.oecd.org/earnwage/gender-wage-gap.htm>
33. OIT. (junio de 2014). *Igualdad de remuneración Activador fundamental de la igualdad de género*. Obtenido de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/briefingnote/wcms\\_438286.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/briefingnote/wcms_438286.pdf).
34. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2013). *Igualdad Salarial: Guía introductoria*. Obtenido de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_223157.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_223157.pdf).

35. PALAVECINO, C. (2014). El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile. *Revista Chilena del Trabajo y la Seguridad Social*, 33-45.
36. PALAVECINO, C., & DEVILLAIN, F. (2008). Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral. *La semana jurídica*, 6-7.
37. PEREZ CONTRERAS, M. (2010). Comentarios a la Ley General para la Igualdad de Hombres y Mujeres. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 359-374.
38. PLÁ, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Buenos Aires.
39. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). *Discriminación*|Definición de *discriminación*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=DtDzVTs>.
40. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). *Discriminar*|Definición de *discriminar*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=DtHwz>.

41. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). *Diccionario Español*. Obtenido de <http://rae.es>.
42. RODRIGUEZ ZEPEDA, J. (2004). *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?* México D.F: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
43. RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (1979). Dialnet Unirioja. *Revista de Política Social*, 381-414. Recuperado el 17 de agosto de 2018, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2494663>.
44. SABA, R. (2009). *Teoría y crítica del Derecho Constitucional, Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
45. SCHMILL, U. D. (2013). El interés legítimo como elemento de la acción de amparo. *Isonomía*, 247-268.
46. THAYER, W. (2008). El nuevo procedimiento laboral: proyecto antiguo y ley precipitada. *Actualidad Jurídica*, 519-534.
47. THAYER, W. (2013). *Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo*. Santiago: Ediciones UC.

48.UGARTE, J. (2004). *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Universitaria.

49.UGARTE, J. (2018). *Derechos fundamentales tutela y trabajo*. Santiago: Legal Publishing.

50.URIARTE, E. (2011). Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación. *Derecho y Sociedad*, 23-32.

51.VIVANCO, Á. (2007). *Curso de Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones UC.