



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

EL DERECHO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES, A LA LUZ DE LA LEY 20.348.

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

Alumna Memorista:
CLAUDIA PATRICIA ZÚÑIGA ARRIAGADA.

Profesor Guía:
Christian Melis Valencia
Santiago, Chile

2014

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I:	
PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	14
1.- Igualdad y el principio de igualdad	15
1.1.- Fórmula de igualdad	16
1.2.- Clasificaciones de Igualdad	17
1.3.- Igualdad formal	22
1.3.1.- La igualdad ante la ley	22
1.3.2.- Igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley	26
1.4.- Igualdad sustancial, en los hechos o material	31
1.4.1.- Manifestaciones de la Igualdad sustancial	33
2.- Principio de la no discriminación	34
2.1.- Evolución del concepto de prohibición de discriminación	36
2.2.- Clasificación de discriminación	37

CAPÍTULO II

LA IGUALDAD DE LAS REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES

Y MUJERES 39

1.- Derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo,

Teoría 39

1.1.- Dimensión subjetiva del derecho fundamental a no ser

discriminado por razones de sexo 40

1.2.- Dimensión objetiva del derecho fundamental a no ser

discriminado por razones de sexo 43

2.- Derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo,

en materia laboral 47

2.1.- Concepto de ciudadanía de la empresa y la eficacia

horizontal de los derechos fundamentales 48

2.2.- Ámbitos de discriminación en materia laboral por razones de

sexo 51

2.3.- Justificación de criterios distintivos

.....55

3.- Principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.....	56
3.1.- Razones por las que se discrimina a las mujeres, en cuanto a la remuneración	57
3.2.- Convenio sobre igualdad de remuneraciones, 1951 (núm. 100)	60
3.2.1.- Antecedentes del Convenio N° 100, de la OIT	60
3.2.2.- Principales aspectos del Convenio N° 100	62
3.2.2.1.- Ámbito de aplicación del Convenio N° 100	62
3.2.2.2.- Objetivos del Convenio	62
3.2.2.3.- Metodología	63
3.2.2.4.- Dificultades en la aplicación del Convenio	63
3.2.2.5.- Trabajo de Igual valor	64
3.2.2.6.- Remuneración	67
3.2.2.7.- Las causas que subyacen a la desigualdad	68
3.3.3.- Chile y el Convenio N° 100 de la OIT	69
4.- Derecho comparado	79

4.1.- España	79
4.1.- Ley Orgánica 3/2007, en materia laboral	79
4.2.- Francia	85

CAPÍTULO III

SOBRE LA LEY 20.348 QUE RESGUARDA EL DERECHO A LA

IGUALDAD EN LAS REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES

Y MUJERES	88
1.- Análisis de la Ley 20.348	88
1.1.- Antecedentes que dan origen a la necesidad de legislar	88
1.2.- Comentarios de la Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 20.348	91
1.3.- Ámbito de aplicación de la Ley 20.348	94
2.- Consecuencias prácticas de la aplicación de la Ley 20.348	94
2.1.- Estipulación del principio de igualdad de las remuneraciones y la aplicación del procedimiento de tutela laboral	94

2.2.- Obligaciones de los empleadores establecida por la Ley 20.348	96
2.2.1.- Incorporación en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad un procedimiento de reclamo por desigualdad	97
2.2.2.- Registro de cargos y funciones	97
2.3.- Incentivos en la aplicación o cumplimiento del principio de igualdad de remuneraciones (actualmente derogado)	98
2.4.- Análisis crítico de las modificaciones introducidas por la Ley 20.348 al Código del Trabajo	100
3.- Aplicación de la Ley 20.348, en el sector público	106
3.1.- Reclamación de desigualdad en el sector público	107
CAPÍTULO IV	
RECLAMACIÓN DE DESIGUALDAD SALARIAL	109
1. Procedimiento de reclamación dentro de la empresa	110
2. Procedimiento ante la dirección del trabajo y en los Tribunales	
3. Laborales	112

2.1.- Garantía de Indemnidad	115
2.1.2.- Requisitos para considerar que una conducta es vulneradora de los derechos fundamentales	115
2.1.3.- Derechos fundamentales del empleador	117
2.1.4.- Sujeto obligado a respetar los derechos fundamentales	118
2.1.5.- Fiscalización y denuncia de los derechos fundamentales por las Inspecciones del Trabajo	118
4. El procedimiento administrativo	119
3.1.- Criterios formativos de las actuaciones administrativas	119
3.2.- Etapas del procedimiento administrativo	121
3.2.1.- Recepción de la denuncia administrativa	121
3.2.2.- Investigación efectuada por la Fiscalía	123
3.2.3.-Contenido del Informe de fiscalización	125
3.2.4.- Conclusiones jurídicas y visación de coordinador jurídico ...	126
3.2.5.- La mediación	132
3.2.6.- Término del procedimiento administrativo	133
5. Procedimiento de tutela de los derechos fundamentales	133

4.1.- Características	134
4.2.- Principios formativos del procedimiento laboral	134
4.3.- Tramitación del procedimiento de tutela	136
4.3.1.- Requisitos de procedencia	136
4.3.2.- Titulares de la acción	137
4.3.3.- La denuncia en el procedimiento de tutela	138
4.3.4.- Plazo para interponer la denuncia	138
4.3.5.- Tramitación	139
4.3.6.- La prueba en el procedimiento de tutela	140
4.3.7.- La sentencia del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales	141
4.3.8.- Efectos de la sentencia de tutela	142
CONCLUSIONES	144
BIBLIOGRAFIA	150

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta, tuvo como motivación inicial intentar contestar las siguientes interrogantes: ¿Por qué razón se debe prescribir constitucionalmente que los hombres y las mujeres son iguales? ¿Cuáles son los fundamentos por los cuales se establece en nuestra Carta Fundamental la prohibición de la discriminación arbitraria, como lo es cuando se basa en el sexo? ¿A caso los hombres y las mujeres, siendo seres humanos, personas, sujetos de derechos, no son considerados iguales? ¿Cuáles han sido las razones que han hecho necesario que se legisle respecto a la igualdad de trato entre ambos sexos y la eliminación de toda forma de discriminación en contra de las mujeres, en el ámbito nacional como en el internacional?. Por último, ¿cuál es el fundamento de aprobar una ley que garantice el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por el mismo trabajo?

Para responder a estas interrogantes es necesario sondear la realidad en que las mujeres se desarrollan. Todas y muchas sin saberlo experimentan día a día, la discriminación por el sólo hecho de ser mujeres. Ellas, vivieron, viven y lamentablemente vivirán, (sino existe conciencia de ello) en el permanente atentado contra la igualdad y la dignidad humana que significa la desvaloración

y la exclusión a la que están expuestas, en casi todos los ámbitos del desarrollo humano.

La legislación pretende sintonizar el avance de las ciencias sociales y el reconocimiento de los derechos humanos con la sociedad, la que sin embargo, no los admite del todo. Es que la conciencia de los países, su cultura, repite una y otra vez el esquema aprendido de sus antepasados, que indican que las mujeres no tienen la misma capacidad que los hombres, de lo que derivan el resto de prejuicios conocidos por todos.

Las grandes declaraciones del principio de igualdad entre los sexos, establecidas en las Constituciones de los países de occidente y Tratados Internacionales, no han sido suficientes para terminar con todas las formas que adopta la discriminación en contra de las mujeres, puesto que su principal causa es de orden cultural. En este aspecto, la ley ha tenido como misión determinar la conducta discriminatoria y proporcionar una regulación para corregir y sancionarla, buscando que finalmente las sociedades internalicen en todas las esferas del quehacer humano, el respeto a la igualdad.

Se puede constatar entonces que, por una parte ha sido necesario regular los principios de igualdad y no discriminación y por otra, que si se establece una nueva normativa específica para combatir casos de discriminación en contra de las mujeres, es porque resulta insuficiente la

estipulación de esos principios. Tal sería el caso de la dictación de la Ley 20.348, en Chile, sobre el derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por el mismo trabajo, por cuanto se ha constatado la existencia de la brecha salarial, aun cuando se ha previsto a nivel constitucional los principios de igualdad entre hombres y mujeres, además de la prohibición de discriminación arbitraria y ésta última, también prescrita específicamente en la ley laboral.

La discriminación en contra de las mujeres aún continua, de una forma menos evidente, más silenciosa, pero persistente. En Chile, en los años noventa se pensó, que no existía desigualdad salarial entre los sexos, según da cuenta el informe sobre la aplicación del Convenio N° 100 de la OIT. Tal concepto se sostuvo, porque los datos estadísticos sobre las remuneraciones no se encontraban segregados por sexo, por lo que se carecía de la información necesaria para determinar la existencia de la brecha. Posteriormente y aplicando los instrumentos de medición adecuados, en Chile se visualizó la tendencia mundial: las mujeres reciben una remuneración menor a la de los hombres, la que aumenta a medida que el sueldo es más alto, llegando incluso las primeras, a obtener la mitad de lo que reciben los hombres.

En consideración a lo antes planteado, se procederá al estudio de una clase de discriminación en contra de las mujeres que se encuentra en el ámbito del Derecho Laboral, específicamente respecto a la materia retributiva,

analizando tanto el Convenio Internacional que trata el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo del mismo valor, como la ley que la reguló en Chile, según los siguientes capítulos:

En el primer capítulo, llamando *“Principio de Igualdad y no discriminación”* se abordarán los principios de donde nace el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, a saber, el de igualdad y no discriminación: conceptos, fundamentos, principales clasificaciones y su reconocimiento legal.

En el segundo capítulo, denominado *“La igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres”* se expone el contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo, y lo que acontece en materia laboral. Asimismo, se analizará el derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, contenido en el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, los principales aspectos de esa normativa y la evaluación de la aplicación de dicho Tratado Internacional en Chile. Se realizará, además, una referencia al Derecho Comparado.

En el tercer capítulo, llamado *“Sobre la Ley 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por el mismo trabajo”*, se abordaran los ámbitos más importantes de la Ley 20.348, que modificó el Código del Trabajo, introduciendo el derecho de igualdad de

remuneraciones entre hombres y mujeres por un mismo trabajo, comprendiendo aspectos relevantes de la historia fidedigna de su establecimiento, las consecuencias prácticas de su aplicación, las obligaciones de los empleadores previstas en la ley y los incentivos para su cumplimiento. Además, se realizará un análisis crítico de las modificaciones que la Ley 20.348 introdujo al Código del Trabajo, para finalmente, referirse a la situación del Sector Público.

En el cuarto capítulo, denominado *“Reclamación de desigualdad salarial”*, se desarrollarán los procedimientos de reclamación por desigualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, a saber, la reclamación interna en la misma empresa, el procedimiento administrativo en la Dirección del Trabajo y el procedimiento de tutela laboral, ante los Juzgados del Trabajo.

CAPÍTULO I: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

La igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, es reconocido como un derecho humano, estipulado en diversos tratados internacionales ratificados por Chile, como en Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, que lo trata específicamente.

¿Por qué los hombres y las mujeres deben ganar lo mismo cuando realizan un trabajo de igual valor? La respuesta a esta interrogante la encontramos en los principios de igualdad y no discriminación. En el principio de igualdad, en la medida que supone la observancia de la igualdad de trato. Tanto hombres y mujeres deben ser tratados con igual consideración y respeto, de la misma manera, por ello, si ambos desarrollan un trabajo del mismo valor, es justo que obtengan la misma remuneración. Y en el principio de no discriminación, por cuanto éste prohíbe que se otorgue un trato diferente a una persona en relación a otra, sin una justificación razonable, por lo tanto, el derecho a igual remuneración entre hombres y mujeres, implica la prohibición de discriminación por razones de sexo.

A mayor abundamiento, se puede señalar que la igualdad salarial es una expresión del imperativo de igualdad de trato contenida en el principio de igualdad y en el principio de no discriminación, la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres se manifiesta en la prohibición de discriminaciones en

razón a los criterios prohibidos o arbitrarios, como lo son aquellos basados en el sexo.

Para desarrollar el estudio del derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, es necesario partir explicando sus fundamentos. Por ello, los principios de igualdad y no discriminación, se abordaran en este primer capítulo.

1.- Igualdad y el principio de igualdad:

La igualdad, según Figueroa¹, se puede analizar de diversos puntos de vista:

- Como identidad, donde A es igual a B, en términos lógicos.
- Como semejanza, esto es que A y B no siendo idénticos, se parecen.
- Como analogía, A es análogo a B, lo que significa que no son idénticos, pero semejantes en algún aspecto relevante.

Si bien para acercarse a una noción de igualdad es necesario tener presente los sentidos antes expresados, al referirnos a la igualdad como principio, no se está ante un contenido neutro o carente de valoración, sino que

¹FIGUEROA G., Rodolfo. *Igualdad y discriminación* [En línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/igualdad-y-no-discrim.pdf> [consulta: 3 de mayo 2013]

ante una “directriz de conducta”², la que se traduce en la observancia de la igualdad de trato, tanto en el derecho como ante el derecho.

1.1. Fórmula de igualdad:

Ahora bien, para desarrollar el principio de igualdad, conviene analizar su fórmula: *“Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”*.³

Dicho postulado que proviene de la filosofía Aristotélica, se resume en que las cosas que son iguales deben tratarse igual y las que son desiguales deben tratarse de manera desigual.

En el análisis de la premisa de la igualdad en comento, para determinar su contenido e intentar una aproximación a su significado, la doctrina⁴ inicia su discusión formulando interrogantes como ¿quiénes, según esta fórmula son los iguales?. Para situarse en una noción de igualdad y poder dar respuesta a la pregunta antes señalada, resulta necesario destacar algunas ideas matrices:

² FIGUEROA, op. cit. p. 11

³ ARISTÓTELES, *La política*. En: REY MARTÍNEZ, Fernando. 1995. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo*. Madrid. McGraw-Hill, p. 40

⁴ *Ibíd*

- Lo primero, es establecer que las cosas y las personas son en su mayoría distintas, por lo tanto, no es posible concluir que hay cosas o personas que por su naturaleza sean iguales.
- Conforme con lo antes expuesto, al hablar de igualdad necesariamente debemos comparar dos cosas que son distintas, esto es, no idénticas ni semejantes.
- Para efectos de considerar dos o más cosas como iguales o desiguales, se debe establecer la existencia o no de un atributo común relevante.
- Que aquello que significamos como la cualidad que se destacará, para entender que las cosas son iguales (excluyendo los demás aspectos diferentes), tampoco está dado por la naturaleza, sino que dependen de las visiones político-sociales que las van a configurar, estableciendo cuáles son los valores que priman en cada legislación.

Conforme con lo anterior, decir que dos cosas son iguales significa que no son idénticas, lo que trae como consecuencia que dichas cosas siendo diferentes, deben ser tratadas de la misma forma. Esto se explica en la medida que, aunque dichas cosas son diversas (la regla general en la realidad), necesariamente comparten una misma característica o cualidad destacada, de donde surge el imperativo de darles el mismo trato.

Ahora bien, para realizar la igualación es necesario determinar cuál es esa cualidad relevante que debe ser considerada para otorgar a dos personas el mismo trato. Esta determinación tampoco está dada por la naturaleza, ni se trata de una verdad universal, preestablecida, tampoco inherente. El establecimiento de una específica cualidad será impuesta por el legislador, y de ello han dado cuenta las diversas concepciones de igualdad que se han sucedido históricamente.⁵ La estimación de la característica importante para establecer el mismo trato a unos y no a otros, se ha encontrado condicionada a las realidades políticas y sociales imperantes en los países y en el tiempo.

De lo antes expuesto, se concluye que la noción de igualdad es eminentemente normativa y valórica.⁶

Normativa, porque son las constituciones políticas de los Estados las que imponen al legislador que determine cuáles son los rasgos o características importantes y que van a configurar el criterio de igualación entre las personas.

Y es valórica, por cuanto, establecer entre las personas, cosas o situaciones, que no son idénticas, un rasgo común que se entiende relevante y no considerar las demás cualidades, va depender de los principios, valores

⁵REY MARTÍNEZ Fernando, op. cit, p. 41

⁶PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. [en línea], México, 2005. <D:\memoria\BIBLIO IGUALDAD\Principio de igualdad alcances y perspectivas.mht> [consulta 2 de mayo de 2013]

sociales y políticos que los Estados adopten, lo que se ha encontrado en una permanente formulación.

En resumen, Fernández ha señalado respecto a la igualdad que “es *un concepto abierto o indeterminado, el cual sólo se llena de contenido cuando se refiere a una relación precisa y concreta entre términos a comparar, concepto que trasciende en aquel rasgo de indefinición, hasta constituirse en soporte del régimen político, particularmente cuando se trata de la democracia entendida más como estilo de vida que en cuanto forma de gobierno.*”⁷

1.2.- Clasificaciones de igualdad:

Para efectos de continuar con el análisis del principio de igualdad, resulta necesario indicar algunas clasificaciones que se han formulado respecto de la misma.

1.2.1.- Desde un punto de vista de su contenido, Rey Martínez⁸, en relación a la Constitución Española, señala una clasificación de la igualdad distinguiendo tres dimensiones de ésta: de libertad, de democracia y social.

a) **Liberal:** está dada por la idea de la igual aplicación del Derecho, resultando inadmisibles las diferencias de trato que no tengan un

⁷FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago, Septiembre 2004.

⁸REY MARTÍNEZ, op. cit. p. 41

fundamento razonable, la que no se justifica en base a criterios objetivos y relevantes.

- b) **Democrática:** en la medida que todos los ciudadanos gozan del derecho a participar en el poder político, en funciones y cargos públicos en condiciones igualitarias.
- c) **Social:** cuando elimina las desigualdades de hecho ya sean políticas, económicas, sociales y culturales, con el objeto de conseguir la igualdad real y efectiva entre las personas.

1.2.2.- José Luis Cea clasifica el principio de igualdad, según su evolución histórica en cuatro períodos:

- a) Un primer período, que el tratadista denomina como de **valor político, ideológico o sociológico:** se encuentra el reconocimiento de la igualdad como punto de partida, en la medida que se reconoce que las personas son iguales por su naturaleza de tal y ello es sin distinción, es decir “nacen con una personalidad y unas cualidades esencialmente iguales.”⁹

⁹ CEA EGAÑA, José, *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo II. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 1999, p. 55

- b) Segundo período, llamado la **igualdad jurídica**, en que es el legislador quien que debe eliminar las diferencias que recaigan en la raza, sexo, estirpe, condición económica, social, credo religioso, etc.
- c) Tercera etapa denominada **igualdad justa**: es necesario que la interpretación y la aplicación de la ley sea justa.
- d) Y la última etapa, llamada **igualdad de oportunidades**: se establece que hay personas en situación de desventaja respecto a otras en un lugar, lo que trae como consecuencia que el Estado y la sociedad tenga el deber de otorgar “privilegios a esas personas desaventajadas.”¹⁰

1.2.3.- Una tercera clasificación de la igualdad, desde un punto de vista instrumental, es la que distingue entre la **igualdad formal**, que contiene las denominadas: igualdad ante la ley; igualdad en la aplicación de la ley, igualdad en el contenido de la ley y el mandato de no discriminación. Y la **igualdad material o sustancial**, la que contempla la igualdad de oportunidades y las acciones positivas.

Como sostiene Peces-Barba, la igualdad, se puede referir al derecho, lo que se denomina igualdad ante la ley o igualdad formal y se desarrolla en el ámbito del sistema jurídico, o “igualdad en la vida social, en la realidad de las

¹⁰CEA, op. cit. p. 55

relaciones entre los hombres, que se ha venido llamando igualdad real o igualdad material.”¹¹

Respecto a esta última clasificación de igualdad se realizará un análisis más detallado en la medida que comprende en su sentido también las dos anteriores.

1.3.- Igualdad formal:

La igualdad formal es parte del principio de igualdad, que se reconoce en el derecho positivo, contenido en los mandatos de igualdad ante la ley; igualdad en la aplicación de la ley, igualdad en el contenido de la ley y el mandato de no discriminación, los que se encuentran previstos en las Constituciones del mundo occidental.

1.3.1.- La igualdad ante la ley:

La igualdad ante la ley, tiene como antecedente histórico, las revoluciones liberales: Inglaterra (1688), Independencia de los Estados Unidos (1787) y la Revolución Francesa (1789), y se configuró como emblema de la lucha contra regímenes monárquicos, los que se basaban en un sistema de clases o castas privilegiadas.

¹¹ PECES-BARBA MARTNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 284

Santamaría Pastor, respecto de la concepción de igualdad que conllevan las revoluciones liberal–burguesas, expresa que se fundan en dos puntos: “1) la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la abolición de todos los privilegios de nacimiento, y 2) La generalidad de la ley.”¹²

La igualdad ante la ley impone la generalidad de la ley, es decir que ésta se aplica a todos los ciudadanos (sin excepción) que se encuentren en el supuesto establecido por ella, lo que trae como consecuencia, que en este punto la igualdad se confunde con el principio de legalidad.

En este período se puede hablar de la igualdad ante la ley como una igualdad de inicio, la que no considera las profundas desigualdades que existen en la realidad. Si se piensa en la fórmula Aristotélica, en esta época se verifica como “a cada uno según sus méritos (o según su propiedad), porque el único sujeto para el derecho del siglo XIX es el varón blanco propietario.”¹³ El principio de igualdad ante la ley se va a encontrar contemplado en las diferentes legislaciones y tratados internacionales, teniendo por ello un reconocimiento normativo y vinculante. Se ha definido la igualdad ante la ley como “el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin

¹²SANTAMARÍA PASTOR. Juan, “*Igualdad y derecho público*”. 1994. En: REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo*, Madrid. 1995. McGraw-Hill, p. 42

¹³PÉREZ, op. cit. p. 220

que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de raza, de nacionalidad, de sexo, de la profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca.”¹⁴

En la Constitución Chilena encontramos este principio en artículo 19 N° 2, que asegura a todas las personas; *“La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”*.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en el artículo 3°, que establece que *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”*

En la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en el artículo 24. *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

Lo que busca la igualdad ante la ley es que ésta, además de ser general e impersonal, *“que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga sin excepciones y sin consideraciones personales”*.¹⁵

¹⁴ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Julio 1999, p 125

¹⁵ PÉREZ, op. cit. p. 220

Este principio “vincula de modo general e irradia todo el ordenamiento jurídico”¹⁶, el que se configura como derecho subjetivo y se manifiesta en el derecho a no ser discriminado arbitrariamente por los órganos del Estado y por los particulares.

1.3.1.1. La igual dignidad de toda persona humana:

La igualdad ante la ley tiene como punto de partida el principio de la *igual dignidad de toda persona humana*, que a su vez es “fundamento de todos los derechos fundamentales, del orden constitucional (...) y un principio de *ius cogens* en el ámbito del derecho internacional”.¹⁷

El reconocimiento de la dignidad de la persona humana, se encuentra en el artículo 1° de la Constitución Política de Chile, que prescribe que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*”

Nogueira, expresa que el principio de igualdad se encuentra a nivel de la conciencia jurídica de la humanidad, de la igual dignidad de toda persona humana, por ello, se considera un valor espiritual y moral inherente a toda persona “llevando consigo la pretensión del respeto por parte de los demás y la

¹⁶ DÍAZ R. F. “*Valores superiores e interpretación constitucional.*” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 1997. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Primera Edición, Santiago, 2009, p. 220

¹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Primera Edición, Santiago, 2009, p. 220

idea que las personas son siempre sujetos y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros fines.”¹⁸

1.3.2.- Igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley:

La igualdad en el contenido de la ley y en su aplicación se refiere a la necesidad de que el principio de igualdad tenga un reconocimiento constitucional. Asimismo, que se consagre un límite al legislador y se prescriba un control de constitucionalidad de las leyes.

Lo anterior es necesario, porque en esta etapa del desarrollo de la concepción de igualdad, los países han advertido que el reconocimiento a la igualdad ante la ley no es suficiente, ya que en la realidad existen muchas diferencias entre las personas desde un punto de vista social, económico y cultural.

Este reconocimiento conlleva a tener en consideración la necesidad de que el legislador realice diferenciaciones, con el objeto de alcanzar la igualdad en los hechos, llamada también igualdad material.

Se autoriza al legislador a realizar diferenciaciones, sin embargo, se deben prescribir sus límites, los que deben contemplarse a nivel constitucional.

¹⁸NOGUEIRA, op. cit. p. 220

A mayor abundamiento, con la igualdad en el contenido de la norma existe un cambio de la perspectiva que hasta ese momento se había planteado: la igualdad ante la ley entendida como el punto de partida, debe ser complementada, dando paso a una nueva concepción que sitúa al principio de igualdad ahora como una finalidad.

Como indica Nogueira Alcalá, en esta etapa existe un cambio de paradigma, por cuanto a fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, el Estado va adquirir un mayor protagonismo en la vida social, por ello intenta remediar las graves desigualdades que se encuentran en la comunidad, pudiendo dictar normas dirigidas a determinados grupos sociales desfavorecidos y así “asume la injusticia de tratar de igual forma a quienes se encuentran ante distintas realidades sociales relevantes.”¹⁹

Según este autor, lo antes descrito trae como consecuencia: la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo de un nuevo principio denominado de *igualdad de oportunidades*, en que el Estado debe cumplir un rol determinante, en su protección y promoción.

Surge en este escenario, en las concepciones políticas y sociales, la necesidad de abordar la realidad y las diferencias que se pueden constatar en la misma, como también la obligación de corregirlas.

¹⁹NOGUEIRA, op. cit. p. 21

En Alemania, Leibholz²⁰ vuelve a la fórmula Aristotélica, y señala que en este caso, la igualdad no es una forma de igualar la capacidad jurídica de todas las personas “sino que un imperativo superior, derivado de la idea de justicia, que obliga a tratar *igual a lo igual y desigual a lo desigual*”²¹ y ello resulta impuesto al legislador conforme a la Constitución.

En esta nueva forma de entender el principio de igualdad, y con el objeto de asegurar su aplicación, se introduce el concepto de la razonabilidad en el contenido de la ley.

La ley tiene el imperativo, por una parte, de dar el mismo tratamiento a todas las situaciones y por otro, la obligación de no realizar discriminaciones injustificadas, lo que significa que sólo está autorizado para otorgar un trato diferente si ello es razonable.

a) Principio de razonabilidad:

Se toma como premisa que “las distinciones (o clasificaciones) realizadas por el legislador, para no ser discriminatorias, deben ser razonables”²².

Robert Alexy, en el análisis del principio de razonabilidad plantea la existencia de la denominada *paradoja de la igualdad*,²³ proponiendo un modelo

²⁰PÉREZ, op. cit. p. 89

²¹*Ibíd*

²²*Ibíd*, p. 109

para su solución. La paradoja se produce cuando se persigue aunar los principios de igualdad jurídica y de igualdad de hecho, lo que trae como consecuencia, según el tratadista “una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un trato igual, es según el otro, un trato desigual y viceversa.”²⁴La solución propuesta por el autor en comento, toma como punto de partida el postulado Aristotélico: hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, agregando en cuanto al trato igual: “Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”.²⁵En cuanto al trato desigual “Si hay razón suficiente para ordenar un trato desigual está ordenado un trato desigual”.²⁶

En conclusión y como analiza Pérez Portilla, los requisitos para poder aplicar diferenciaciones se pueden resumir en la “exigencia de razonabilidad, de objetiva justificación de las distinciones normativas y la fundamentación y motivación de la diferenciación de trato.”²⁷

b) Doctrina de la clasificación razonable y la clasificación sospechosa:

²³ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición en español, Madrid, 200, p. 408

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ PÉREZ, op. cit. p. 102

Se establece la necesidad de realizar diferenciaciones, pero la determinación del cuándo, el cómo y sus límites, no han estado exentos de debate.

Los tratadistas²⁸ al abordar esta problemática, toman como experiencia la doctrina elaborada a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha formulado las denominadas las doctrinas de la *clasificación razonable* y de la *clasificación sospechosa*.

- Es una **clasificación razonable** cuando se incluye a todas las personas que se encuentran “similarmente situadas respecto del propósito de la ley y a ninguna otra que no lo esté.”²⁹
- En la doctrina de la **clasificación sospechosa**, lo que se intenta es que se declare inconstitucional toda norma que establezca como criterio diferenciador, los prohibidos a saber, la raza, sexo, credo, nacionalidad, “incluso aunque dicha clasificación fuera razonable, esto es, tuviera razonablemente referida a un legítimo propósito público.”³⁰

En síntesis, en el estudio de las concepciones de igualdad, que se abordaron en este apartado, se pueden indicar tres grandes momentos

²⁸ PÉREZ, op. cit. p. 102

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ REY, op. cit. p. 51

evolutivos, teniendo en el punto de partida, la fórmula de igualdad, elaborada por la filosofía griega, que indica que los iguales deben tratarse de la misma forma y los desiguales deben tratarse como desiguales, a lo que debemos sumar como segundo momento, la configuración de la igualdad ante la ley, que otorgó los mismos derechos a todos los ciudadanos, derogando toda clase de privilegios y finalmente la formulación del concepto de igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley, que busca la concreción de la justicia en relación a la realidad en los hechos, producto de las diferencias sociales, políticas y económicas en que se encuentran las personas.

1.4.- Igualdad sustancial, en los hechos o material:

Se puede señalar que el principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, es un mandato que implica el mismo trato jurídico entre las personas que se encuentran en una similar situación, e igualdad material, “como una reinterpretación de aquélla en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos.”³¹

La igualdad sustancial, se introduce como un cambio de paradigma, que concuerda con la nueva visión de un Estado social y democrático.

³¹ CARMONA CUENCA. Encarnación. *El principio de igualdad material en la constitución europea*. [en línea] <<http://www.idpc.es/archivo/1213086682FCI8AECC.pdf>> [consulta 2 de mayo de 2013]

Se busca que la ley considere a las personas que son las destinatarias de las normas, pero especialmente teniendo en cuenta sus situaciones particulares.

Señala Rey Martínez, que la igualdad material es “el último escalón en la evolución del principio de igualdad en el constitucionalismo del siglo XX”³² y las constituciones contemporáneas hoy no sólo buscan garantizar la igualdad ante la ley, sino que también, establecer el deber del Estado de realizar las acciones tendientes a asegurar la igualdad en los hechos a los individuos.

Por lo tanto, la igualdad sustancial se puede entender como la necesidad de que los poderes públicos promuevan acciones tendientes a eliminar los obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos.

En la igualdad de hecho, el punto de partida es el reconocimiento previo de la existencia en la realidad de desigualdades, las que se pretenden subsanar vía compensación a través de las normas jurídicas. Incluso para lograr la igualdad material, los Estados deben dictar normas contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de resarcir los perjuicios que han sufrido los grupos de personas se encuentran en una “situación continuada de inferioridad social real.”³³

³²REY, op. cit. p. 136

³³ *Ibid.*

Con todo, el legislador para realizar un trato diferenciado, tiene como límite tanto el mandato de no discriminación, como así también el principio de razonabilidad, por lo tanto, toda distinción debe ser justificada y necesaria.

1.4.1. Manifestaciones de la igualdad sustancial:

a) Igualdad de oportunidades:

Es una expresión de la igualdad sustancial. La doctrina ilustra este concepto, señalando lo que sucede en una carrera si los competidores parten de diversos puntos de salida³⁴, debiendo por lo tanto, hacerse cargo de la igualación en el punto de partida.

Se ha definido también como “un mandato de parificación, de igualación, y por ello, de legitimación de un derecho desigual: es una justificada desviación de la igualdad de iure”.³⁵

b) Acciones positivas:

Son aquellas medidas de carácter temporal, que tienen como objetivo la igualdad de oportunidades, corrigiendo aquellas situaciones que son resultado de prácticas discriminatorias.

³⁴PÉREZ, op. cit. p. 142

³⁵ BALLESTRERO M. 1994. “*Le nuoveleggi civil commentate.*” N°1. p. 16. En REY MARTÍNEZ. Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo*, Madrid. McGraw-Hill, 1995. p. 56

Estas acciones serán analizadas con mayor detalle al abordar la problemática de la igualdad de remuneraciones.

2.- PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN:

En la expresión “discriminación” se puede encontrar un sentido “neutral y otra no neutral en términos morales o valorativos”³⁶. En el primer caso, se trata de separar o distinguir, sin atribuirle a ello una valoración positiva o negativa. En el segundo caso, sí se le atribuye una connotación negativa.

También se puede señalar un concepto de discriminación, advirtiendo un sentido amplio y en uno restringido. En el primer caso, es “toda infracción al principio de igualdad”³⁷. En el restringido se refiere a la concurrencia de “alguno de los criterios de diferenciación prohibidos”³⁸, siendo estos los motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.

Conforme con lo antes indicado, según Fernández González,³⁹ hay discriminación en dos situaciones:

³⁶ FIGUEROA, op. cit. p. 111

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ FERNÁNDEZ, op. cit. p. 56

- a) Cuando se otorga un trato privilegiado o por el contrario, uno de menosprecio o inferioridad a quienes se ubican en la misma situación que aquel con el que se le compara;
- b) Cuando el trato es igual a dos entidades que son diferentes y esa distinción debía ser considerada.

El mandato de no discriminación lo que busca es que no existan diferencias de trato rechazables por afectar la dignidad humana y proteger a las personas o grupos que son discriminados.

El derecho antidiscriminatorio se preocupa de la desigualdad creada, por lo tanto, ataca a la consecuencia y no al punto de partida como se entiende en la igualdad material.

El fundamento de la prohibición de discriminar no se encuentra en el principio general que prohíbe desigualdades “arbitrarias” de trato, del que se deduzca luego la arbitrariedad de ciertas distinciones, tipificadas como irrazonables, sino de una valoración internacionalmente aceptada de la dignidad humana y en consecuencia, de la igualdad entre todos los seres humanos. Se trata de una lucha contra unas desigualdades especialmente reprobables, que niegan la paridad de dignidad social.⁴⁰

⁴⁰PÉREZ, op. cit. p. 123

2.1.- Evolución del concepto de prohibición de discriminación.

Cabe destacar que el significado de las prohibiciones de discriminación como el de igualdad no ha sido el mismo. Como observa Valdés Dal-Ré⁴¹ respecto a este derecho se pueden establecer etapas o sentidos de evolución, las que no son necesariamente coincidentes, miradas de un punto de vista cronológico-histórico. En un primer sentido, se le reconoció como una cuestión de desigualdad de trato injustificado, un sistema formal de discriminación, debiendo establecerse límites a los poderes públicos, como, hasta ese momento, únicos sujetos que podían vulnerar dicho derecho y en consecuencia, los llamados a adoptar las medidas conducentes a su respeto y garantía.

Sin embargo, el derecho fundamental a no ser discriminado, fue configurándose como una forma de concretar la igualdad sustancial, pasando por ello a un sistema material de discriminación. Su fundamento es la evidencia de la situación de marginación social de ciertos grupos humanos, por lo que se considera que la formulación jurídica de eliminación de la discriminación es “la vía de supresión de las malformaciones que se han ido creando en la sociedad”.⁴²

⁴¹VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral*, [En línea] http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf [20 de agosto de 2013]

⁴² *Ibíd.*

En la actualidad, esta nueva conceptualización de discriminación es la predominante y considera, por una parte, arbitrario e injusto cuando su fundamento radica en las características biológicas y sociales, de los cuales las personas no son responsables, como por la otra, el reconocimiento y conciencia de los efectos dañinos y perjudiciales que sufren los grupos que son víctimas de discriminación.

2.2. Clasificación de discriminación:

Respecto a la discriminación se han formulado una serie de clasificaciones, siendo las siguientes las más relevantes:

a) Discriminación directa:

Se puede señalar que es aquella que se establece en la ley, prescribiendo abiertamente un trato diferenciador de un grupo sobre otro, sin existir fundamentos o razones que lo justifiquen.

b) Discriminación indirecta:

Existe cuando no es la norma, de forma directa la que no reconoce el principio de igualdad, sino que la aplicación de la ley trae como consecuencia la valoración o desvaloración de un grupo en pos de otro, rompiendo con ello con el principio de la igualdad de trato.

c) Discriminación inversa:

Se establece cuando se legisla en favor de un grupo con el objeto de darle un tratamiento preferencial, por cuanto estos sujetos se encuentran en una situación de permanente discriminación por su raza, sexo, el origen étnico, etc.

Los siguientes capítulos se referirán en mayor detalle a la discriminación por razones de sexo, lo que sucede en el ámbito de las relaciones laborales y en especial en el salario.

CAPÍTULO II: LA IGUALDAD DE LAS REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

En este capítulo se desarrollará el contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por sexo, para, posteriormente establecer su reconocimiento y aplicación en el derecho laboral. Desde ese lugar, se abordará el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, describiendo los principales aspectos del Convenio N° 100, de la OIT, y la evaluación que dicho organismo internacional ha efectuado en las últimas décadas de su aplicación en Chile, para finalmente referirnos al derecho comparado.

1.- DERECHO FUNDAMENTAL A NO SER DISCRIMINADO POR RAZONES DE SEXO, TEORÍA:

Como se señaló en el capítulo anterior, los principios de igualdad y no discriminación se encuentran reconocidos a nivel constitucional y la discriminación basada en razones de sexo, es de aquellos criterios prohibidos por la misma carta fundamental.

Ahora bien, resulta necesario conocer el contenido del derecho a no ser discriminado por razones de sexo, para determinar su aplicación y exigibilidad. Al respecto, el autor Rey Martínez⁴³, señala que dicho principio consta de dos

⁴³REY, op. cit. p. 45

ámbitos. El primero de ellos, denominado *dimensión subjetiva*, se materializa en la prohibición de la discriminación tanto directa como indirecta.

El segundo ámbito, se conoce como *dimensión objetiva* y se manifiesta a través de las llamadas *acciones positivas* y en ciertos casos, *la discriminación inversa*.

1.1 - Dimensión subjetiva del derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo:

La dimensión subjetiva se encuentra regulada en el artículo 14º de la Constitución Española, al referirse a la igualdad ante la ley añade que “*sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

En el caso de la Constitución de Chile, la dimensión subjetiva se sitúa en artículo 19 N° 2, que prescribe “*La Constitución asegura a todas las personas: N° 2º.- La igualdad ante la ley.(...) hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*”

En las normas antes indicadas existe una *regla* de prohibición de discriminación, entendiendo como tal, en el concepto que formula Alexy, las

“normas que sólo pueden ser cumplidas o no cumplidas”⁴⁴, lo que en otros términos significa, que en el caso en estudio, no está permitida la utilización del sexo como criterio de diferenciación.

En este sentido entonces, la dimensión subjetiva (prohibición de discriminaciones directas e indirectas en razón de sexo), se configura como un derecho fundamental, inherente o innato al ser humano, universal, inalienable, imprescriptible e inderogable, reconocido como tal tanto en la legislación nacional, como en los Tratados Internacionales, vigentes en Chile y en el derecho comparado.

Desde la mirada de R. Dworkin⁴⁵, según Rey Martínez, la dimensión subjetiva en comento (prohibición de discriminaciones directas e indirectas en razón de sexo), es el *derecho a igual tratamiento*, lo que significa que todas las personas tienen derecho a iguales oportunidades y beneficios, por una parte, y deben recibir las mismas cargas, por otra.

a) Prohibición de discriminación directa por razones de sexo:

Existe esta clase de discriminación cuando es la misma ley o un acto de autoridad - en los términos de la Constitución chilena – la que dispone o ejecuta

⁴⁴ PÉREZ JARANA, María. “*Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy*” Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Jaén, CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.[En línea] <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1626/0> [consulta:7 de septiembre de 2013]

⁴⁵REY, op. cit. p. 45

un trato diferente entre hombres y mujeres, que cumple con las características de injustificado, no razonable y que perjudica a uno de los sexos, correspondiendo, en la mayoría de los casos, al femenino.

Cabe señalar que, establecer diferencias de trato basadas en el sexo de las personas comprende uno de los ejes esenciales de la prohibición de discriminación, por ello su rango constitucional y por lo mismo, para efectos de regular estas diferencias, se deben cumplir con los requisitos de proporcionalidad y justificación, velando siempre en su determinación, por el respeto de la obligación de exclusión de toda arbitrariedad.

En este sentido, a modo ejemplar se puede señalar que en la legislación española⁴⁶, se prescriben los casos en que se admiten distinciones en el tratamiento legal entre hombres y mujeres, que no se consideran de carácter arbitrario, no siendo por ello casos de discriminación: normas relativas a la protección del embarazo, de la maternidad, las acciones positivas y la discriminación inversa que promueva la igualdad de las mujeres.

b) Prohibición de discriminaciones indirectas por razones de sexo:

A diferencia de las discriminaciones directas, que podrían considerarse evidentes por las distinciones arbitrarias que conllevan, en las discriminaciones indirectas, las normas se caracterizan por ofrecer un tratamiento neutro, por

⁴⁶ REY, op. cit. p. 45

cuanto se dirigen tanto al grupo masculino como al femenino que se encuentren en la misma situación, lo que lo hace en principio, no discriminatorio. Sin embargo, en la aplicación práctica de la norma, es decir, en los hechos, se puede sostener que termina por perjudicar a uno de los sexos, o visto desde otra perspectiva, se beneficia a un sexo en pos del otro.

1.2.- Dimensión objetiva del derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo:

Ahora bien, la dimensión objetiva (acciones positivas y discriminación inversa), constituye la otra faceta del derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo y se encuentra regulada en la Constitución de Chile, en el artículo 1º, cuando prescribe como finalidad del Estado, velar por el bien común, y el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, todo ello en armonía con el artículo 19 N° 2, de la misma Carta Fundamental, antes transcrito.

Al respecto, Rey Martínez señala que desde la perspectiva de Dworkin⁴⁷ esta dimensión se traduce en el *derecho a ser tratado como igual*, es decir, que el tratamiento a todas las personas debe ser con la misma deferencia y respeto.

⁴⁷REY, op. cit. p. 46

Desde la perspectiva de Alexy⁴⁸, a diferencia de la dimensión subjetiva del derecho en análisis, que representa la categoría de *regla*, como ya se explicó, el ámbito considerado como objetivo, recibe la conceptualización de *principio*, entendiendo como tal a los mandatos de optimización, es decir, “que pueden ser cumplidos en diferente grado”⁴⁹ considerando que su observancia está condicionada tanto por la realidad fáctica, como por la jurídica.

Conforme con lo anterior, es posible concluir que en la dimensión objetiva (acciones positivas y discriminación inversa), el derecho tiene un carácter derivado o relativo y no fundamental ni inderogable como lo es la prohibición de discriminaciones directas e indirectas, esto es, la dimensión subjetiva.

En otros términos, las acciones positivas contempladas en los mandatos constitucionales antes citados, serán aplicables en la medida de lo posible, cuando existen condiciones sociales y jurídicas para ello.

a) Las acciones positivas:

Las acciones positivas, son parte de la dimensión objetiva y tienen por finalidad propender a la paridad entre el hombre y la mujer. Pueden definirse como todas aquellas medidas que tienen como objeto la promoción de la

⁴⁸REY, op. cit. p. 45

⁴⁹ *Ibíd.*

igualdad de los sexos, poniendo énfasis en la exclusión de las desigualdades de hecho. Las acciones positivas se traducen en el fomento de la igualdad de oportunidades de las mujeres.

A modo ejemplar⁵⁰, en Chile se pueden indicar como acciones positivas que benefician a las mujeres, las siguientes:

- La creación del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) por la Ley N° 19.023, que tiene como finalidad promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- La inclusión de la definición de discriminación en el Código del Trabajo y en la Ley 20.422.
- En el establecimiento de determinadas medidas destinadas a difundir prácticas en favor de las mujeres, realizar estudios, etc.
- La promulgación de la Ley 20.348, sobre igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres, prescribiendo su carácter de derecho fundamental amparado por el procedimiento de tutela laboral.

Respecto a la constitucionalidad de las acciones afirmativas, Noguera Alcalá⁵¹, señala que se encuentran conforme con las normas constitucionales,

⁵⁰ CARMONA SANTANDER, Carlos, “Constitucionalidad de las medidas afirmativas en Chile. Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales.” [En línea] <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/01/Seminario-Igualdad.pdf> [Consulta: 31 de octubre de 2013]

por cuanto el Estado no sólo está obligado a no discriminar, sino que también debe fomentar acciones específicas destinadas a hacer efectiva la igualdad de oportunidades.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español, resume el fundamento y constitucionalidad de las acciones afirmativas en favor de las mujeres, estableciendo que cuando el artículo 14º CE se refiere al sexo, el constituyente ha determinado con ello “acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer”⁵², consolidando la posición de inconstitucionalidad cualquier distinción basada en el sexo. Y en cuanto al artículo 9.2 de la CE que establece las condiciones de igualdad, no se estima discriminación cuando, con el objeto de regular la efectiva y real equiparación de los sexos, “se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer”.⁵³

b) Discriminación inversa:

La discriminación inversa corresponde a la última etapa del análisis del contenido de derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo. En ella, se estipulan beneficios especiales para un cierto grupo, en desmedro de otro, se da un trato diferente con el objeto de igualar el punto de partida de

⁵¹NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*” [En línea] <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf> [Consulta 28 de septiembre de 2013.]

⁵²REY, op. cit. p. 45

⁵³ *Ídem*

ambos grupos. Se podría considerar como ejemplo de esta discriminación, el hecho de exigir menos requisitos a personas que pertenecen a una etnia minoritaria, para acceder algún beneficio. Esta clase de discriminación se justifica en el hecho que el grupo favorecido está compuesto por personas que han sido tradicionalmente marginadas y postergadas social y culturalmente. Tiene como objeto enmendar los efectos desfavorables arraigados en la sociedad que han sufrido, entre otros, de forma permanente, las mujeres. En la discriminación inversa, se sitúa el establecimiento de cuotas o cupos destinados a mujeres en el parlamento o en el Gobierno.

Al mismo tiempo que las acciones positivas, la discriminación indirecta debe tener un carácter temporal y debe ser establecida por ley.

De acuerdo con lo antes expuesto, se puede señalar que el contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por sexo, está dado por: el mandato de prohibición de la discriminación y la promoción de dicho principio por parte del Estado.

2.- DERECHO FUNDAMENTAL A NO SER DISCRIMINADO POR RAZONES DE SEXO, EN MATERIA LABORAL.

Para referirnos al derecho a no ser discriminado por razones de sexo en materia laboral, es necesario desarrollar previamente un aspecto que influye en su aplicación, por cuanto, considerado como derecho fundamental, hasta el

siglo XX, se entendió sólo exigible al Estado. En cambio, actualmente se extiende a los particulares la observancia de los derechos fundamentales, en base a lo que sostiene la doctrina sobre la *ciudadanía de la empresa y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, que se analizarán a continuación.

2.1.- Concepto de ciudadanía de la empresa y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales:

Los conceptos de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, junto con el de la ciudadanía en la empresa, son parte de la evolución del derecho laboral que ha experimentado desde el siglo XX, en la medida que vienen en reconocer que los derechos humanos, no pierden su vigencia cuando una persona ejerce un trabajo dependiente, cuando se sitúa dentro de la empresa, debido a la superposición de derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador.

El poder de dirección del empleador comprende un conjunto de facultades necesarias para el funcionamiento normal de la empresa, por lo que está autorizado a dar órdenes, impartir instrucciones, se le conceden facultades de control, entre otras y por ello goza y ejerce una serie de poderes jurídicos sobre el trabajador, este último encontrándose en una situación de

subordinación y dependencia y como tal tiene la obligación de dar cumplimiento a sus órdenes.

Pero estas facultades o derechos del empleador deben estar relacionados sólo con la realización del trabajo y no abarcar los demás ámbitos de la vida de los trabajadores, por ello, no le está permitido efectuar conductas que atenten contra las libertades y derechos reconocidos como fundamentales a toda persona.

La teoría de ciudadanía de la empresa y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales plantea que, siendo estos derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, no sólo deben ser respetados por el Estado y sus órganos, sino que también por las entidades o personas reguladas por el derecho privado.

La doctrina en comento tiene por objeto resolver el conflicto que se genera entre el legítimo ejercicio del poder del empresario y la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, dentro de la empresa.

La ciudadanía en la empresa, significa que los trabajadores mantienen plenamente vigentes sus derechos fundamentales o ciudadanos, al interior de la empresa, por lo que las facultades del empresario, no pueden desconocerlos.

La eficacia horizontal de los derechos humanos, se encuentra prevista y reconocida en el ordenamiento jurídico chileno en la Constitución Política, en el

artículo 6°, inciso primero y segundo y en el artículo 19 N° 26; en el artículo 459 del Código del Trabajo, que prescribe *“la sentencia definitiva deberá contener: 5.- Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principio de derecho o de equidad en que el fallo se funda”*; en el Convenio N° 100, de la OIT, año 1951, sobre la Igualdad de remuneraciones; en el Convenio N° 111, de la OIT, año 1958, sobre la Igualdad y no discriminación en el empleo; en el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ONU, 1979; en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ONU, 1966; en el Pacto Internacional de los Derecho Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

En cuanto al Código del Trabajo, se reconoce de forma expresa la aplicación de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador dentro de la empresa en el artículo 5° inciso primero, que dispone *“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”*

Asimismo, el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo, relativo al Reglamento Interno, dispone que *“(…) en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la*

relación laboral y, en todo caso, su aplicación deber ser general, garantizándose la impersonalidad de medida, para respetar la dignidad del trabajador.”

2.2.- Ámbitos de discriminación en materia laboral por razones de sexo:

Hay discriminación laboral por razones de sexo, cuando ella emana exclusivamente de la consideración del sexo de las personas, como así también “en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca⁵⁴”, como ocurre en el embarazo, el parto o la lactancia natural, siendo factores que exclusivamente le afectan a las mujeres.

En materia laboral, la discriminación por razones de sexo se advierte en todo el *iter* de la relación de trabajo. En el acceso al empleo, en la forma y motivos de selección y reclutamiento de las personas. Luego, en la ejecución del contrato de trabajo, puede existir discriminación cuando se califica, en la promoción y formación profesional o en la retribución. Finalmente, en la extinción de la relación laboral, en las causales de despido.

En la contratación del personal, el poder empresario se manifiesta en las decisiones relativas a determinar el número de trabajadores que estima necesario para su empresa, las características que deben tener, el grado de

⁵⁴REY, op. cit. p. 60

calificación, entre otras, lo que trae como consecuencia que antes del nacimiento de la relación de trabajo, el empleador tiene una vasta libertad de contratación.

No obstante lo anterior, en el acceso al empleo existe una tensión entre los derechos del empresario y los de los trabajadores. Por una parte, se encuentra el poder del empresario y el principio de libertad de contratación, esto es, la facultad de elegir a quien considere apto para el puesto de trabajo, que él otorga en su empresa. Por la otra, se encuentra el derecho de los trabajadores a no ser discriminados en el acceso al empleo, lo que trae como consecuencia que la decisión del empresario no puede ser caprichosa.

El conflicto en cuestión se resuelve a favor del trabajador, puesto que como plantea Caamaño⁵⁵, los límites al poder del empresario están dados por la prohibición de discriminación, lo que se traduce en el respeto a la igualdad de trato, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la CPR, en la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas, según los artículos 19 N° 16 de la CPR y en los artículos 2° y 5° de Código del Trabajo.

A mayor abundamiento, puede señalarse que las limitaciones al poder empresarial consisten en que el empleador no está autorizado a la utilización de

⁵⁵CAAMAÑO ROJO, Eduardo “*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 – Valdivia, Volumen XIV, Julio 2003, p. 25-47.

criterios prohibidos de discriminación, en todo el *iter* contractual, por ello tampoco en el acceso al empleo.

Conforme con lo antes expuesto, el empresario para efectos de seleccionar al personal, no puede utilizar:⁵⁶

- Criterios basados en el sexo de las personas, a menos que ello se justifique porque el cargo lo amerita.
- La estipulación de requisitos o condiciones distintos en el caso que se trate de un hombre o una mujer.
- Procedimientos que excluyan a un número mayor de personas de uno u otro sexo.

Dentro de las causas de discriminación en el acceso al empleo que afecta a las mujeres, se ha sostenido que tienen un carácter cultural: los estereotipos y roles de género y la división sexual del trabajo⁵⁷. Estas son ideas preconcebidas, arraigadas en la sociedad que caracterizan a cada sexo de forma irracional, exacerbando, por un lado, ciertas habilidades que tendría un sexo en relación al otro. También se puede agregar, en este contexto, las ideas prejuizadas de que a los hombres, en la sociedad, les corresponde el ámbito profesional y público (por las supuestas características que lo condicionan a

⁵⁶ CAAMAÑO, op. cit. p. 47

⁵⁷ BRAVO, CARMEN, *Crisis y Discriminación Salarial de Género*, Secretaría de la Mujer y Gabinete Técnico Confederal de CCOO, Madrid, 2012, p. 28

ello), y a las mujeres le toca desarrollarse en el ámbito privado, en el cuidado de la familia y las labores de la casa. A mayor abundamiento, cuando las sociedades se han estructurado en una especialización de tareas y determinan que sólo éstas se pueden realizar por los hombres o por las mujeres, esto es, la llamada división sexual del trabajo, se obtiene como resultado que las mujeres tendrán menos acceso a ser contratadas en trabajos estereotipados en favor de los hombres.

Por su parte, la prohibición de discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral se encuentra prevista en el artículo 194 inciso final del Código del Trabajo, señalando que *“ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines, certificado alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.”*

Durante la relación de trabajo las mujeres son discriminadas y ello se ve reflejado en la escasa posibilidad de promoción en el empleo y acceso a cargos directivos o de responsabilidad. Lo anterior, se explica en el sentido que como a las mujeres se les asigna culturalmente una serie de responsabilidades (el cuidado de los hijos, ancianos y enfermos) y las labores de la casa, no tendrían el tiempo necesario para asumir mayores responsabilidades, o para capacitarse, lo que la limita en el logro de asensos.

2.3.- Justificación de criterios distintivos:

En materia laboral, tanto en la Constitución Política de Chile, como en los Tratados Internacionales y en el Código del Trabajo, se establece que el empleador puede aplicar criterios para discriminar, que se encuentran justificados relativos a la calificación de la persona para desempeñar un trabajo.

Por lo tanto, el empleador podrá hacer distinciones invocando lo prescrito en el artículo 1.2 del Convenio 111 de la OIT, a saber *“las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminatorias”*.

Sin embargo, lo anterior trae como peligro que cada vez que el empleador no quiera contratar una mujer en su empresa, (por cuanto no puede lisa y llanamente realizar una selección de su personal señalando como requisito la sola participación de postulantes varones) apelará a las otras razones que justifican su selección, como la mayor preparación o experiencia de los hombres.

Conforme a la situación antes planteada, para efectos de dar cumplimiento a la norma, el tratadista Cámara Botía⁵⁸, expresa la necesidad de

⁵⁸CÁMARA BOTÍA, Alberto, *“Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”* Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales” [consulta 18 de julio de 2013] www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio4.pdf [consulta 18 de julio de 2013]

un compromiso de transparencia, para la determinación de las diferenciaciones. El objetivo de ello entonces, es que se seleccionen a los trabajadores siempre respetando el principio de no discriminación en el acceso al empleo y no se trate de discriminaciones encubiertas, disfrazadas de los criterios diferenciadores autorizados.

3.- PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES:

Una manifestación más de la discriminación por razones de sexo que experimentan las mujeres, es la que se produce por la existencia de una injustificada y arbitraria diferencia entre la retribución que recibe un hombre y una mujer por el mismo trabajo o por uno de igual valor.

El derecho comunitario, en el artículo 141 CE, apartado 2, dispone cuando existe igualdad de remuneraciones exenta de toda discriminación, a saber, *“a) la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.”*

Entonces, se puede concluir que la igualdad de retribución no se trata de una mera comparación entre el salario que recibe un hombre o una mujer por un mismo trabajo, si no que consiste en un conjunto de procedimientos que

tienen por finalidad establecer de forma objetiva, los trabajos que tienen el mismo valor, aun cuando sean de distinta naturaleza, correspondiéndoles una idéntica retribución.

3.1.- Razones por las que se discrimina a las mujeres, en cuanto a la remuneración:⁵⁹

Situaciones que provocan la discriminación laboral contra las mujeres en materia de retribución:

- Asignaciones de roles tradicionales a mujeres y hombres, por cuanto las primeras han sido madres y cuidadoras y los segundos los sostenedores de la familia.
- Peor negociación de la remuneración.
- Estereotipos relacionados con la menor dedicación en el trabajo, producto del ejercicio de la maternidad o el cuidado de los hijos, enfermos o ancianos.
- El sueldo de las mujeres sólo viene a constituir un complemento al salario del hombre.
- Las mujeres, producto de sus responsabilidades familiares, no pueden conciliar ciertos trabajos, por ejemplo, cuando un empleo demanda

⁵⁹ INSTITUTO DE LA MUJER, *Diferencias y Discriminación Salarial por Razón de Sexo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007. p. 236

jornadas más largas o flexibilidad horaria, disposición para viajar, entre otras.

Como consecuencia de lo anterior, son las mujeres las que asumen los costos sociales de la discriminación directa o indirecta que les afecta, por cuanto, renuncian a no trabajar bajo una remuneración o una inferior a la que reciben los hombres o a no trabajar fuera del hogar, con lo que se pierde su fuerza productiva. Además, ante el bajo apoyo para conciliar las obligaciones familiares, las mujeres se ven obligadas a trabajar menos horas remuneradas (jornadas de tiempo parcial) y a cobrar un menor salario, este último castigado (además de las variables que afectan a todo trabajador) por la discriminación exclusivamente por razones de su sexo. Conforme con ello, las mujeres se empobrecen y así también sus familias.

Se pueden añadir como causales de discriminación salarial que afectan a las mujeres los llamados “trabajos feminizados”, que corresponden a aquellos que tradicionalmente ellas han ejercido y que tienen menos valoración y además contemplan un menor salario.⁶⁰

⁶⁰ BRAVO, op. cit. p. 28

Resultan ilustrativas las conclusiones a las que llega el estudio realizado por el Instituto de la Mujer de España, denominado “*Diferencia y discriminación salarial por razón de sexo*”.⁶¹

En el trabajo en comento, previamente se realiza una distinción entre desigualdad salarial entre hombres y mujeres y la discriminación salarial por sexo. En el primero de los casos se habla de brecha salarial o desigualdad salarial, siendo la distancia que existe entre la remuneración masculina y femenina. En cambio, la discriminación salarial por razones de sexo, la diferencia de remuneraciones sólo tiene como fundamento el sexo.

En el estudio en comento, se señalan las variables determinantes del salario, que se aplican tanto a los hombres como a las mujeres, pero sus efectos tienen distinta magnitud. Las variables son la edad, la antigüedad en la empresa, la experiencia laboral, el tamaño empresarial, jornada de trabajo, contrato de carácter indefinido, grado de sindicación, calificación, entre otras.

Las variables personales y laborales perjudican en mayor medida a las mujeres, por cuanto las mujeres en términos generales, tienen menos experiencia y antigüedad, menos preparación y perfeccionamiento, no acceden a puestos de mayor responsabilidad, se desempeña más en los sectores de servicios, sector público y en pequeñas empresas, trabajos con menor

⁶¹INSTITUTO DE LA MUJER, op. cit. p. 226

especialización, trabajan más en empleos de tiempo parcial o temporal, entre otros.

Del análisis de las diversas variables, que pueden determinar que una mujer reciba un sueldo inferior al del hombre, el estudio concluye que tomando en consideración todas ellas, existe finalmente una parte de la diferencia salarial entre los sexos no tiene justificación, esto es, que sólo tiene como razón, el sexo.

3.2.- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100):

El tratado internacional que regula la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, es el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, normativa que fue ratificada por Chile el 20 de septiembre de 1971.

3.2.1.- Antecedentes del Convenio N° 100 de la OIT:

El Convenio sobre igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, N° 100, data de 1951 y su contexto histórico se relaciona con lo sucedido en materia laboral, durante Segunda Guerra Mundial y una vez terminado dicho conflicto. Los hombres dejaron sus trabajos para ser parte de los contingentes de guerra, los que paulatina y necesariamente fueron asumidos por mujeres. Lo anterior, trajo dos grandes consecuencias: la primera es que se comprobó que las mujeres pueden ejercer otras ocupaciones distintas a las que hasta esa época se consideraba que les correspondía o que eran capaces de ejercer. La

segunda, que era posible contratar a mujeres o que ellas estaban dispuestas a trabajar por un salario menor a los que se acostumbraba a pagar a los hombres. Una vez finalizada la guerra, surgió una compleja y problemática situación en relación al empleo. Por una parte, las mujeres dieron un gran paso en el reconocimiento de su derecho a trabajar en áreas que tradicionalmente eran excluidas, provocando una competencia con los hombres en el acceso al empleo. Y por otra, se masificó la discriminación en la remuneración de las mujeres, en el entendido que si el empleo lo asumían ellas, necesariamente se estaba en presencia de una mano de obra más barata (menos calificada), como si se tratara de una categoría inferior, generando con ello, para las mujeres, una situación de injusticia y explotación.

En este contexto, se adopta el Convenio sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 1951 (núm. 100).

Este Tratado Internacional fundamental, estipula que los Estados que lo ratifiquen deben garantizar a todos los trabajadores 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.

3.2.2.- Principales aspectos del Convenio N° 100:

Para la Organización Internacional del Trabajo, la igualdad y la no discriminación en el empleo y la ocupación son principios y derechos fundamentales humanos de todas las mujeres y los hombres, por ello su defensa y promoción ha sido uno de sus objetivos más importantes, desde su creación.

En la Conferencia Internacional de Trabajo, 101ª reunión de 2012, sobre el Convenio 100, se desarrollan los principales aspectos de dicha normativa:

3.2.2.1. Ámbito de aplicación del Convenio N° 100:

Todos los trabajadores y trabajadoras. No se admiten exclusiones, por ello abarca a trabajadores/as nacionales y extranjeros/as, de todos los sectores de actividad, sector público y privado y los que se desempeñan en la economía formal e informal.

3.2.2.2.- Objetivos del Convenio:

- a) Promoción de la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor.
- b) Garantizar su aplicación a todos los trabajadores.

3.2.2.3.- Metodología:

El Convenio ofrece flexibilidad, para elegir el modo de alcanzar los objetivos antes señalados. El artículo 2° N° 2 del Convenio, enumera diversos medios para la aplicación del principio:

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

3.2.2.4.- Dificultades en la aplicación del Convenio:

Conforme a lo que dispone el tenor del Convenio, este es aplicable a todos los trabajadores sin distinción. Sin embargo, este principio, al estar regulado en el marco de la legislación general en materia de trabajo o empleo, en los hechos quedan sin control de su aplicación: los trabajadores domésticos, agrícolas, de zonas francas industriales, ocasionales, de la economía informal, los extranjeros y los migrantes. Estos trabajadores se caracterizan porque son en su mayoría mujeres; sus salarios son bajos; no están incluidos en la normativa que fija los salarios mínimos; no tienen derecho a las prestaciones y asignaciones que corresponde a otros trabajadores; no se encuentran organizados en sindicatos, por lo que no participan de la negociación colectiva.

3.2.2.5.- Trabajo de igual valor:

Es considerado el núcleo del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Por lo tanto, no sólo debe determinarse la misma remuneración cuando un hombre y una mujer realizan el mismo trabajo, sino que es necesario que se abarquen los trabajos que son de distinta naturaleza, pero del mismo valor.

La justificación del Convenio para establecer igual remuneración por trabajo de igual valor, radica en que históricamente se ha discriminado y subvalorado el trabajo que han desarrollado las mujeres, producto de los estereotipos sexistas, de los cuales se establece que las mujeres trabajan en determinadas labores y los hombres en otras, siempre en el último caso, mejor pagadas, porque se consideran más importantes o se cree que son de mejor calidad, porque los hombres tendrían mayor capacidad.

En la práctica cada día más mujeres participan en trabajos que ordinariamente ocupaban los hombres, realizando la misma labor, por lo que es justo que perciban la misma remuneración. Sin embargo, persisten en el mundo la situación de que las mujeres no pueden acceder a determinados puestos de trabajo, porque son discriminadas por razones de sexo, debiendo perpetuarse en los denominados trabajos "feminizados", los que como ya se señaló, son infravalorados. La importancia visionaria del Convenio N° 100, radica en que no

sólo busca que si un hombre y una mujer realicen el mismo trabajo reciban igual remuneración, sino que los hombres y las mujeres ganen lo mismo, aun desarrollando trabajos distintos. Lo anterior, se fundamenta, como ya se indicó, en que en muchos casos las mujeres no van a acceder al trabajo que tradicionalmente realizan los hombres, lo que trae como consecuencia que nunca obtendrán un mejor sueldo, por lo tanto, si se comparan trabajos “feminizados” con los realizados por los hombres, se puede establecer, en base a determinados criterios, que ambos tienen el mismo valor, por lo tanto, deben ser remunerados de la misma forma. De esta manera, se podría señalar que el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor significa que ante el mismo esfuerzo, la misma idoneidad, preparación y capacitación de ambos sexos en la realización de un trabajo, reciban la misma retribución.

Ahora bien, el Convenio N° 100 no ha definido la palabra “valor”, pero ha establecido que es necesario utilizar otros parámetros, además de las fuerzas del mercado, ya que estas últimas recogen generalmente los perjuicios y la discriminación en contra de las mujeres. Se propone que se tomen como elementos los factores relativos a la calificación, el esfuerzo, las responsabilidades, las condiciones de trabajo, los que al compararse, puede que no sean idénticos en cada uno de los factores, pero al sumarlos, al contemplarlos en su totalidad, se determine que tienen el mismo valor.

Se estima que para efectos de dar cumplimiento al Convenio, no basta la promoción de la eliminación de la discriminación salarial, sino se contempla que la remuneración sea “de igual valor”.

El Convenio no establece un método de comparación de actividades que determine qué trabajos corresponden a un mismo valor, por lo que debe tenerse en consideración que los países que ratifican el tratado internacional en comento, están condicionados a utilizar las técnicas más idóneas, para realizar una comparación objetiva, teniendo en cuenta los factores de calificación, esfuerzo, responsabilidad y condiciones laborales.

El Convenio tampoco establece límites en la evaluación, en cuanto a los empleos entre hombres y mujeres a comparar, y se promueve que ello sea lo más amplio posible, es decir, que no se trate sólo de una misma empresa o de un mismo empleador, sino que de otras también, o en distintos lugares. Ello se sustenta en que en muchos casos puede ocurrir que se comparen actividades en que generalmente trabajan mujeres, o que existe segregación por razones de sexo, por lo tanto, al no poder comparar con uno realizado por un hombre, volvería inaplicable el principio de igualdad de remuneraciones.

En cuanto al método de evaluación, se recomiendan los analíticos, puesto que éstos comparan los empleos en atención a factores objetivos: las capacidades, calificaciones, el esfuerzo, las responsabilidades, como sí

también, las condiciones de trabajo. Resulta relevante señalar además, que estos métodos en comento admiten que los factores antes señalados puedan dividirse en otros sub factores, con el objeto que los mismos consideren aspectos asociados exclusivamente a las mujeres. A modo ejemplar, se puede señalar el caso del factor esfuerzo, que los sub factores no sólo deben comprender el esfuerzo físico, sino que además, el esfuerzo mental y emocional. En el caso de la responsabilidad, los sub factores a considerar serían además de la responsabilidad financiera, la responsabilidad por los recursos humanos.

Finalmente, es necesario que cualquiera que sea el medio empleado, no se discrimine directa o indirectamente a las mujeres.

Por otra parte, cabe señalar que la determinación en la legislación de la fijación del salario mínimo, constituye una forma importante de aplicación del Convenio, por cuanto importa una disminución de la brecha en las remuneraciones entre hombres y mujeres.

3.2.2.6.- Remuneración:

El concepto de remuneración establecida en el Convenio N° 100, es amplio y comprende tanto el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, como cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagada por el empleador, directa o indirectamente al trabajador. También se refiere a otros emolumentos,

con la idea de que sea lo más vasto en su contenido. La remuneración a la que se refiere el Convenio N° 100, incluye las diferencia entre los salarios o los aumentos de los mismos por antigüedad, asignaciones o gastos de viaje, asignaciones por matrimonio, subsidio familiares, para la vivienda, entre otros⁶².

3.2.2.7.- Las causas que subyacen a la desigualdad:

En la Conferencia Internacional del Trabajo N° 101 de 2012, cuyos principales aspectos se han ido reseñando en este apartado, se pone de manifiesto que para efectos de dar cumplimiento cabal al Convenio N° 100, es necesario hacer frente a las causas que subyacen a la discriminación.

Se establecen como causas que provocan la desigualdad retributiva entre los hombres y las mujeres las siguientes:

- Segregación ocupacional horizontal y vertical de las mujeres hacia empleos u ocupaciones menos remunerados y puestos de nivel inferior sin posibilidades de ascenso, niveles de educación, formación y capacitación inferiores, menos adecuados y menos orientados hacia el empleo, responsabilidades familiares y en el hogar, supuestos costos de emplear a mujeres y estructuras salariales.

⁶² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*, Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, Ginebra, 2012, p. 308

- Estereotipos sociales que consideran que determinadas clases de trabajos son más adecuados para los hombres o para las mujeres, conducen a la desigualdad salarial por razones de sexo por un trabajo de igual valor.
- Estereotipos fundados en supuestos tradicionales relativos a los roles de género en el mercado de trabajo y en la sociedad, incluidos los referentes a las responsabilidades familiares, impulsan a las mujeres y a los hombres a seguir una educación y una formación diferentes y por consiguiente hacia empleos o carreras distintas.

Para hacer frente a las causas que subyacen la discriminación en contra de las mujeres, también son complementarios los Convenios N° 111 y Convenio sobre trabajadores con responsabilidades familiares, N° 156.

3.3.3.- Chile y el Convenio N°100 de la OIT:

Para efectos de establecer si Chile da cumplimiento al Convenio N° 100 de la OIT, es necesario conocer la evaluación que realiza la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, por lo que se reseñará cada una de las solicitudes y observaciones que éstos han formulados desde 1990 al 2013.

Solicitudes directas (CEACR) año 1990, en relación con la entrada en vigencia del nuevo Código del Trabajo, la Comisión solicita al Gobierno que

explique la forma en que se asegura la aplicación del principio de igualdad de remuneraciones entre hombre y mujeres, puesto que ya no existe norma expresa en la legislación chilena que haga referencia a la misma. Así también observa que la definición de remuneración establecida en el Código de Trabajo, es más restringida que la establecida en el Convenio N° 100. En respuesta, el Gobierno informa que en Chile no existe discriminación entre hombres y mujeres en materia de remuneraciones, a lo que razonablemente replica la Comisión, que para poder afirmar aquello, es necesario contar con una medición y técnicas objetivas, de las cuales a esa época Chile carecía.

Solicitudes directas (CEACR), año 1992, la Comisión solicita que se establezca la forma en que se garantizará en Chile la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Al respecto, el Gobierno argumenta que ello está contemplado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución y el artículo 2° del Código del Trabajo. Sin embargo, la Comisión destaca que lo anterior es sólo una consideración del principio de igualdad de trato, por lo tanto, solicita ejemplos de jurisprudencia en que se reconozca el principio del Convenio N° 100. Por otra parte, el Gobierno informa a la Comisión que en Chile rige el principio de libertad contractual, por lo tanto, las remuneraciones mayores al mínimo son fijadas de forma individual o colectiva. En relación a este último punto, la Comisión va a solicitar que se remitan los convenios colectivos que fijen niveles de salarios de diversas actividades productivas, con la

especificación de la situación de los hombres y las mujeres. El Gobierno también informa en ese año, el sistema de fijación de sueldos en los cargos públicos, (escala única de remuneraciones) Decreto con Fuerza del Ley 90 del Ministerio de Hacienda, lo que es requerido por la Comisión y solicita la especificación del porcentaje de hombres y mujeres que pertenecen a los diferentes niveles.

Solicitudes directas (CEACR), año 1994, ante la falta de jurisprudencia que diera cuenta de la aplicación del principio sustentado en el Convenio N° 100, la Comisión solicitó al Gobierno que tomara las medidas necesarias tendientes a dar cuenta de la aplicación de dicho Tratado. Se reitera la solicitud de la presentación de los convenios colectivos, y del Decreto con Fuerza de Ley 90 del Ministerio de Hacienda. La Comisión requiere al Gobierno que informe datos estadísticos sobre las tasas de salarios percibidos por hombres y mujeres, desgregados por profesión, rama de producción, antigüedad, nivel de calificación, indicando en cada uno, el porcentaje que corresponde a las mujeres.

Solicitudes directas (CEACR), año 1997, es la primera vez que el Gobierno presenta ante la Comisión un estudio estadístico, el que es efectuado por el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), que da cuenta de la brecha existente en las remuneraciones que percibe los hombres en relación al de las mujeres. Esta muestra describe que las mujeres reciben una remuneración

menor en casi todas las ramas de la actividad económica y en el caso de la industria y finanzas sólo supera el 50% del ingreso masculino, siendo éstas las ramas en que había crecido más el empleo femenino. Este informe denominado “Diferencias de ingresos de mujeres y hombres en Chile: 1992-1993”, en sus conclusiones muestra la misma situación que acontece en el mundo: por una parte existe una marcada diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres y por otra, que ello se basa en causas subyacentes que en general son meramente discriminatorias.

Solicitudes directas (CEACR), año 1998, se confirma la constante mundial respecto a la discriminación por razones de sexo en la retribución: existiendo diferencias entre los ingresos de los hombres y las mujeres en Chile; que ellas ganan menos que los hombres, y la brecha es mayor cuando la edad de la trabajadora es mayor. En el caso de los cargos técnicos y profesionales, cargos directivos o de supervisión, las mujeres ganaban la mitad o incluso menos, en porcentaje que un hombre en dichos cargos. Por otra parte, se observa que la jurisprudencia presentada por el Gobierno, no hace referencia al principio que instaura el Convenio N° 100, sino que al de Igualdad ante la ley. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión señala la necesidad de que se prescriba legalmente el principio inspirador del Convenio.

Solicitudes directas (CEACR), año 2001, se analizan los datos estadísticos que el Gobierno ha presentado, que dan cuenta que es mayor el

porcentaje de mujeres que ganan entre uno y dos salarios mínimos. Se destaca la labor del SERNAM en esta etapa, por cuanto es dicho organismo el que solicita al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), que desglose la encuesta de remuneraciones y el costo de la mano de obra por sexo. En la medida que los estudios arrojan cifras que hacen cada vez más patente la desigualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, la Comisión solicita al Gobierno informar las medidas que ha adoptado para promover el Convenio N° 100, debiendo especificar aquellas que tienen por objeto reducir la disparidad y las que aseguren que las mujeres accedan a puestos de trabajo de mayor responsabilidad, decisión y remuneración. Por otra parte, se solicita al Gobierno que informe las medidas destinadas a evitar que las mujeres en Chile sólo continúen trabajando en las áreas que tradicionalmente se han desempeñado, en el entendido que no acceden a otras, por discriminación. Finalmente, se insta por la regulación legal del principio, por la instauración de medidas de promoción y de las que lo garanticen, incluyendo la difusión de información sobre los derechos de los trabajadores.

Solicitudes directas (CEACR), años 2003 y 2005, se actualizan los datos respecto de la brecha que se mantiene entre las remuneraciones obtenidas por los hombres y las mujeres. La Comisión indica que la modificación del Código del Trabajo de los artículos 2° y 5°, introducida por la Ley 19.759 de 2001, se vincula más al Convenio N° 111, sobre la

discriminación en el empleo y la ocupación, y se considera que sólo indirectamente contribuye a la aplicación de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, por lo que no sería suficiente. La Comisión, reitera la solicitud de información de los medios que garantizan que los convenios colectivos recojan el principio del Convenio N° 100 y el envío de información acerca de la colaboración de las organizaciones de empleadores y trabajadores en la difusión del principio en comento.

Solicitudes directas (CEACR), año 2006, la Comisión insta a que se contemple en la legislación derechamente el principio de igualdad de remuneraciones, a lo cual el Gobierno se compromete a tomar las medidas necesarias para su inclusión en la legislación chilena. Por otra parte, se requiere que el Gobierno y las organizaciones de trabajadores y empleadores promuevan y desarrollen métodos de evaluación objetiva de los trabajos para que se aplique el principio de igual remuneración entre hombres y mujeres por trabajos de igual valor.

Solicitudes directas (CEACR), año 2008, mediante el estudio “Perfil de las Trabajadoras en Chile” de 2007, se da cuenta de un mayor crecimiento en el ingreso de las mujeres, en promedio en relación a los hombres, obteniendo una disminución de la brecha salarial en general. Sin embargo, si las personas tienen mayor nivel de educación, son los hombres los que reciben mayor salario. Respecto a este último caso la Comisión solicita información de las

medidas adoptadas para superar la brecha. El Gobierno presenta el Código de Buenas Prácticas Laborales y No Discriminación para la Administración del Estado y la Guía de Buenas Prácticas Laborales sobre no Discriminación en la Empresa, las que tienen aplicación en el sector público y privado respectivamente. La Comisión señala que en dichas guías, si bien no se contempla expresamente el principio del Convenio N° 100, promueve su cumplimiento, por lo que se solicita que se evalúe su impacto en el país. También se presenta el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo, en el artículo 2°, con el objeto de que se resguarde el derecho a la igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres.

Observación (CEACR), año 2010, el Gobierno da conocer la modificación que introduce la Ley 20.348, al Código del Trabajo, agregando el artículo 62 bis, que regula el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen el mismo trabajo. La Comisión observa que la modificación legal, no se refiere a trabajos “igual valor”, sino que “del mismo trabajo”, por lo tanto, insta a que se adopten las medidas para que se dé cumplimiento en el sentido previsto en el Convenio N° 100.

Solicitudes directas (CEACR), año 2010, la Comisión hace presente que los estudios estadísticos del INE no han hecho la diferenciación por sexo. Asimismo, que la brecha mayor respecto a las remuneraciones, se encuentra entre los 25 y 54 años respecto a las mujeres. Se solicita que se elabore

información más amplia sobre los indicadores relativos al nivel de empleabilidad de las mujeres y a la calidad de los trabajos.

Observación (CEACR), año 2011, la Comisión insiste que el artículo 62 bis agregado al Código del Trabajo, al contemplar “igual trabajo” y no trabajo de “igual valor”, no está dando cuenta del contenido del Convenio N° 100, por lo que el Gobierno justifica que ello se debe a que en Chile, el mercado laboral está fuertemente segregado por sexo, y que en la discusión parlamentaria no hubo consenso en aplicar la terminología “igual valor” por cuanto su significado no es claro. Al respecto, la Comisión señaló enfáticamente que la norma con esa redacción, no sólo no cumple con el estándar previsto por el Convenio, sino que con ello facilita el incremento de la segregación ocupacional por razones de sexo y que la brecha se mantenga, por cuanto afianza la existencia de trabajos “feminizados”, los que son subvalorados. Con la estimación del trabajo de “igual valor”, se busca tener un amplio marco de comparación. En consecuencia, la Comisión solicita al Gobierno la revisión del artículo 62 bis del Código del Trabajo, con el objeto de que garantice la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres no sólo por el mismo trabajo, sino por uno de igual valor.

Solicitudes directas (CEACR), año 2011, el Gobierno informa la actualización del sistema de monitoreo que tiene por objeto dar cuenta, entre otros aspectos, del seguimiento de los salarios promedios y del salario mínimo. Así también, se informa sobre el programa IGUALA, aplicado al sector minero,

con el objeto de eliminar los estereotipos sexistas que subyacen en dicho rubro, promoviendo la integración de las mujeres y que ellas también ocupen cargos de responsabilidad. Por otra parte, se informó respecto del contenido del Dictamen 1187/018 de 2010, de la Dirección del Trabajo, el que define lo que debe entenderse por “características técnicas esenciales de los cargos” previsto en la Ley 20.348. Al respecto, la Comisión solicita que se indique la forma en que se garantizará que la descripción de los cargos será objetivo y exento de consideraciones sexistas.

Solicitudes directas (CEACR), año 2012, el Gobierno informa la aplicación del Programa de Buenas Prácticas Laborales con Equidad de Género, cuyo objetivo es la promoción de las buenas prácticas laborales, la participación femenina en el trabajo, la conciliación de la vida familiar con la laboral. También informa que ha celebrado convenios con las más importantes organizaciones gremiales de empleadores, empresarios y comerciantes, respecto a la aplicación del programa ya apuntado. También informa que se ha creado una norma de certificación NC3262-2012, la que tiene por objeto la entrega del sello IGUALA-CONCILIACIÓN a las empresas que cumplan con los estándares de equidad de género, conciliación de la vida laboral y familiar, y respeto a la igualdad de remuneraciones. En cuanto a la evaluación de los empleos, la Comisión insta a que se informe de las medidas que, en colaboración con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, se

realicen mediciones objetivas de los empleos aun cuando se trate de empresas con menos de 200 trabajadores.

En consecuencia, se puede apreciar que la aplicación del principio de igualdad de remuneraciones en Chile ha ido desarrollándose, en una primera etapa, visualizando la problemática, puesto que al comienzo, al no contar con los estudios y datos estadísticos sobre los ingresos por sexo, se creía que no existía tal discriminación. Luego, en la actualidad, Chile reconoce la existencia de la brecha en la remuneración entre hombres y mujeres y adopta, entre otras medidas destinadas su eliminación, la dictación de la Ley 20.348. Sin embargo, la modificación introducida por la ley en comento al Código del Trabajo, no prescribe con exactitud lo previsto en el Convenio N° 100, según lo evaluado por la Comisión, por cuanto no establece igualdad de remuneraciones por un trabajo de “igual valor”, sino que por un “igual trabajo”. Cabe destacar que ésta observación realizada por la Comisión no es menor, puesto que, como se indicó al desarrollar los alcances del tratado de la OIT, la igualdad de remuneraciones por un trabajo del “mismo valor” es uno de sus fundamentos. Con todo, para efectos de dar cumplimiento al Convenio N° 100, no sólo es necesario prescribir el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, sino que se deben implementar más medidas de promoción y que garanticen su respeto, atacando, por ejemplo, las causas que subyacen a dicha discriminación, mediante políticas públicas efectivas.

4.- DERECHO COMPARADO:

Se analizarán la legislación de España y Francia, en relación al principio de igualdad de remuneraciones, por cuanto han sido las referidas y consideradas en la discusión de Ley 20.348, según da cuenta la historia fidedigna de su establecimiento⁶³.

4.1.- España:

En el año 2007, entró en vigencia la “Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. Dicho texto normativo regula una serie de materias en que se producen diferencias de trato entre los sexos: salud, educación, trabajo, vida familiar, entre otros.

4.1.1.- Ley Orgánica 3/2007, en materia laboral:

En el ámbito laboral, la Ley Orgánica N° 3/2007, se hace cargo del conflicto entre la libertad contractual y la protección del derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres, estableciendo en el artículo 5°, el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, el que corresponde tanto al empleo privado como al público. Así también, garantiza los derechos que derivan de dichos principios: en el acceso al empleo, abarcando el trabajo por cuenta propia, y en todo el *iter*

⁶³ 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] www.bcn.cl. [18 de julio de 2013]

contractual, es decir, en la formación y promoción profesional, en las condiciones de trabajo, con inclusión de las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

a) Conductas discriminatorias:

En la misma ley, se señalan las conductas que se consideran discriminatorias, prescribiendo los conceptos de discriminación directa e indirecta, los que se plasman de forma genérica, con el objeto de abarcar la mayor cantidad de situaciones de discriminación. Asimismo, refuerza dicho contenido, prescribiendo un catálogo de situaciones abiertamente discriminatorias, como sucede cuando se fundamenta en el hecho del embarazo y maternidad.

b) Efectos y fiscalización de los actos discriminatorios:

En cuanto a los efectos que proceden de las cláusulas o actos discriminatorios por razones de sexo, el artículo 10 de la Ley, prescribe que “*se consideran nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones*”.

En cuanto a su fiscalización, la ley establece que el control del cumplimiento de la normativa en comento, corresponde a la Inspección del Trabajo y Seguridad Social.

c) Garantías procesales:

Para efectos de dar protección debida a los derechos regulados por la Ley Orgánica, se modifican varios cuerpos normativos, como lo son la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley sobre la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa y la Ley Procesal Laboral, en las que se introducen garantías procesales, siendo las más importantes las siguientes:

- Titulares de la acción de tutela del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres: no sólo al trabajador, no sólo durante la vigencia del contrato de trabajo, sino también, son titulares: los sindicatos y asociaciones constituidas para la defensa de la igualdad de trato, que tienen derecho de acción respecto a sus representados, los organismos públicos que tengan competencia en la defensa de interés difuso. También se puede hacer valer las acciones una vez terminado el contrato de trabajo.
- Se invierte la carga de la prueba: por cuanto es el demandado el que debe probar la ausencia de discriminación en las medidas que fueron adoptadas y acreditar su proporcionalidad.

d) Normas relativas al sector privado:

El artículo 45 de la Ley Orgánica prescribe que las empresas tienen como obligación el respeto a la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, para ello deberán adoptar medidas tendientes a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, *“medidas que deberán negociar, y en su caso, acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”*. Así también prescribe el llamado “Plan de Igualdad”.

Los planes de igualdad, están definidos en la propia ley, en el artículo 46, y se pueden describir como un conjunto de medidas que debe adoptar el empleador, luego de realizar una evaluación de la situación existente en la empresa, con el objeto de que en ella se alcance la igualdad de trato y de oportunidades entre ambos sexos, como la eliminación de toda discriminación en ese sentido.

La normativa, hace exigible estos planes de igualdad, en los casos en que las empresas cuenten con más de 250 trabajadores, cuando el convenio colectivo establezca esa obligación o se haya sustituido la aplicación de una sanción accesoria, por la autoridad competente, a una empresa por la elaboración de estos planes.

La Ley Orgánica, también prescribe una serie de incentivos para su aplicación siendo estos: el otorgamiento de un distintivo a las empresas que se destaquen en la promoción y protección de las políticas de igualdad de trato; accesos a subvenciones y contratos con la Administración del Estado.

En cuanto a las sanciones a las infracciones a la Ley en comento, se destacan la nulidad del despido motivado por alguna de las causales de discriminación prohibidas por la Constitución o las leyes. Por otra parte, se puede solicitar vía judicial, la correspondiente indemnización de los perjuicios derivados del acto discriminatorio. Se añaden como sanciones, la pérdida o exclusión por seis meses, para el empresario, de beneficios otorgados por el Estado derivados de programas de empleo.

e) Normativa relativa al sector público:

El artículo 51 de la Ley Orgánica, prescribe los criterios de actuación de la Administración Pública, estableciendo que debe contemplar medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta por razón de sexo, obligando a los organismos públicos a que anualmente remitan información a los Ministerios del Trabajo y Asuntos Sociales y Administraciones Públicas, sobre la forma en que efectivamente están aplicando los principios de igualdad, segregados por sexo.

El plan de Igualdad, para el sector público es obligatorio y es el Gobierno el órgano que debe aprobarlo, y se elabora en la negociación con el sector de trabajadores, el que debe contener las medidas y estrategias para alcanzar la igualdad de trato y el cumplimiento de dicho plan es calificado por el Consejo de Ministros.

f) Promoción institucional del principio de igualdad:

La misma Ley Orgánica, crea una serie de órganos públicos destinados a velar por el cumplimiento de la ésta, a saber, Comisión Interministerial de Igualdad entre Hombres y Mujeres, Unidades de Igualdad y Consejo de participación de la mujer.

g) Sobre el principio de Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor:

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores que prescribe la igualdad de remuneración por razón de sexo y dispone que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, sin distinción de la naturaleza de la misma, salarial o extra salarial, *“sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla.”* Por lo tanto, en España se encuentra regulado expresamente y en los términos expresados en el Convenio N° 100, el

principio de igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007, es una forma que incluye su promoción y establece mecanismos de protección de ese principio, conjuntamente con otros.

4.2.- Francia:

En el año 2006, en Francia se aprueba la Ley de Igualdad Salarial, la que introduce una serie de modificaciones al Código del Trabajo de ese país.

En el artículo L. 122-45, se regula expresamente el principio de igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres al prescribir que el empleador debe garantizar la igualdad de remuneraciones entre los trabajadores que se encuentren en una situación idéntica.

a) Importancia de la negociación colectiva en el cumplimiento del principio.

La regulación francesa, establece la obligación de negociar sobre salarios efectivos y la programación de las medidas que tengan por objeto eliminar las diferencias en las remuneraciones entre hombres y mujeres, la que se informa a la autoridad administrativa, mediante un instrumento que tiene la obligación de confeccionar el empleador.

Asimismo, se establece que si el empresario en el plazo de un año contado desde la promulgación de la ley, no da inicio a las negociaciones colectivas, serán los sindicatos los que la podrán iniciar.

También la Ley de Igualdad Salarial, prescribe la sanción de la imposibilidad del depósito ante la autoridad administrativa de los acuerdos colectivos de la empresa en materia salarial, si no se ha recogido las propuestas de las partes referidas a las diferencias de salarios entre hombres y mujeres.

Además, la Ley de Igualdad francesa, estableció como objetivo obligatorio la supresión de toda diferencia retributiva en la negociación colectiva, estableciendo el plazo de cinco años, para que ello se regularizara.

De la revisión de los principales aspectos de la regulación en el derecho comparado del principio de igualdad de remuneraciones, cabe señalar que en las legislaciones citadas existe una mayor conciencia de la situación discriminatoria que sufren las mujeres en los diversos ámbitos, como en el laboral, por lo que no establecen obstáculos para introducir el Convenio N° 100, en sus mismos términos.

En España, se abordan todas las situaciones en que la mujer sufre discriminación y se establece mecanismos de conciliación respecto a la maternidad y el cuidado de los hijos, haciéndose cargo también, de las causas

que subyacen a la discriminación. En el caso francés, incluso se establece un plazo para regularizar todas las diferencias en las retribuciones entre hombres y mujeres, con lo que se demuestra un abierto reconocimiento a que la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

CAPÍTULO III: SOBRE LA LEY 20.348 QUE RESGUARDA EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES POR EL MISMO TRABAJO.

En este capítulo se desarrollarán los ámbitos más importantes de la Ley 20.348, que modificó el Código del Trabajo, introduciendo el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un mismo trabajo, comprendiendo aspectos relevantes de la historia fidedigna de su establecimiento, las consecuencias prácticas de su aplicación, las obligaciones de los empleadores previstas en la ley y los incentivos para su cumplimiento, incluyendo un análisis crítico de dichas modificaciones, para finalmente, referirse a la aplicación de la misma en el sector público.

1.- ANÁLISIS DE LA LEY 20.348.

1.1.- Antecedentes que dan origen a la necesidad de legislar:

Se pueden considerar como presupuestos que contribuyeron a la necesidad de aprobar la Ley 20.348, sobre igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por igual trabajo, los siguientes:

- a) La existencia y mantenimiento de la brecha salarial entre hombres y mujeres.

De los datos aportados de la Encuesta CASEN⁶⁴ de los años 1990 al 2003, que analizaron, entre otras, la proporción relativa del ingreso mensual promedio de la ocupación principal de las mujeres respecto a los hombres: según quintil de ingreso, lo que se obtuvo es que las mujeres con mayor nivel de educación formal ganan el 49,8% del ingreso masculino. Según nivel educacional, las mujeres con 13 o más años de educación obtienen sólo el 54% del sueldo de los hombres. Según la ocupación, se confirma la tendencia de que las mujeres ganan menos que los hombres, puesto que ellas perciben el 39,6% del sueldo masculino. De lo anterior, resulta evidente la existencia de una brecha de los ingresos del trabajo entre hombres y mujeres significativa: “Mientras la proporción del ingreso por hora promedio de la ocupación principal de las mujeres llegó en el año 2003 a un 80,5% del ingreso de los hombres, si consideramos el ingreso promedio mensual, la cifra desciende a un 67,4%.”⁶⁵ También puede sostenerse que cuando es mayor el nivel de ingreso familiar, aumenta la brecha entre las remuneraciones de los hombres y las mujeres. Además, se explica que el menor ingreso femenino está relacionado también con la duración de la jornada de trabajo, siendo las mujeres más pobres, las que no pueden acceder a empleos de jornada completa. Asimismo, en el caso

⁶⁴ 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] www.bcn.cl. [18 de julio de 2013]

⁶⁵ *Ibíd.*

de los trabajadores que ocupan posiciones de mayor prestigio social, la retribución también es mayor para los hombres.

b) Que la modificación al artículo 2° del Código del Trabajo, resultó insuficiente para resguardar el derecho a la igualdad retributiva.

El reconocimiento de la prohibición de discriminación en materia laboral, prevista en el artículo 2° del Código del Trabajo, no resultó ser suficiente para entender garantizado el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Asimismo, no se reguló un procedimiento administrativo ni judicial específico por el cual las trabajadoras pudieran alegar la desigualdad, lo que trae como consecuencia, la carencia de una eficaz protección de dicho derecho.

c) Necesidad de dar cumplimiento al Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo.

Si bien, la adopción del Convenio N° 100 de la OIT, no prescribe la obligación de los Estados contratantes de regular, mediante una norma expresa, la protección del principio de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres, como ya se señaló en el capítulo anterior, a Chile en reiteradas ocasiones, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha formulado solicitudes y observaciones con la finalidad que nuestro país acredite la forma en que promueve y aplica dicho Convenio.

1.2.- Comentarios de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.348.

La moción parlamentaria de la Ley 20.348, correspondió a los diputados/as Pedro Araya G., Gabriel Ascencio M., Eduardo Díaz D., Jaime Mulet M., Sergio Ojeda U., Carlos Olivares Z., Jorge Sabag V., Alejandra Sepúlveda O., Mario Venegas C. y Patricio Walter P., de fecha 19 de julio, 2006, la que consistió sólo en agregar el nuevo artículo 62 bis al Código del Trabajo en los siguientes términos:

“Artículo 62 bis.- En materia de remuneraciones deberá aplicarse el principio de igualdad entre el trabajo masculino y femenino por un servicio de igual valor.

Para estos efectos, todo empleador con cinco o más trabajadores deberá mantener un registro escrito que consigne los diversos cargos o funciones ejercidos por sus trabajadores, designando el número de personas que los desempeñan y señalando los nombres de quienes actualmente los ejercen. Este registro estará a disposición de cualquiera de sus trabajadores y del inspector del trabajo competente.’⁶⁶

Si se toma en consideración lo ya señalado sobre los requerimientos del Convenio N° 100 de la OIT, la moción se refería efectivamente al derecho a la

⁶⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit. p. 5

igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor.

Por otra parte, la introducción del registro de cargos y funciones se justifica en el sentido que puede ser de conocimiento, tanto de los trabajadores como del órgano fiscalizador, con lo que es posible asegurar la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por una labor de igual valor, puesto que las trabajadoras tienen acceso a esa información, sin obstáculos y pueden reclamar en el caso de contravención.

Asimismo, como la normativa tenía por objeto ser aplicada a los empleadores que tuvieran 5 o más trabajadores, comprendería gran parte de las empresas que existen en Chile.

Sin embargo, el proyecto de ley quedó redactado en otros términos, justificándose ello, por los siguientes argumentos:

- a) Se reconoce el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, pero por igual trabajo y no por el mismo valor. En la discusión parlamentaria se determinó que el contenido de los términos “igual valor” no es claro y por lo mismo de difícil aplicación, por lo que se acordó la fórmula “mismo trabajo”.
- b) Se complementa la norma estableciendo los casos en que se pueden discriminar en la retribución no siendo arbitrario, ello fundado en la

capacidad, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, acorde con la CPR y el Código del Trabajo, referidos a la discriminación arbitraria.

- c) Se entiende como una carga más que deberían soportar los pequeños y medianos empresarios, la obligación de realizar un registro de cargos y funciones, por cuanto, “limitará considerablemente la utilización del recurso humano”⁶⁷ ya que sus empleados generalmente realizan múltiples tareas. Además, el hecho de clasificarlos en ciertas labores implicaría que los mismos trabajadores podrían oponerse a realizar otras actividades necesarias en la empresa, lo que conllevaría a conflictos e incumplimiento de otras normas laborales. Por lo antes indicado, se determinó que la obligación de registro de cargos y funciones corresponde sólo a empresas en que se desempeñan 200 o más trabajadores.
- d) Se establece que para el resguardo efectivo del derecho a la igualdad en comento, se prescriban instancias de reclamación en la misma empresa, en sede administrativa y en los Tribunales laborales mediante el procedimiento de tutela laboral, insertándolo en la nueva justicia laboral.
- e) Se creó un incentivo para los empleadores que acojan el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, el que consiste en

⁶⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit. p. 49

la rebaja de un 10% adicional de las multas que les aplique la Dirección del Trabajo.

1.3.- Ámbito de aplicación de Ley 20.348:

La normativa que regula la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, modifica tanto el Código del Trabajo, como el Estatuto Administrativo, por lo tanto su ámbito de protección corresponde a:

- a) Trabajadoras y trabajadores regidos por el Código del Trabajo.
- b) Funcionarios y funcionarias a contrata regidos por el Estatuto Administrativo.

2.- CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 20.348.

2.1.- Estipulación del principio de igualdad de las remuneraciones y la aplicación del procedimiento de tutela laboral.

Del análisis de las disposiciones de la Ley 20.348, que modifican el Código del Trabajo, podemos señalar que su mayor importancia se encuentra en:

- a) Reconocimiento del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.**

El artículo 1°, N° 1 de la Ley 20.348, establece que se agrega el artículo 62 bis al Código del Trabajo, que prescribe en su inciso primero "*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.”

Con ello, se da un reconocimiento legal y expreso al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por igual trabajo. Sin embargo, como se apreció en la discusión parlamentaria, no hubo consenso en que su redacción se estipulara en los términos el Convenio N° 100 de la OIT, respecto al empleo de “igual valor”.

También se establece que no serán consideradas como discriminatorias o un atentado a este principio cuando la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres, tenga como fundamento consideraciones objetivas basadas en la capacidad (aptitud, talento o la cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo)⁶⁸, calificaciones (apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o algo)⁶⁹, idoneidad (adecuado y apropiado para

⁶⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. “Diccionario Español”. [En línea] www.rae.es [consulta 5 de noviembre de 2013]

⁶⁹ *Ídem.*

algo),⁷⁰ responsabilidad (que pone cuidado y atención en lo que hace o decide)⁷¹ o productividad (que es útil y provechoso).⁷²

b) Aplicación del procedimiento de tutela laboral:

En el nuevo artículo 62 bis que la Ley introduce, en su inciso segundo establece, que *“Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6º del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa.”* En virtud a lo antes expuesto, el sometimiento al procedimiento de tutela laboral ante la vulneración de dicho principio, reconoce que su característica de derecho fundamental y queda amparado por las garantías que se establecen en dicho procedimiento.

2.2.- Obligaciones de los empleadores establecidas por la Ley 20.348:

La Ley 20.348, con el objeto de que los empleadores den cumplimiento al derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, ha establecido las siguientes obligaciones: a) Incorporación en el Reglamento

⁷⁰ REAL ACADEMÍA, op. cit. p. 94

⁷¹ *Ídem*

⁷² *Ídem*

Interno de Higiene y Seguridad un procedimiento de reclamo por desigualdad, y
b) Registro de cargos y funciones, los que se expondrán a continuación.

2.2.1.- Incorporación en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad un procedimiento de reclamo por desigualdad:

El nuevo N° 13 del artículo 154 del Código del Trabajo, fue incorporado por la Ley 20.348, estableciendo que *“El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador”*.

Por lo tanto, en las empresas de 10 o más trabajadores deben incorporar a su Reglamento Interno de Higiene y Seguridad un procedimiento para la interposición de reclamos de sus trabajadores cuando exista vulneración del principio de igualdad de remuneraciones.

2.2.2.- Registro de cargos y funciones:

Otra de las obligaciones impuestas por la Ley 20.348, se refiere a que en las empresas que empleen a 200 o más trabajadores, deben incluir un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.

Al respecto, cabe señalar que el Dictamen de la Dirección del Trabajo, ORD. N° 1187/018 de 10 de marzo de 2010, estableció el sentido y alcance de las expresiones “características técnicas esenciales”, señalando que son “aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a realizar y permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda ejecutar en la empresa”, por lo tanto, la descripción no debería tener un carácter genérico o uno tan exacto que no permita la comparación con otro.

En virtud a lo previsto en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.348, consta en el debate que esta norma persigue generar un parámetro más o menos objetivo para evaluar las características de los distintos cargos y funciones que se desempeñan en las empresas.

2.3.- Incentivos en la aplicación o cumplimiento del principio de igualdad de las remuneraciones (actualmente derogado):

En el artículo 1° N° 3 de la Ley 20.348, prescribió agregar al artículo 511 del Código del Trabajo - hoy modificado por la Ley 20.416 - un inciso final que disponía *"Los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, podrán solicitar la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes,*

en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales".

El incentivo que había sido incorporado por la Ley 20.348, tenía como finalidad reconocer las buenas prácticas laborales y permitir una rebaja adicional de un 10% del monto de las multas impuestas al empleador, cuando no se presenten diferencias arbitrarias en las remuneraciones entre hombres y mujeres. Dicho beneficio, en todo caso, no podría ser solicitado por el empleador cuando la materia por la cual se le sanciona corresponde a prácticas antisindicales o por la infracción los derechos fundamentales.

Sin embargo, el artículo 511 del Código del Trabajo, entre otros, fue modificado por la Ley 20.416, la que entró en vigencia el 3 de marzo de 2010, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

Es necesario tener presente que el incentivo que plateaba la Ley 20.348, no fue considerado en la discusión parlamentaria de la Ley 20.416, por cuanto al establecer el nuevo contenido del artículo 511, no se deliberó en el sentido de advertir que con ello se estaba eliminando el precepto agregado por la ley que resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

Esta situación conlleva dos importantes consecuencias: la primera dice relación con el hecho de que al modificar el artículo 511 del Código del Trabajo

y no trasladar el contenido que fue añadido por la Ley 20.348 a otro precepto legal, dicha disposición ha quedado derogada tácitamente. En segundo lugar, el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres reconocido en la ley en comento, carece hoy del incentivo que el Poder Ejecutivo tuvo en consideración como una forma de su promoción para el logro de la misma.

2.4.- Análisis crítico de las modificaciones introducidas por la Ley 20.348 al Código del Trabajo:

En el presente capítulo se ha analizado la modificación a la Ley 20.438, abordando los fundamentos de la moción parlamentaria y las consecuencias prácticas de su aplicación. Corresponde, por lo tanto, detenerse más que en la evaluación que se ha formulado⁷³ a la ley, en un análisis crítico de estas disposiciones.

a) Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por igual trabajo, como derecho fundamental y su exigibilidad:

Una de las misiones que tuvo el hecho de legislar sobre la materia en análisis fue la de reforzar el principio de no discriminación por razones de sexo, prevista en el artículo 2° del Código del Trabajo. Por lo tanto, si se prescribe

⁷³Véase: DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN DE LA LEY CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, “Evaluación de la Ley N° 20.348, Resguarda el Derecho a la Igualdad de Remuneraciones”, Cámara de Diputados de Chile, Chile, Junio 2013.

como derecho fundamental la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por el mismo trabajo y los estudios estadísticos dan cuenta de que la desigualdad retributiva es una realidad en Chile, la normativa debió contemplar una fórmula de regularización de la infracción, por ejemplo, ordenando que todas las empresas evaluaran su situación, concediendo un plazo para que procedieran a la igualación en los casos en que no se observara el principio retributivo y estableciendo sanciones, en el caso de incumplimiento. Lo antes señalado, se justifica en la medida que la modificación legal sólo contempla un control *ex post* vía reclamación, por lo que el empleador siempre podrá eludir su cumplimiento.

b) Acceso a la información de la remuneración de los demás trabajadores.

Resulta paradójico que una normativa establecida en favor de la eliminación de la discriminación en contra de las mujeres, haya previsto un sistema de reclamación por desigualdad salarial que contiene barreras para su alegación, desde su inicio. Justamente, el elemento básico que permite la reclamación por infracción al principio de igualdad de remuneraciones será el conocimiento de ser víctima de la discriminación en la retribución. Por lo tanto, el problema surge cuando no existen medios que permitan a la trabajadora acceder a conocer el monto de la remuneración de otros trabajadores que desempeñan la misma labor. Esta situación, estaba sólo en parte resuelta en la

redacción original del artículo 62 bis, por cuanto imponían al empleador confeccionar un registro de cargos y funciones que incorporaba el nombre de los empleados que se desempeñan en cada uno, teniendo acceso a ese instrumento tanto a los trabajadores como a la Dirección del Trabajo, con lo que por lo menos permitía a la trabajadora saber qué empleados realizan la misma labor. Sin embargo, no establecía un mecanismo para conocer el monto del sueldo del trabajador y constatar la existencia de la desigualdad.

La Ley 20.348, expresa la necesidad de fundar el reclamo por desigualdad en la retribución, sin embargo ello está dificultado por la siguiente situación:

Primero, formalmente las trabajadoras no pueden saber qué personas cumplen las mismas funciones que ellas, por cuanto por una parte, generalmente no cuentan con acceso a la nómina de trabajadores y por otra, tampoco es obligación que ese listado se encuentre asociado a una función o cargo. Por lo tanto, la información no se encuentra a disposición de los trabajadores, quedando sólo la alternativa de que la misma sea solicitada al empleador, que será el único que puede proporcionarla y teniendo el carácter de fidedigna. No obstante, el empleador no se encuentra obligado a poner en conocimiento de la trabajadora la información sobre las personas que desempeñan el mismo cargo que ella, por lo que ni siquiera tendría acceso a

conocer si se vulnera su derecho a igual remuneración, porque no sabe con quién comparar su remuneración.

Segundo, en el caso que la trabajadora sepa que su par masculino realiza la misma función que le ha sido asignada, necesitará saber si él recibe un sueldo superior al de ella sin una causa que lo justifique. Nuevamente no podrá conocer esa información en términos formales, sino es solicitándosela a su empleador, él que puede negarla por cuanto la ley no le ha impuesto esa exigencia. Con todo, la trabajadora podría indagar con sus pares, el monto del sueldo de los trabajadores de la empresa, pero dicha información no sería fidedigna, o a lo menos, no oficial, lo que trae como consecuencia no poder fundar su reclamación por desigualdad.

Tercero, a mayor abundamiento, la necesidad de comparación que requiere la reclamación, indirectamente puede afectar al trabajador con el que se realizará la igualación, generando una situación conflictiva, por lo que éste no estará dispuesto a proporcionar dicha información.

De lo anterior, se puede concluir que la trabajadora sólo puede “creer” afectado su derecho a la igualdad de remuneraciones y si realiza su reclamación, ésta será en base a supuestos que ni siquiera podrían ser considerados indicios, lo que trae como consecuencia, no sólo la privación de

un medio de prueba, sino que la acción de reclamación sea declarada inadmisibile por carecer del antecedente fundante.

Conforme a la dificultad ya expuesta, si no resulta obligatorio para las empresas poner en conocimiento de sus empleados los cargos que desempeñarían los trabajadores y las remuneraciones que pagan en forma total o sólo respecto de ciertos trabajadores, en la mayor parte de los casos, no podría fundarse la acción de reclamación por desigualdad.

Por ello, se propone una fórmula más sencilla, esto es, que antes de iniciar cualquier procedimiento de reclamación, la ley establezca una instancia de consulta al interior de la empresa. Esto es, que la supuesta afectada por la discriminación salarial, formule una consulta a su empleador respecto a si obtiene una remuneración mayor, menor o igual a la que reciben los trabajadores que realizan las mismas funciones, sin la necesidad de que ella deba indicar el trabajador que supuestamente debe compararse (porque sería la empresa la que debe mantener el registro de cargos y funciones), debiendo sólo verificar con la nómina respectiva, si existen trabajadores que realizan la misma función y su remuneración. La respuesta del empresario debería ser por escrito, pudiendo señalar que la trabajadora gana lo mismo que los trabajadores que realizan la misma labor. También podría señalar que, si bien realiza el mismo trabajo que su par masculino, éste último recibe una mayor retribución justificando en las características que la ley no considera discriminatorias

(capacidad, idoneidad, etc.) y ello debidamente fundado. Otra respuesta que el empleador podría ofrecer sería la de argumentar la diferencia en otros elementos no admitidos o meramente discriminatorio. Finalmente, podría ocurrir que no diera respuesta a la consulta. En el caso que el empleador se situase en los dos últimos supuestos, o que señalando que justifica la diferenciación de retribución en las causales legales, ello no fuera efectivo o a lo menos discutible, procedería dar inicio a cualquiera de los procedimientos de reclamación establecidos por la Ley 20.348, por cuanto existiría un documento que serviría de fundamento para su reclamación, o constituiría a lo menos un indicio.

c) Sobre el registro de cargos y funciones:

Inicialmente el registro de cargos y funciones tenía como objetivo que se catalogaran las distintas funciones que se realizan al interior de la empresa. Junto con ello, se debía señalar los nombres de las personas que se encontrarían ocupando dichos cargos. Al contar con dicho instrumento, la trabajadora podría saber qué trabajadores realizaban el mismo trabajo y por lo tanto reclamar de desigualdad si ese fuera el caso.

Sin embargo, la norma que fue aprobada por el Congreso contempla sólo la obligación del registro de cargos y funciones. Si se toma en cuenta lo que la Dirección del Trabajo estableció como “características técnicas esenciales”, da

la impresión que obedece más a la configuración del concepto de trabajo de igual valor (que contemplaba el texto original del proyecto de ley), puesto que no se entiende la pertinencia del registro, si no se sabe qué trabajador cumple tal o cual función. Por lo tanto, la necesidad de contar con un registro de cargos y funciones, que no sea tan general, ni muy específico, podría entenderse como un resabio de la idea inicial que se tuvo en cuenta al legislar sobre el principio fundamental de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, esto es, establecer trabajos de igual valor. Lo anterior, podría sentar las bases para que la ley prescriba en lo futuro el principio según el Convenio N° 100, puesto que las empresas ya contarían con un instrumento que les permita determinar cuáles son los trabajos que representan el mismo valor.

3.- APLICACIÓN DE LA LEY 20.348, EN EL SECTOR PÚBLICO:

La Ley 20.348, en su artículo 2°, estableció que en el artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834 siendo este el Estatuto Administrativo, agrega el siguiente inciso cuarto "*En los empleos a contrata la asignación a un grado será de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y con la capacidad, calificación e idoneidad personal de quien sirva dicho cargo y, en consecuencia, les corresponderá el sueldo y demás remuneraciones de ese grado, excluyendo toda discriminación que pueda alterar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.*"

Por lo tanto, en la Administración del Estado, debe aplicarse el principio de igualdad de en la retribución, cada vez que se realice la asignación a un grado en los empleos a contrata, en los sueldos y las demás remuneraciones que reciban los empleados públicos.

Respecto a los trabajadores a contrata, para efectos de determinar la asignación a un grado, se deben considerar como factores: la importancia de la función que se desempeñe, capacidad de la persona que sirva dicho cargo, calificación e idoneidad personal.

El órgano competente para conocer de los reclamos por infracción a la Ley 20.348 N° 2, referido a los funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo, es la Contraloría General de la República, que resuelve mediante los respectivos dictámenes.

3.1. Reclamación de desigualdad en el sector público:

Los reclamos específicamente en esta materia que conoció y resolvió la Contraloría son los siguientes:

- Dictamen N° 14292, de 17-03-2010, en que una funcionaria reclama desigualdad de remuneraciones, puesto que otro funcionario que se desempeña al igual que ella como encargado de bodega, se encuentra en un grado superior. Al respecto, se establece que “no se advierte que exista una actuación discriminatoria e ilegal de la autoridad en contra de la recurrente,

puesto que la diferencia de grado entre ésta y el otro funcionario con el cual se compara, obedece a que dichos servidores desarrollan funciones distintas.” Por lo tanto, aun cuando se desempeñan ambos como encargados de bodega, los lugares de trabajo y la naturaleza de la labor son diferentes, por lo que se requieren condiciones y experiencia determinadas para cada caso.

- Dictamen N° 14046, de 08-03-2011: que establece justificada la diferencia en la remuneración, entre una funcionaria y su par masculino, aun cuando realizan las mismas tareas, por cuanto se ha considerado la experiencia laboral del funcionario.

De lo antes descrito, se puede concluir que en el sector público resultan escasas las denuncias por desigualdad y que aún no existe un Dictamen de la Contraloría que haya estimado que la reclamación formulada por una funcionaria se encuentre justificada.

CAPÍTULO IV: RECLAMACIÓN DE DESIGUALDAD SALARIAL.

La Ley 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, establece en materia laboral tres posibles instancias en que puede reclamarse la vulneración a este principio.

La primera de ella, se verifica ante el mismo empleador, la que es obligatoria en las empresas que cuenten con 10 o más trabajadores, debiendo contemplar un procedimiento en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad. La segunda, es la que se produce en el caso que no sea obligatorio para el empleador establecer un procedimiento interno, o cuando habiéndose realizado, no se obtuvo una respuesta satisfactoria. En ese supuesto, se debe interponer una denuncia ante la Dirección del Trabajo respectiva, órgano que inicia el procedimiento administrativo pertinente. Finalmente, se puede acudir a los Tribunales Laborales, presentando una demanda por infracción al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, en que se aplica el procedimiento de tutela laboral.

Conforme con lo anterior, en este capítulo se desarrollarán los procedimientos de reclamación interna en la empresa, cuando es obligatorio, el procedimiento administrativo ante la Dirección del Trabajo y el procedimiento de tutela laboral, ante los Tribunales Laborales.

1.- PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DENTRO DE LA EMPRESA:

El artículo 154 N° 13, del Código del Trabajo, impone a las empresas que empleen a 10 o más trabajadores, contemplar en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad, un procedimiento interno para conocer de la reclamación por desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Si bien, dicho artículo no establece un procedimiento específico, prescribe las normas básicas a las cuales deberá sujetarse el procedimiento de reclamación, prescribiendo las formalidades mínimas que aquel deberá contener, siendo estas: que el reclamo sea por escrito y fundado, es decir, no resulta suficiente la sola alegación de desigualdad sino que además, la misma debe contener los hechos y circunstancias necesarias que la justifican. En cuanto a la respuesta del empleador, también debe constar por escrito, señalando las circunstancias en que se funda. Como ya se dijo en el capítulo anterior, surge la pregunta sobre cómo la trabajadora se entera de la remuneración que otro trabajador percibe por el mismo trabajo.

La Dirección del Trabajo, mediante el Dictamen de 2010, ORD. N° 1187/18, determinó el sentido y alcance del nuevo N° 13 del artículo 154, que fue incorporado por la Ley 20.348, al Código del Trabajo, respecto a las reclamaciones que se deben conocer en la empresas, señalando que:

- Deben realizarse por escrito, tanto el reclamo como la respuesta del empleador.
- Deben ser debidamente fundados.
- El empleador cuenta con un plazo de treinta días para responder a la trabajadora, el que se cuenta desde la interposición del reclamo.
- También se establece que las empresas que no están obligadas a contar con el Reglamento Interno, pueden prescribir un procedimiento interno, pero ello no es obligatorio.

Conforme con lo anterior, las empresas deben incorporar un procedimiento especial para que la misma conozca y resuelva los eventuales reclamos que se generen por la situación de desigualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un mismo trabajo, sin fundamentos objetivos que lo autoricen.

A modo ejemplar, se puede comentar un Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de una empresa, que reguló el procedimiento interno, en los siguientes términos:

- a) Establece que la presentación debe ser por escrito, individualizando a la reclamante, cargo y jefatura. También debe individualizar a los trabajadores, sus cargos y jefatura, de quienes posiblemente se

presume la desigualdad. Además, debe indicar las razones concretas en que se funda y ser suscrita por la afectada.

- b) Luego de recepcionado el reclamo, la empresa ha previsto determinar la designación a un trabajador apto para investigar y resolver, concediendo el plazo de 30 días corridos, para dar una respuesta a la reclamante.
- c) La respuesta de la empresa será fundada, escrita y entregada a la trabajadora a través del gerente de recursos humanos.
- d) Prescribe la confidencialidad del procedimiento hasta su término.

Al respecto, se puede analizar que el procedimiento antes indicado, cumple con los parámetros establecidos en la Ley 20.348 y con el Dictamen de la Dirección del Trabajo. Sin embargo, cabe resaltar que la reclamante, al formular su presentación, debe indicar que tiene conocimiento de los nombres, cargos y jefaturas de los trabajadores que ganarían un sueldo superior al que recibe ella por el mismo trabajo, puesto que se han establecido como requisitos en el procedimiento y no existen los mecanismos por los cuales ella pueda acceder a esa información.

2.- PROCEDIMIENTO ANTE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO Y EN LOS TRIBUNALES LABORALES:

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.087, que sustituyó el capítulo II del Título I, del Libro V del Código del Trabajo, prescribiendo un nuevo

procedimiento laboral, cuyo objetivo es la defensa de los derechos fundamentales del trabajador. Dicho procedimiento se denomina de Tutela Laboral.

Esta reforma en la legislación laboral tuvo como objetivo dar respuesta a la necesidad de que la ley no sólo estipule una serie de derechos que se reconocen a los trabajadores, sino que también establezca los mecanismos efectivos para su defensa y reparación.

Esta ley, también entrega nuevas facultades a la Dirección del Trabajo, para conocer de las vulneraciones a los derechos fundamentales que podría afectar a los trabajadores.

Mediante la Orden de Servicio N° 09 de 31 de diciembre de 2008, la Dirección del Trabajo establece el procedimiento administrativo de investigación y denuncia de aquellos actos que constituyen una vulneración a los derechos fundamentales del trabajador.

Los derechos garantizados por el procedimiento de tutela laboral son los siguientes:

- a) Derecho a la vida, a la integridad física y síquica del trabajador, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral (artículo 19 N°1);

- b) El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (artículo 19 N° 4);
- c) La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 número cinco);
- d) La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres y al orden público (artículo 19 N 6, inciso 1);
- e) La libertad de trabajo y su libre elección en lo relativo a que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo excepciones de la Constitución (Artículo 19, número 16, inicios 1° y 4°);
- f) Derecho a la no discriminación, por los actos a que se refiere el artículo 2 del Código del Trabajo con excepción de su inciso 6. Según este artículo *“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*;
- g) Derechos a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral, por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales (garantía de indemnidad; artículo 485 inciso 3°, Código del Trabajo);

- h) Prácticas antisindicales o desleales en la negociación colectiva (artículo 289, 290, 291, 387 y 388);
- i) Derecho a la Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por el mismo trabajo. (Ley 20.348).

2.1.- Garantía de Indemnidad:

Resulta necesario garantizar la indemnidad del trabajador/a que ha iniciado una denuncia o entablado una acción judicial, puesto que generalmente, el ejercicio de dichos derechos, evidencia al empleador como un infractor de la ley laboral, lo que puede traer como consecuencia la posibilidad de represalias, siendo la máxima de ellas, el despido.

Con el objeto de garantizar que con motivo del temor a perder el trabajo, las víctimas de vulneración de los derechos fundamentales no formulen una denuncia a la inspección del trabajo, es que la ley laboral estipula, que de existir represalias por parte del empleador, esta situación será puesta en conocimiento del Tribunal Laboral respectivo.

2.1.2.- Requisitos para considerar que una conducta es vulneradora de los derechos fundamentales:

Hay que tener en cuenta que el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas no es absoluto, sino que contemplan legítimas limitaciones.

Estas están dadas por la moral, el orden público, el bien común, el ejercicio de los demás derechos humanos: del trabajador, del empleador y de terceros.

El artículo 485 del Código del Trabajo, conforme a la Ley 20.087, prescribe que el procedimiento de tutela laboral procede cuando en la relación laboral, por el ejercicio de las facultades del empleador, en aplicación de las normas laborales, se vean lesionados los derechos fundamentales del trabajador.

Por lo tanto, el empleador puede limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, siempre y cuando esto no tenga una justificación suficiente, o arbitraria, desproporcionada o sin respeto al denominado contenido esencial.

El contenido esencial, está referido a que en todos los derechos humanos se reconoce un núcleo, o una parte mínima, que no puede ser limitada, que no puede renunciarse. Por lo tanto, los límites que el empleador puede imponer, no pueden desconocer el contenido mínimo de los derechos fundamentales.

Para poder establecer si la limitación a un derecho fundamental, se encuentra justificada, no deja indemne al derecho, o lo hace impracticable, la doctrina ha indicado el **principio de proporcionalidad** como un mecanismo de resolución de los conflictos, el que se clasifica en los siguientes sub principios:

- a) **La adecuación o idoneidad:** estableciendo que “el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto”.⁷⁴ Esto es que si con la limitación al derecho no se termina perjudicando los demás derechos fundamentales en conflicto.
- b) **La necesidad:** se señala que “la medida limitativa del empresario debe corresponder a la única capaz de obtener el fin perseguido.”⁷⁵ De lo anterior, se desprende que cumplirá el requisito en comento, cuando la limitación al derecho fundamental, sea la única alternativa posible.
- c) **La proporcionalidad:** es decir, que la limitación al derecho sea razonable en consideración al derecho que se pretende proteger, que ha entrado en conflicto.

2.1.3.- Derechos fundamentales del empleador:

En cuanto al empleador, las facultades que ejerce sobre sus trabajadores se traducen en atribuciones de organización, disciplina y de mando. Sus derechos se encuentran amparados a nivel constitucional, ya que emanan de la libertad de empresa y del derecho de propiedad (artículo 19 números 21 y 24 CPR). Conforme con lo anterior, y en relación al procedimiento de tutela laboral, se debe ponderar el ejercicio legítimo de los derechos del empleador, con la

⁷⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, en Revista de Derecho la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 27 (2006), p.24.

⁷⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Orden de Servicio N° 09 de 31 de diciembre de 2008, p. 20.

limitación que puede realizar sobre los derechos de los trabajadores, no pudiendo, los primeros, corresponder al ejercicio abusivo de dichos derechos.

2.1.4.-Sujeto obligado a respetar los derechos fundamentales:

Corresponde al empleador, según lo establecido en el artículo 3° letra a) y 4° inciso 1° del Código del Trabajo.

2.1.5.- Fiscalización y denuncia de los derechos fundamentales por las Inspecciones del Trabajo.

El artículo 486 inciso 1° al 5° del Código del Trabajo, dispone quienes son los sujetos activos para denunciar la infracción a los derechos fundamentales previstos en el Código del Trabajo, a saber: el trabajador afectado, la organización sindical a la que pertenece el trabajador y además dicha norma prescribe la competencia de las Inspecciones del Trabajo, señalando que a requerimiento del Tribunal, éstas deberán emitir un informe acerca de los hechos denunciados, pudiéndose hacer parte en el proceso. Además, si las Inspecciones del Trabajo, actuando en el ámbito de sus atribuciones y facultades, conocen de una vulneración de los derechos fundamentales, tiene la obligación de denunciar los hechos al Tribunal respectivo, pudiendo ser parte del procedimiento que se substancia a razón de ello.

3.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Como ya se indicó, para hacer efectiva la reclamación por infracción al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por el mismo trabajo, la Ley 20.348, estableció la posibilidad de efectuar la denuncia ante la Dirección del Trabajo, por ello se analizará el procedimiento administrativo que regula esta materia.

3.1.- Criterios formativos de las actuaciones administrativas:

La Orden de Servicio N° 09 de 31 de diciembre de 2008, de la Dirección del Trabajo, establece los “criterios orientadores de las actuaciones administrativas”, a saber:

- a) **Principio de Celeridad:** en atención a que toda denuncia que tenga como fundamento la vulneración de los derechos fundamentales, deberán ser atendidas y tramitadas con especial diligencia y rapidez, teniendo preferencia para su asignación y resolución. Este principio no sólo debe estar presente en la recepción de la denuncia, sino cuando el Servicio realice la fiscalización de la infracción legal comunicada, en la mediación y en la denuncia a los Juzgados del Trabajo respectivos. Es necesario que este principio se cumpla, por cuanto, la demora en la tramitación de las denuncias podría tener como consecuencia la caducidad de las acciones judiciales que la ley contempla. Por otra parte,

el artículo 486 del Código del Trabajo, en relación a la denuncia de la violación a los derechos fundamentales, dispone que ésta deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que se produzca el hecho alegado, suspendiéndose dicho plazo en la forma prevista en el artículo 168 de la ley laboral en comento.

- b) **Principio de bilateralidad (información a las partes):** se manifiesta en el sentido que a los denunciantes se les debe dar a conocer de las actuaciones y resoluciones que emanen del procedimiento. Así también, la persona denunciante debe ser informada oportunamente del rechazo o desestimación de su presentación, para que pueda recurrir a directamente a los Tribunales, derecho que también debe ser comunicado al afectado. Por su parte, al denunciado debe comunicársele tanto del inicio del procedimiento de investigación por la vulneración de los derechos fundamentales, iniciado por la Dirección del Trabajo, como su finalización, cuando se establezca que existen hechos que puedan vulnerar los derechos fundamentales, que serán denunciados judicialmente, antes de la mediación, prevista en el artículo 486 del Código del Trabajo.
- c) **Trabajo en equipo bajo la dirección del profesional de la institución:** La Fiscalía se integra por a lo menos tres funcionarios, y la dirección de

la investigación es asumida por un/a abogado/a, responsable de las actuaciones del fiscalizador y la participación del mediador.

3.2.- Etapas del procedimiento administrativo:

En virtud a lo establecido por la Orden De Servicio N° 09, ya indicado, de la Dirección del Trabajo, las etapas del procedimiento administrativo por la denuncia por desigualdad salarial entre hombres y mujeres, como por la vulneración de los demás derechos fundamentales, se reseñan a continuación.

3.2.1.- Recepción de la denuncia administrativa:

a) Sujetos activos para efectuar la denuncia por vulneración a los derechos fundamentales:

- (i) A petición de los trabajadores/as que han sido afectados o por la organización sindical a la que pertenecen.
- (ii) De oficio, por la Inspección del Trabajo, cuando en la realización de las actuaciones que la ley le atribuye, tomen conocimiento de hechos que pueden ser considerados vulneratorios de los derechos fundamentales reconocido en la ley.
- (iii) A requerimiento del Tribunal: cuando solicite un informe de fiscalización.

b) Recepción y admisibilidad de la denuncia:

La recepción de la denuncia se realiza por los abogados de la Inspección, y a falta de estos, por la jefatura de dicho Servicio, y además son quienes deben evaluar y declarar la admisibilidad de la denuncia.

Para determinar la admisibilidad de la denuncia deberá efectuarse inmediatamente o a más tardar el día hábil siguiente una entrevista al denunciante y aplicar los “criterios para el trámite de admisibilidad”, establecidos por la Orden de Servicio N° 09, ya indicado, de la Dirección del Trabajo, que consisten en:

- Establecer que los hechos puestos en conocimiento de la Inspección del Trabajo, constituyan un indicio de una posible vulneración a los derechos fundamentales;
- Que la denuncia sea interpuesta encontrándose vigente el plazo para interponer las acciones judiciales pertinentes;
- Que se trate de la vulneración de los derechos protegidos por el procedimiento en comento;
- Que no se encuentre iniciada una reclamación en sede judicial, sea por la interposición de un recurso de protección u otro juicio, por los mismos hechos.

En el caso de la denuncia por desigualdad de remuneraciones, se podría sostener que la respuesta otorgada por el empleador (en los casos en que es obligatorio el procedimiento interno de la empresa) negando la infracción en cuestión, o estableciendo la existencia de diferencias de retribución basadas en criterios no admitidos por la ley, o a lo menos poco claros, deberían constituir indicios suficientes para acoger a tramitación la denuncia. Ahora bien, en el caso de las empresas que no están obligadas a ello, resulta más complejo el fundar incluso como indicio, la forma en que la trabajadora podría reclamar, en la medida que no tiene acceso formal al conocimiento de las remuneraciones de los demás empleados.

c) Ingreso de la denuncia:

Si la denuncia ha sido admitida a tramitación, se procede a su ingreso en la plataforma informática del Servicio, poniendo en conocimiento al denunciante el procedimiento al que se someterá su denuncia, plazo para su ejercicio y la jurisdicción competente.

3.2.2.- Investigación efectuada por la Fiscalía:

Corresponde la dirección, responsabilidad y conclusión del procedimiento al abogado/a que se ha asignado, que integra la Fiscalía.

a) Constitución de la Fiscalía:

La Fiscalía se constituye una vez declarada la admisibilidad de la denuncia por vulneración de los derechos fundamentales, y la componen un

abogado/o de la inspección respectiva, y el fiscalizador que asigne la jefatura de la Unidad de Fiscalización o Unidad de Fiscalía Regional de Derechos Fundamentales.

b) Plan de investigación:

La Fiscalía debe realizar todas las diligencias necesarias y útiles destinadas a establecer si los hechos denunciados constituyen vulneración de los derechos fundamentales.

Por ello, la Fiscalía deber realizar una planificación de la forma en que se va a llevar a efecto la fiscalización, teniendo en consideración y definiendo el objeto de la investigación: los hechos a constatar, las personas que es necesario entrevistar, qué documentos serán necesario revisar, los lugares de trabajo que se inspeccionaran, el tiempo en que deben realizarse todas las gestiones y diligencias.

Se debe diseñar una pauta de investigación, la que tiene por objeto indicar las actividades y diligencias que se van a efectuar con motivo de la fiscalización, con el objeto de organizarla y dirigirla.

c) Realización de visita inspectiva:

La visita inspectiva es realizada por los integrantes de la Fiscalía y pueden efectuarse todas las veces que sea necesario, debiendo en ellas, constar los hechos denunciados mediante la observación, formular entrevistas,

la revisión de documentos, inspección del lugar de trabajo y su entorno, entre otras medidas.

d) Las entrevistas:

Corresponde la realización de entrevistas a los trabajadores y al empleador. En el primer caso, se realiza una selección imparcial y/o determinadas de trabajadores según sean las necesidades previstas en la investigación. En el segundo caso, la entrevista al empleador denunciado es un trámite esencial del proceso fiscalizador, la que debería realizarse al final de las inspecciones y entrevistas a los trabajadores, en la medida que el fiscalizador tenga conocimiento de los antecedentes y pueda formular una interrogación más acuciosa y más efectiva. La entrevista al empleador, deberá constar por escrito y ser suscrita por éste. Si se opone a declarar, deberá quedar constancia de dicha situación, debiendo ser suscrita por el empleador.

En el caso de la denuncia por desigualdad de retribución, corresponderá a los inspectores requerir los antecedentes que establezcan las funciones que realiza la denunciante y las que corresponden a otros trabajadores que efectúen el mismo trabajo, y el detalle de sus remuneraciones.

3.2.3.- Contenido del informe de fiscalización:

El informe de fiscalización debe contener los resultados de la fiscalización, identificando claramente el contenido de la denuncia, del hecho

denunciado y cuál es el derecho fundamental vulnerado, individualización de la empresa, junto con el número de trabajadores, si en ella existe algún sindicato. Asimismo, el informe debe indicar la metodología utilizada en la fiscalización.

Debe describir los hechos, considerados como indicios de la vulneración de derechos fiscalizada, si estos se constatan, debe señalar la forma de verificación de ellos. Así también se debe señalar los hechos que, tras el procedimiento fiscalizadorio, no se constataron o no fue posible su verificación por falta de prueba.

Por otra parte, el informe también debe contener los descargos formulados por el empleador. Como conclusión, el informe debe establecer si se acreditaron o no los hechos denunciados.

3.2.4.- Conclusiones jurídicas y visación de coordinador/a jurídico/a.

Una vez que ha sido elaborado el informe de fiscalización, el abogado/a, que está a cargo de la respectiva Fiscalía, debe analizar el resultado de la investigación, que mediante una minuta fundada deberá expresar si hay o no indicios o hechos que se estimen suficientes para establecer la existencia de vulneración de derechos fundamentales.

Como exigencia posterior, tanto el informe de investigación como la minuta de conclusiones jurídicas deben ser visados por el Coordinador/a jurídico/a o por el abogado/a de la Jefatura de la Unidad de Fiscalía Regional de

Derechos Fundamentales. Estos funcionarios, pueden aprobar las conclusiones de la Fiscalía o pueden rechazar el informe de fiscalización o la minuta, incluso ambos, cuando contengan vicios formales, o de calificación jurídica de los hechos, los que deben ser subsanados por sus autores.

3.2.5.- La mediación.

En el caso de que la investigación concluya que los hechos denunciados vulneran derechos fundamentales y que corresponde a la Inspección del Trabajo formular la denuncia, debe realizar la mediación prevista en el artículo 486 inciso sexto, del Código del Trabajo que prescribe:

“No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”.

La mediación en este procedimiento administrativo es de carácter obligatorio y debe efectuarse antes de realizar la denuncia en los Tribunales laborales.

a) Objetivos de la mediación:

El objetivo de la mediación es el de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatas, esto es que el acuerdo a que lleguen las partes

debe tener como contenido y finalidad el restablecimiento íntegro del derecho fundamental conculcado.

b) Medidas reparatorias:

Tienen por objeto facilitar el restablecimiento íntegro y efectivo de los derechos afectados por la conducta del empleador, obedeciendo a diversos criterios, según cuál de los derechos fundamentales ha sido vulnerado.

En el caso de la trasgresión al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, correspondería que el empleador llegue a un acuerdo de aumento de la remuneración respectiva.

c) Trámites de la mediación:

El empleador denunciado y el denunciante deben ser citados y notificados del día y hora en que se celebrará la reunión de mediación.

La inasistencia a la audiencia no tiene sanción de multa. El mediador, con acuerdo de abogado de la Fiscalía pueden otorgar una segunda fecha para la audiencia de mediación, por la inasistencia de una o ambas partes, según las pertinencia de las justificaciones prestadas por los ausentes. En el caso en que no proceda el segundo llamado o si otorgándose, no se celebra la audiencia por alguna inasistencia, concluye el trámite de mediación, “sin acuerdo”.

d) Proceso de mediación:

La persona encargada de realizar la mediación debe conocer el informe, la minuta de la fiscalización y reunirse con el abogado/a responsable para recibir instrucciones.

Pueden participar en la audiencia de mediación, no solo el empleador denunciado, los trabajadores y la organización sindical respectiva, sino que también pueden asistir abogados/as u otros asesores.

Resulta necesaria la participación del abogado a cargo de la denuncia, en la redacción del contenido acta de acuerdo, por cuanto dicho profesional debe constatar que no queden indemnes las conductas que resulten ser lesivas hacia el trabajador de sus derechos fundamentales.

e) Plazo para la realización de la mediación:

El plazo para que se realice el trámite de mediación comprende como máximo cinco días hábiles, contados desde el día siguiente de efectuada la última citación a la reunión inicial de mediación. Este plazo es ampliable excepcionalmente hasta por tres días más, debiendo ser autorizado previamente por la Fiscalía.

f) Procedimiento de mediación:

La mediación se inicia con la realización de reuniones con los intervinientes en el proceso, de forma separada, en las que se debe informar

sobre la constatación de la vulneración de derechos fundamentales expresados en el informe de investigación y en las conclusiones jurídicas. Asimismo, el mediador debe explicar los efectos jurídicos que produce tanto el hecho de que las partes lleguen a un acuerdo, como en el caso que el mismo no sea posible, siendo necesario, en este último caso, poner en conocimiento de las partes los objetivos, alcances y pretensiones que contendría la denuncia judicial que podría formular la Inspección del Trabajo, en su función de defensa de los derechos de los trabajadores. Además, se debe informar a los participantes, el objetivo de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos.

El mediador debe promover las reuniones en que participen las partes, e incentivar la comprensión y aceptación de la infracción cometida, instando a que sea encontrada una forma de reparación de las mismas. Se hace presente que, si el empleador continúa realizando actuaciones que conduzcan a establecer que la vulneración a los derechos fundamentales persiste, el mediador debe dar por finalizado el proceso, por la ausencia de la intención de reparación del daño causado o del respeto a los derechos afectados.

El mediador debe proceder al registro de todas las reuniones de mediación, indicando el resultado de ésta.

g) Acta de mediación:

En el acta en que consta el acuerdo entre el empleador y el trabajador afectado, debe contener:

a) La identificación de la denuncia administrativa; b) La individualización del mediador y de los asistentes; c) La referencia a las Conclusiones Jurídicas; d) La referencia a las reuniones conjuntas y separadas que se efectuaron; e) Los acuerdos a que las partes llegaron y las medidas reparatorias; f) Forma, plazo y responsable del cumplimiento del acuerdo; g) Los efectos del incumplimiento; h) Que indique el mérito ejecutivo del acuerdo previsto en dicha acta. El acta de mediación debe ser visada por el abogado/a que participó en la fiscalía y/o apoyó el proceso de mediación. En el caso en que la mediación no se llegue a acuerdo, dicha circunstancia deberá quedar constancia en el acta final. El acta de mediación o el acta final deben ser registradas en el sistema informático.

h) Registro de los trámites del proceso de mediación:

Los distintos trámites realizados en el proceso de mediación, así como el acta de la misma, en el caso en que se produjo el acuerdo, o el acta final, si ello no sucedió, deben quedar registrados en el sistema computacional denominado SIRELA, inmediatamente de que se hubieran producido.

i) Incumplimiento de los acuerdos:

El incumplimiento del empleador de los acuerdos consignados en el acta de mediación, y en el caso que se encuentre pendiente el plazo de caducidad previsto en el artículo 486 inciso final del Código del Trabajo, el abogado/a de la Inspección del Trabajo respectivo, procederá a formular la denuncia judicial, para que sea conocido por los Tribunales Laborales, conforme al procedimiento de tutela laboral. En el caso, que hubiese trascurrido el plazo de caducidad antes indicado, se informará a la persona que generó la denuncia que puede perseguir el cumplimiento del acuerdo de la mediación, ya sea por vía ordinaria o ejecutiva.

3.2.6.- Término del procedimiento administrativo:

Una vez concluida la etapa de mediación y siendo recepcionada el acta final de la misma, el abogado/a que integra la Fiscalía a cargo del procedimiento, revisará los documentos y comprobará el cumplimiento del cronograma de trabajo.

En el caso en que la mediación hubiese llegado a acuerdo, el procedimiento administrativo, y la labor de la Fiscalía finaliza, con el registro de dicha mediación en el sistema informático, destinado para esos efectos.

Si la mediación no llega a acuerdo, dicha situación debe registrarse en el sistema computacional, y finaliza el procedimiento administrativo con la

formulación de la denuncia correspondiente que debe ser ingresada al Tribunal competente.

4.- PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES:

Con la dictación de la Ley 20.087, Chile fue escenario de una profunda reforma a la justicia laboral, puesto que estableció un sistema de amparo de los derechos fundamentales, cuando su lesión proviene del empleador en el ejercicio de sus facultades, ya que hasta ese momento sólo cabía la interposición del recurso de protección.

Esta reforma también pretende llenar los vacíos que el recurso de protección provocaba, por cuanto esta acción no permitía asegurar, por una parte, todas las garantías constitucionales referidas al trabajador, por cuanto se excluye la discriminación laboral y por otra, no consideraba una de las perspectivas claves del derecho laboral, que consiste en el desequilibrio entre los derechos y facultades del empleador respecto al trabajador.

Con la Ley 20.087 y sus modificaciones posteriores, se sustituyó el libro V del Código del Trabajo, que se refiere a la jurisdicción laboral y a los procedimientos de los juicios del trabajo, estableciendo en el párrafo 6º en los artículos 485 a 495 inclusive, el denominado "Procedimiento de Tutela Laboral".

4.1.- Características:

Se pueden señalar como características del procedimiento de tutela laboral, los siguientes:

- a) Es un procedimiento especial y excepcional por cuanto sólo procede respecto de la tutela de los derechos fundamentales previstos en el Código del Trabajo.
- b) Por la interposición de la acción de protección previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, precluye el derecho a iniciar el procedimiento de tutela laboral, en virtud a lo establecido en el artículo 485 inciso 4° del Código del Trabajo.
- c) Su tramitación goza de preferencia respecto a las causas que se tramiten ante el mismo Tribunal.

4.2.- Principios formativos del procedimiento laboral:

Los principios que rigen al procedimiento de tutela laboral, son de aplicación general, según los términos del artículo 425 del Código del Trabajo, siendo estos:

- a) **Oralidad:** significa que todas las actuaciones judiciales deben ser orales, salva las excepciones que establece la ley: la demanda y su contestación ya que deben realizarse por escrito.

- b) **Público:** todas las actuaciones orales y escritas deben tener la debida publicidad.
- c) **Concentración:** que se realicen la mayor cantidad de actos procesales en el menor tiempo, que ello se verifique en una misma audiencia. En este sentido, en el procedimiento laboral se contemplan una audiencia de conciliación y juicio y una segunda de juicio propiamente tal, las que deben bastar para sustanciar el procedimiento.
- d) **Inmediación:** consiste en que todas las audiencias deben efectuarse ante el juez, no pudiendo éste delegar sus funciones. En caso de contravención, no autorizada por la ley, la sanción es la nulidad de las actuaciones respectivas.
- e) **Principio de Impulso procesal de oficio:** se encuentra consagrado en el artículo 429 del Código del Trabajo, el que implica que reclamada su intervención en forma legal, deberá actuar de oficio, y que en materia probatoria puede decretar las pruebas que estime necesarias y que no hubieren sido ofrecidas por las partes. Otra manifestación de este principio se encuentra en que puede adoptar las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso, su dilatación indebida o las que eviten la declaración de nulidad del procedimiento.

- f) **Celeridad:** consiste en que todos los trámites del procedimiento deben efectuarse en plazos breves y que no debe dilatarse el procedimiento sin justificación o indebidamente.
- g) **Buena fe:** este principio se encuentra contemplado en el artículo 453 N° 4 inciso final del Código del Trabajo, y se refiere a que los actos procesales deben ejecutarse de buena fe. Asimismo, la ley faculta al juez para adoptar las medidas necesarias que impidan el fraude y la colusión, el abuso de derecho y las acciones dilatorias.
- h) **Gratuidad:** todos los trámites que se realicen en razón del procedimiento son gratuitos para las partes.

4.3.- Tramitación del procedimiento de tutela:

El principal fundamento que autoriza la aplicación de un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales es reconocimiento en nuestro país de la doctrina sobre la eficacia horizontal y directa de los derechos fundamentales laborales, que se explicó en el capítulo II, del presente trabajo.

4.3.1.- Requisitos de procedencia:

Conforme a lo prescrito en el artículo 485 del Código del Trabajo, el hecho fundante de la acción de tutela debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe haber acontecido durante la relación laboral.

- b) Derivar de la aplicación de la ley laboral.
- c) Que haya afectado los derechos fundamentales indicados en el artículo 485 y conforme al artículo 62 bis, se añade el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por el mismo trabajo.

4.3.2.-Titulares de la acción:

En el artículo 486 del Código del Trabajo, se establece la legitimación activa en el procedimiento de tutela, a saber:

- a) El **trabajador o trabajadora**: cuyos sus derechos fundamentales sean lesionados, dentro de la relación laboral.
- b) Una **organización sindical**, por vía principal cuando la entidad sea lesionada en sus derechos fundamentales o cuando comparece solicitando la tutela los trabajadores afiliados; por vía indirecta, cuando actúa como tercero coadyuvante.
- c) **La inspección del trabajo**: emitiendo un informe requerido por el Tribunal; haciéndose parte en el proceso o formulando una denuncia cuando en el cumplimiento de sus funciones tome conocimiento de la vulneración de los derechos fundamentales amparados por el procedimiento en comento, en ese caso debe acompañar el informe de fiscalización.

4.3.3.- La denuncia en el procedimiento de tutela.

Mediante una denuncia se da inicio al procedimiento de tutela laboral. El artículo 490 del Código del Trabajo: establece los requisitos de la misma prescribiendo que deben contener la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada y los documentos en que se funde, además de los previstos en el artículo 446 del mismo cuerpo legal.

En el caso que no se acompañen los documentos fundantes, la Ley 20.260, modificó el artículo 490 del Código del Trabajo, concediendo un plazo de cinco días para ello.

4.3.4.- Plazo para interponer la denuncia.

En virtud a lo prescrito en el artículo 489 inciso 2º del Código del Trabajo, el plazo para interponer la denuncia por la vulneración de derechos fundamentales es de sesenta días, contados desde la vulneración de los mismos, plazo que se suspenderá en la forma a que se refiere el artículo 168 del Código del Trabajo.

Respecto a la infracción a la igualdad de remuneraciones entre hombre o mujeres, cabe preguntarse desde cuándo comienza el plazo para deducir la acción. Si corresponde que el plazo se cuente desde el día en que el empleador pago las remuneraciones a la trabajadora y al trabajador, que ejerciendo las mismas labores obtienen un sueldo desigual, situación que pudiera exceder con

creces el plazo para su alegación. O desde que la trabajadora tuvo conocimiento de la vulneración de dicho derecho, o en cualquier momento, en la medida que se trata de una infracción que se reitera cada vez que la trabajadora recibe su salario. Al respecto, es posible determinar que la norma debería interpretarse en favor de los dos últimos casos expuestos, debiendo descartar el primero, puesto que la acción para alegar la discriminación retributiva, podría nacer prescrita.

4.3.5. Tramitación:

La tramitación de la denuncia por vulneración de derechos fundamentales, en virtud del artículo 491 del Código del Trabajo, se realiza según las reglas de procedimiento laboral de aplicación general, sujetándose a las siguientes reglas especiales:

- a) El juez puede decretar tanto la suspensión inmediata de los efectos del acto impugnado o durante la tramitación del juicio, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles.
- b) Respecto a la prueba de los indicios: el artículo 493 del Código del Trabajo que corresponde al empleador (denunciado) acreditar el fundamento de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, cuando en

el ejercicio de la ley labora ha producido una vulneración de derechos fundamentales.

4.3.6.- La prueba en el procedimiento de tutela:

El artículo 493 del Código del Trabajo prescribe que *“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”*.

Al respecto, Ugarte Cataldo⁷⁶, ha señalado que esta disposición legal no significa que la ley laboral haya previsto que se invierte la carga de la prueba, desde el trabajador al empleador, por cuanto siempre toca a la víctima (trabajador) acreditar la existencia de hechos constitutivos de indicios de una conducta que lesiona los derechos reclamados. Una vez que el trabajador logra probar a lo menos la existencia de un indicio, puede acogerse al beneficio consistente en que el demandado deber probar que su conducta no constituye una vulneración a los derechos fundamentales.

Si se piensa en la situación que experimentaría una trabajadora que recibe una menor remuneración que un trabajador por la misma labor, y ella

⁷⁶UGARTE CATALDO, José, *“Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”* Revista de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009)[pp. 215 - 228] [en línea] <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/707/666> [consulta 25 de octubre 2013]

acreditara dicha circunstancia, el empleador tendría que probar que la diferencia se debe a las causales que autoriza la ley (capacidad, idoneidad, etc.) y que por ello su actuar no es discriminatorio.

4.3.7.- La sentencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

En cuanto a sentencia definitiva de tutela de derechos fundamentales, también se diferencia a las que provienen de procesos laborales ordinarios, puesto que debe pronunciarse sobre distintas materias simultáneamente.

El artículo 495 del Código del Trabajo, en cuanto al contenido de la sentencia definitiva del procedimiento de tutela laboral dispone que en ella se deba declarar la existencia o inexistencia de la lesión de derechos fundamentales denunciada. En el caso que se constate la vulneración, y esta se mantenga a la época del fallo, la sentencia ordenará su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492 del Código del Trabajo. La sentencia definitiva también debe enunciar la indicación concreta de las medidas a las que se encuentra obligado el infractor, dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492 del Código del Trabajo, incluidas las indemnizaciones que procedan. Por último, la sentencia señalará la aplicación de las multas que correspondan.

En el caso de desigualdad de remuneraciones, cabe preguntarse si la medida que adoptará el Tribunal será decretar el aumento del sueldo de la trabajadora para el mes siguiente al fallo, o deberá enterar lo faltante de los meses anteriores y cuál sería el tope en el tiempo, en el caso que fueran trabajadores que llevan muchos años en una empresa y su forma de pago.

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior al que existía antes de producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro.

Además la sentencia debe ser pronunciada en la misma audiencia o en el plazo de diez días, según el artículo 494 del Código del Trabajo, plazo que fue modificado por la Ley 20.260, ya que originalmente se establecía un plazo de cinco días.

4.3.8.- Efectos de la sentencia de tutela.

Los efectos de la sentencia de tutela van a ser diferentes, por cuanto se puede estimar acoger la denuncia o rechazarla. Del artículo 489 del Código del trabajo, se puede extraer las siguientes situaciones:

- a) El Tribunal acoge la denuncia de tutela de derechos: deberá declarar el cese inmediato de la conducta antijurídica del empleador e indicar las medidas concretas que debe adoptar el empleador para la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos, todo esto bajo el apercibimiento de multas que van desde 50 a 100 UTM.
- b) El Tribunal rechaza la denuncia: en este caso si se ha entablado subsidiariamente la acción de despido injustificado, indebido o improcedente, podrá fallar sobre ésta, pero la misma no gozará de preferencia para la dictación de su sentencia.

CONCLUSIONES

1.- De la realización del presente trabajo, se puede concluir que la elaboración y reconocimiento legal de los principios de igualdad y de prohibición de discriminación no han sido suficientes para terminar con la desvaloración social que históricamente han sufrido a las mujeres.

2.- También se puede señalar que a partir de la evolución de las concepciones de igualdad y no discriminación, se observó que en los hechos, las mujeres reciben permanentemente un trato diferente y perjudicial. En algunos casos es la misma ley la que discrimina (discriminación directa), en otros, la aplicación de ésta termina provocando la desvaloración (discriminación indirecta). Como consecuencia de lo antes descrito, fue necesario dotar legalmente de nuevos mecanismos que hicieran patente la discriminación, su forma de eliminación y la promoción de la igualdad de trato, mediante diversos Tratados Internacionales.

3.- Que en Chile, el tratamiento de la igualdad y la prohibición de discriminación en contra de las mujeres, no ha sido distinta a lo que acontece en los demás países de occidente: nuestra Constitución reconoce expresamente estos principios y ha adoptados los Tratados Internacionales que prohíben toda forma de discriminación y concretamente la retributiva, como en

el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, sin embargo, la discriminación por razones de sexo no desaparece.

4.- Que del análisis del contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo, se puede sostener que corresponde al mandato constitucional de prohibición de discriminación, por una parte y por otra, a la obligación de promoción de dicho principio por parte del Estado.

5.- Que en este sentido, en nuestro país, desde el momento en que se tuvo conciencia de la brecha en las remuneraciones entre hombres y mujeres, (puesto que adoptó los mecanismos para realizar los estudios estadísticos respectivos), ha intentado promover el derecho a la igualdad retributiva, siendo el modo más directo hasta hoy, la dictación de la Ley 20.348.

6.- Es importante señalar que en la realización de este trabajo se pudo advertir que la discriminación en contra de las mujeres en materia de remuneración como en los demás ámbitos laborales, es de orden cultural y la resistencia a la aplicación y observancia de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres no resulta sólo reprochable a los empleadores, sino que incluso a personas que componen órganos del Estado, lo que se puede verificar en la discusión parlamentaria de la Ley 20.348.

7.- Que de los estudios analizados en este trabajo, se puede destacar que si se comparan las remuneraciones que recibe un hombre y una mujer,

igualando todas las variables que podrían determinar diferencias no discriminatorias (capacitación, experiencia, edad, entre otras), la circunstancia que las mujeres obtengan menos remuneración se explica sólo por el hecho de serlo. Las mujeres reciben menor retribución producto de que culturalmente su trabajo se considera de menor valor o que el mismo trabajo, cuando lo realiza una trabajadora, se estima que es de menor calidad, debido a la existencia de los llamados estereotipos, los roles de género y la división sexual del trabajo.

8.- La Ley 20.348, modificó el Código del Trabajo, incorporando el reconocimiento del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por el mismo trabajo, estableciendo tres instancias de reclamo de su infracción, siendo la más importante, la aplicación del procedimiento de tutela laboral.

9.- La Ley 20.348, prescribió como obligaciones de los empleadores, la incorporación en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad un procedimiento de reclamo por desigualdad, en las empresas que tuvieran 10 o más trabajadores. También se contempló como obligación en las empresas que contaran con 200 o más trabajadores, la confección de un registro de cargos y funciones. Para efectos de promover el cumplimiento de la normativa, se estableció un incentivo, referido a la rebaja en las multas, hasta un 10%, en determinados casos, lo que sin embargo, actualmente se encuentra derogado.

10.- Conforme al estudio realizado de la Ley 20.348, en este trabajo se pueden establecer las siguientes críticas:

a) La principal crítica se refiere a aquella que afecta la configuración del derecho mismo, puesto que no se ha regulado el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de “igual valor”, como lo estipula el Convenio N° 100, de la OIT, ratificado por Chile, sino que prescribe sólo por un “mismo trabajo”. Cabe señalar que el Convenio N° 100, precisamente establece como su contenido nuclear el contemplar el derecho retributivo por un trabajo de igual valor, ello en vista de la existencia de la división sexual del trabajo, que también en Chile segmenta a los trabajadores. Esta problemática dada en materia laboral ha sido uno de los elementos que ha promovido históricamente la discriminación y subvaloración del trabajo que han desarrollado las mujeres, producto de los estereotipos sexistas. El Convenio N° 100, pretende establecer el principio de que aun cuando un hombre y una mujer realicen trabajos distintos, deben recibir la misma remuneración, si éstos tienen el mismo valor. Se hace presente que fue en la discusión parlamentaria en donde no se aprobó la redacción propuesta por el Ejecutivo, en los mismos términos que el Tratado Internacional, teniendo como justificación, la dificultad para estimar trabajos de igual valor y por la oposición de gremios de los sectores productivos.

b) La segunda crítica, se encuentra en que la ley no previó la dificultad que las trabajadoras tienen para acceder a la información que le permita fundar el reclamo por desigualdad, ya que no es obligatorio para el empleador poner a disposición de sus empleados un registro de cargos y funciones que señale quienes los desempeñan, ni menos indicar el monto de la remuneración, con lo que no se puede establecer a priori, si las trabajadoras son víctimas de discriminación en materia salarial.

c) La tercera crítica radica en que se derogó el incentivo que establecía la ley a quienes cumplían con la igualdad retributiva, con el objeto de reconocer y valorar las buenas prácticas laborales.

11.- Se puede sostener que la incorporación del derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres establecida en la Ley 20.348, a nuestro ordenamiento jurídico ha sido una manifestación de la obligación del Estado de promover la igualdad de trato. Así también puede entenderse como una primera aproximación al contenido concreto del derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, prevista en el Convenio N° 100, de la OIT y que viene en complementar toda la normativa antidiscriminatoria existente a nivel de ley reforzándola en materia laboral.

12.- La modificación al Código del Trabajo en materia de igualdad de retribución ha hecho posible que se visualice la problemática de discriminación que aún persiste en nuestra sociedad respecto a las mujeres, intentando, a través de la norma, educar y hacer conciencia de ella, lo que se enmarca en los principios que inspiran la normativa laboral y que hoy tienen por objeto el reconocimiento y la protección los derechos fundamentales de las personas en el trabajo.

BIBLIOGRAFÍA:

1. ALEXY, ROBERT, *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición en español, Madrid, 2008.
2. BAYEFSKY, ANNE F., *“El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”*. Título original: *“The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”*, publicado en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, Nº 1-2, 1990, pp. 1-34.
<http://www.programamujerescdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/46.pdf>
3. BETANCOR, Andrea y DE MARTINI, Maria, *“Detrás de la Puerta: Trabajo, Roles de Género y Cuidado”*, Comunidad Mujer, Santiago, 2012.
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *“Historia de la Ley Nº 20.348 Resguarda el derecho a la Igualdad en las remuneraciones 19 de junio, 2009”* [en línea] www.bcn.cl. [18 de julio de 2013]
5. BRAVO, Carmen; ZARAPUZ, Luis; GOMEZ, Raquel Y ANTON, Eva, *“Crisis y Discriminación Salarial de Género”*, Secretaría de la Mujer y Gabinete Técnico Confederal de CCOO, Madrid, 2012.
6. BUSTOS BOTTAI, RODRIGO, *“Discriminación por Razón de Sexo y Acciones Positivas: Reflexiones a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional Española y Aproximación a la Ley para la Igualdad Efectiva”* Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, Nº6, julio 2007.

7. CAAMAÑO ROJO, Eduardo *“La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral”*
 - *“La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo”* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, Semestre I, 2006, p. 19 s. <http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/articulos-profesor/derechos-fundamentales-y-relacion-laboral>
 - *“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 – Valdivia, Volumen XIV, Julio 2003, pág. 25-47.
 - *“El derecho a la no discriminación en el empleo”* Legal Publishing Chile, Santiago, 2005.
8. CABEZA PEREIRO, Jaime *“La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”* Universidad de Vigo. [en línea] <http://www.ehu.es/./5845> [consulta 6 de noviembre de 2013].
9. CARMONA SANTANDER, Carlos, *“Constitucionalidad de las medidas afirmativas en Chile. Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales.”* [En línea] <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/01/Seminario-Igualdad.pdf> [Consulta: 31 de octubre de 2013]

10. CÁMARA BOTÍA, ALBERTO, *“Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”* Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales” [en línea]
www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numero_s/33/estudio4.pdf [consulta 18 de julio de 2013]
11. CENTRO INTERNACIONAL DE FORMACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL TRABAJO, *“Igualdad Salarial. Módulo de Formación para Mujeres y Hombres Sindicalistas”*, Italia o Ginebra, 2010.
12. CEA EGAÑA, JOSÉ, *“Tratado de la Constitución de 1980, Características Generales, Garantías Constitucionales”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.
- “Curso de Derecho Constitucional” Tomo II. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 1999.
13. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DIRECCIÓN DEL TRABAJO: *“El Derecho a Ganar los Mismo. Ley 20.348 Igualdad de Remuneraciones entre Hombres y Mujeres”* Revista Temas Laborales N° 27, Dirección del Trabajo, Santiago, Diciembre 2010.
- *“Remuneración de Vendedores y Vendedoras en Grandes Tiendas”*, Revista Temas Laborales, N° 24, Santiago, Octubre 2009.
 - *“Los derechos fundamentales en el trabajo”* Revista Temas Laborales N° 22, Noviembre 2004.

14. DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN DE LA LEY CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, *“Evaluación de la Ley N° 20.348, Resguarda el Derecho a la Igualdad de Remuneraciones”*, Cámara de Diputados de Chile, Chile, Junio 2013.
15. DWORKIN, Ronald, *“Los Derechos en Serio”* Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2002.
16. ESTEVEZ GAZMURI, Carlos, *“Elementos de Derecho Constitucional”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949.
17. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *“Los Derechos Constitucionales”*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Julio 1999.
18. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel, *“Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley”*, Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago, Septiembre 2004.
19. FIGUERUELO BURRIEZ A, Ma. Luisa IBÁÑEZ MARTÍNEZ, MERINO, HERNÁNDEZ Rosa *“Igualdad ¿para qué?: (a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)”*, Granada, Comares, Universidad de Salamanca, 2007.
20. FIGUEROA BELLO, Aída *“Igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en el marco de la unión europea.”* [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2877> [consulta, 10 de octubre de 2013].

21. FIGUEROA G., RODOLFO. *“Igualdad y discriminación”* [En línea]
<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/ihualdad-y-no-discrim.pdf> [consulta: 3 de mayo 2013]
22. FUENTES, Jeanette; PALMA, Amalia y MONTERO, Rodrigo,
“Discriminación Salarial por Género en Chile: Una Mirada Global”, Estudios de Economía, Universidad de Chile, Vol. 32, N° 002, Diciembre 2005.
23. GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *“La Lucha contra la Discriminación Femenina: las acciones positivas y su Constitucionalidad”*, Revista Laboral Chilena, Agosto, 2001.
- *“El procedimiento de tutela de derechos laborales”*, 1a. ed. Santiago, LexisNexis, 2007.
24. GAZMURI, Consuelo, *“Los Derechos Fundamentales en la Empresa: Algunas Perspectivas de Género”*, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Santiago, Diciembre 2004.
25. HUMERES NOGUER, Héctor, *“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*, Tomo I Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral. Editorial Jurídica. Decimoséptima edición ampliada, Octubre 2004.
26. INSTITUTO DE LA MUJER, *“Diferencias y Discriminación Salarial por Razón de Sexo”*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

27. MELIS VALENCIA, Christian. Derecho de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica, recurso electrónico en http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf
28. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *“El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”* Universidad Autónoma de Madrid. [en línea] <http://www.ehu.es/./5845> [consulta, 5 de agosto de 2013].
29. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *“Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”*, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Primera Edición, Santiago, 2009.
- *“El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas.”* En <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf>
30. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *“Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008”*, Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, Ginebra, 2012.
31. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *“El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en las Constituciones y en la*

legislación laboral [en línea]

<http://www.ilo.org/public//spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinter/equidad/cap2/ii/inex.htm> [consulta 20 de octubre 2013].

32. PECES-BARBA MARTNEZ, Gregorio, *“Curso de Derechos Fundamentales Teoría General”*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
33. PEREZ DEL RIO, Teresa. *“Guía de Negociación Colectiva sobre la Discriminación por razón de Género en el Empleo y las condiciones de Trabajo, la Igualdad Retributiva y la Violencia de Género”*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía, 2009.
34. PÉREZ PORTILLA, Karla, “Principio de igualdad: alcances y perspectivas” [en línea], México, p 102. <D:\memoria\BIBLIO IGUALDAD\Principio de igualdad alcances y perspectivas.mht> [consulta 2 de mayo de 2013]
35. PÉREZ JARANA, Maria. *“Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy.”* Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Jaén, CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.[En línea] <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1626/0> [consulta:7 de septiembre de 2013]
36. REY MARTINEZ, Fernando, *“El Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo”*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995.

37. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. *“Igualdad y no discriminación en el empleo”* Universidad Complutense de Madrid. [en línea] <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/B11.pdf> [consulta 5 de septiembre de 2013].
38. SECRETARIA CONFEDERAL DE LA MUJER, *“Crisis y discriminación salarial de género”*, Madrid, 1º, Edición, Noviembre 2012.
39. SEVERIN CONCHA, Juan *“Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”*. www.derechosfundamentales.cl/revista/07.54-81severin.pdf
40. SUAZO SCHWENCKE, Carolina, *“Discriminación Laboral por Razón de Sexo”*, Ediciones Congreso, Chile, 2000.
41. UGARTE CATALDO, JOSÉ, *“El Nuevo Derecho del Trabajo”*, Legal Publishing, 3era Edición, Santiago, Marzo 2011.
- *Tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro* Revista de Derecho, Vol. XX – N° 2, Diciembre 2007, pág. 49-67.
 - *“Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”*. Revista de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009) [pp. 215 - 228] En: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/707/666>
42. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *“Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”* [en línea]

http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia%20de%20Fernando%20Valdes.pdf [consulta 20 de octubre 2013].