



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

**“ARTÍCULO 62 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO:
¿HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA DISMINUCIÓN DE LA BRECHA
REMUNERACIONAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES?”**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en
Derecho del Trabajo y Seguridad Social

GLORIA ALEJANDRA FUENTES RIQUELME

Profesora guía: María Cristina Gajardo Harboe

SANTIAGO
2017

Tabla de contenido

RESUMEN.....	2
I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD REMUNERACIONAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES.....	11
II.I Constitución Política de la República.....	12
II.II. Código del Trabajo.....	18
II.III. Tratados internacionales ratificados por Chile.....	24
III. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY N° 20.348.....	32
IV. ARTÍCULO 62 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO Y SU EFICACIA PARA LA DISMINUCIÓN DE LA BRECHA REMUNERACIONAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES.....	56
IV.I. Algunas cifras relevantes:.....	59
IV.II. Análisis de sentencias:.....	71
V. EL TRABAJO DE IGUAL VALOR COMO MEDIDA DE LA DISCRIMINACIÓN.....	96
VI. CONCLUSIONES.....	118
BIBLIOGRAFIA.....	133

RESUMEN

El presente trabajo analizará la eficacia del artículo 62 bis del Código del Trabajo, con el objeto de establecer si ha cumplido con la finalidad para la que fue incorporada a la legislación laboral, esto es, si ha sido una herramienta útil para hacer frente a la discriminación que hay detrás de la brecha remuneracional entre hombres y mujeres. Para ello, se abordará el marco jurídico asociado a los principios de igualdad y no discriminación, existente antes de la incorporación de la norma. Luego, se analizará la historia fidedigna de su establecimiento, a fin de averiguar las motivaciones del legislador y los cambios que fue sufriendo el proyecto, con especial énfasis en la opción del legislador de limitar el principio de igualdad remuneracional frente a trabajos iguales y no de igual valor, como se propuso en el proyecto de ley. Posteriormente, se dará cuenta de cifras contenidas en estudios estadísticos, con enfoque de género, para evidenciar cómo se comporta la brecha remuneracional, para luego dar paso a analizar si la incorporación de la norma tuvo algún impacto en las mismas. Además, se analizarán sentencias, a fin de indagar en ellas cómo ha sido interpretada la norma por parte de nuestros tribunales de justicia y si de las mismas se advierten ciertos elementos que sean necesarios mejorar. Finalizaremos, haciéndonos cargo del concepto de trabajo de igual valor, como medida de la discriminación.

I. INTRODUCCIÓN.

La historia nos muestra que dentro de las grandes transformaciones políticas y sociales de los siglos XVIII y XIX, encontramos la revolución industrial¹, la que trajo consigo una evidente transformación en la forma de relación entre los diversos grupos sociales, como asimismo un cambio al interior de las familias, pasando desde el trabajo realizado para la subsistencia del grupo familiar, en que si bien hombres y mujeres tenían tareas diferentes, trabajaban en conjunto e interactuando permanentemente, a una actividad productiva y de mercado, separada de la familia. Acá, por ejemplo, es dónde encontramos el origen de la división sexual del trabajo².

De lo anterior, qué duda cabe que la mujer es parte de la fuerza de trabajo desde hace siglos y que pese a que su inserción en el mundo laboral ha sido un aporte³ desde diversas perspectivas, sus remuneraciones aún no han logrado igualarse a las de los hombres, frente a trabajos de igual valor⁴, constituyendo

¹ FILGUEIRA, N. 2005. Construcción de ciudadanía y cambios en el orden social. En: Nuevas reflexiones sobre Género, Derecho y Ciudadanía. Montevideo- Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2005. pp. 7.

² FILGUEIRA, N. Op. Cit. pp. 7-8.

³ CAAMAÑO, E. 2003. La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Austral de Chile. Valdivia. Vol. XIV. pp. 26.

⁴ DÍAZ, E. 2015. La desigualdad remuneracional entre hombres y mujeres: Alcances y limitaciones de la ley N° 20.348 para avanzar en justicia de género. Cuaderno de Investigación N° 55 de la Dirección del Trabajo. Santiago de Chile. pp.29-31.

una de las principales discriminaciones que encontramos en el ámbito laboral⁵. Incluso ha llegado a afirmarse que se trata de la principal discriminación a nivel mundial, si se considera que afecta a la mitad de la población⁶.

De ahí la relevancia del tema y las razones de porqué ha sido estudiada recientemente⁷, adquiriendo significancia social, obligando a los Estados a concientizar sobre la brecha remuneracional incluyendo el enfoque de género en sus políticas públicas y estadísticas oficiales^{8 9}.

Por su parte, es una temática que ha sido examinada por organismos internacionales, adoptándose una serie de medidas para, en un ámbito más

⁵ CAAMAÑO, E. Op. Cit. pp.26.

⁶ LÓPEZ, A. 2016. Las Mujeres y el Derecho del Trabajo. En: Derecho del Trabajo. Tomo III. DELGUE, J. (Director), CASTELLO, A. (Coordinador). Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo-Uruguay. pp. 89.

⁷ Así, a modo de ejemplo podemos citar: HENRÍQUEZ, H., y RIQUELME, V. 2010. El derecho a ganar lo mismo. Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Temas Laborales. Dirección del Trabajo.

⁸ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. 2013. Igualdad Salarial: Guía introductoria. Oficina Internacional del Trabajo. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. pp. 80-82. Al respecto nos señalan que "...concientizar sobre la brecha de remuneración entre hombres y mujeres y sus causas es un punto de partida importante para promover la igualdad de remuneración" y que dentro de las posibles medidas que se pueden adoptar, se incluyen: "Mejorar la disponibilidad de estadísticas sobre remuneración, desglosadas por sexo; Realizar, fomentar y apoyar la investigación sobre la brecha de remuneración entre hombres y mujeres, incluidas sus causas y evolución; Convertir la reducción de la brecha de remuneración entre hombres y mujeres en un ámbito de acción explícito para promover la igualdad de género; Promover encuestas salariales; Asegurar que la información sobre la brecha de remuneración entre hombres y mujeres llegue al público, a los legisladores y decisores del mundo político, laboral, económico, gubernamental y a la sociedad civil".

⁹ En el caso de Chile, podemos citar, por ejemplo, que en la ENCLA 2014, existe una versión exclusiva del tema, denominada "ENCLA 2014. Inequidades y Brechas de Género en el Empleo". Otro ejemplo lo encontramos a propósito del Instituto Nacional de Estadística, elaboró un estudio denominado "Mujeres en Chile y mercado del trabajo: Participación laboral femenina y brechas salariales".

general, erradicar la discriminación de género, y en un ámbito más particular, lograr un trato igualitario en el nivel laboral, relevándose aquí la idea de alcanzar la igualdad remuneracional entre hombres y mujeres.

Así, en el ámbito más general, un papel fundamental lo tiene la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, más conocida como CEDAW, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por Chile en 1989. En este punto, no debemos dejar de mencionar que a la fecha no se ha ratificado el protocolo facultativo de la CEDAW, adoptado en 1999 y que reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ése Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención¹⁰. Lo anterior, no es menor, si se considera que la CEDAW es “el principal instrumento jurídico internacional relativo a los derechos de las mujeres”¹¹.

¹⁰ Artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹¹ VALDÉS, T. 2013. La CEDAW y el Estado de Chile: Viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. Anuario de Derechos Humanos. No. 9. pp. 172.

Por su parte, en el ámbito estrictamente laboral, encontramos diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, siendo relevante destacar a propósito de la brecha remuneracional de género, el Convenio 100 de la OIT¹², que reconoce el principio de igualdad remuneracional, señalando en su artículo 1º, letra b), que “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”. En este Convenio también nos detendremos especialmente, dado que uno de los clásicos cuestionamiento que se hace al artículo 62 bis del Código del Trabajo es que únicamente reconoce la igualdad remuneracional por trabajos iguales, apartándose en este punto del Convenio 100, que reconoce la igualdad remuneracional frente a trabajos de igual valor¹³.

Lamentablemente la evidencia estadística nos muestra que la preocupación de los organismos internacionales no ha dado los resultados esperados, toda vez que a nivel mundial se estima que la brecha remuneracional de género es de un 22,9%¹⁴ y que falta un largo camino por recorrer para erradicar esta diferencia. Tanto así que el Informe Global de Brecha de Género 2016 del Foro Económico Mundial, concluye que la paridad económica entre los

¹² Ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971. Promulgado mediante DS N° 732 de 19 de octubre de 1971, publicado en Diario Oficial del 12 de noviembre de 1971.

¹³ CEDAW. 2012. Observaciones finales concernientes a los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones.

¹⁴ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 15.

géneros podría tomar hasta 170 años, atendidos los desequilibrios crónicos en las remuneraciones, entre otros factores¹⁵.

Es en este contexto, en que estimamos relevante analizar una de las principales iniciativas legislativas del Estado chileno para disminuir la brecha remuneracional entre hombres y mujeres, que consistió en la dictación de la Ley 20.348, que el 2009 incorporó el artículo 62 bis al Código del Trabajo, norma que reconoció explícitamente el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

De este modo, el principal objeto de estudio del presente trabajo es analizar la eficacia de esta norma, el que se abordará principalmente desde una perspectiva estadística y jurisprudencial. Así, al analizar sus resultados, veremos que nos muestran algunos estudios estadísticos con enfoque de género, para observar si la incorporación de esta norma tuvo algún impacto en la brecha remuneracional entre hombres y mujeres.

Por su parte, se estimó necesario efectuar un análisis de sentencias, en las que además de indagar respecto a cómo ha sido entendida esta norma por nuestros tribunales, veremos si podemos encontrar ciertos elementos que sea

¹⁵ INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD.
<<http://imco.org.mx/competitividad/informe-global-de-la-brecha-de-genero-2016-via-wef/>>.
[Consulta: 29/10/2016]

menester corregir en nuestra legislación o las falencias de los casos que se analizarán, dado que un dato no menor es que de una muestra de sentencias pronunciadas en 6 causas, en 5 de ellas se rechazaron las denuncias de tutela laboral, siendo relevante analizar los motivos de dichos rechazos.

Luego, a la luz de lo que arroje dicho análisis estadístico y jurisprudencial veremos si la norma es una herramienta eficaz para disminuir esta brecha remuneracional y si no lo ha sido, evidenciar los motivos.

Ahora bien, para lograr este objetivo, previamente se verá el contexto normativo en que se encuentra inserta esta norma, dando cuenta de los principios de igualdad y no discriminación arbitraria, consagrados en la Constitución Política de la República; los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, relacionados con el principio de igualdad remuneracional entre hombres y mujeres, como los ya citados Convenio 100 de la OIT y la CEDAW, entre otros, además de las normas laborales referentes al mismo principio.

Aquí valga detenerse para llamar la atención en un punto: Si efectivamente nuestra carta fundamental y ciertos tratados internacionales ratificados por Chile, como el propio Código del Trabajo consagran expresamente los principios de igualdad y no discriminación, estimamos

relevante indagar sobre cuál fue la motivación del legislador para estimar que igualmente se debía incorporar una norma en el Código del Trabajo que consagrara expresamente este principio.

Para responder esta interrogante, estudiaremos la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.348 que incorporó el artículo 62 bis del Código del Trabajo, centrandó nuestro análisis en la motivación del legislador para su dictación y en los cambios que sufrió el proyecto, pues si bien en un principio se hizo referencia a “servicios de igual valor”¹⁶, finalmente el artículo limitó este principio a “un mismo trabajo”¹⁷. Es precisamente el concepto de “trabajo de igual valor” de tal relevancia, que incluso dedicaremos un capítulo exclusivo.

Finalizando esta parte introductoria debemos señalar que el presente trabajo parte del reconocimiento que la brecha remuneracional entre hombres y mujeres pasa por aspectos que van mucho más allá del ordenamiento jurídico y de una determinada norma, pues se relaciona con factores históricos, sociales,

¹⁶ Así, el proyecto de ley consistía en agregar el Artículo 62 bis del Código del Trabajo, el que en su primera parte señaló: “En materia de remuneraciones deberá aplicarse el principio de igualdad entre el trabajo masculino y femenino por un servicio de igual valor...”. Se trató de la Moción Parlamentaria del 19 de julio de 2006 de los señores Diputados Carlos Olivares Zepeda, Jorge Eduardo Sabag Villalobos, Sergio Ojeda Uribe, Patricio Walker Prieto, Eduardo Díaz del Río, Jaime Mulet Martínez, Pedro Araya Guerrero, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Mario Venegas Cárdenas y Gabriel Ascencio Mansilla.

¹⁷ En lo pertinente el artículo 62 bis del Código del Trabajo establece: “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo...”.

familiares y culturales¹⁸, que si bien de a poco están cambiando de paradigma¹⁹, evidentemente han influido en la permanencia de este fenómeno. Sin embargo, consideramos que, si el legislador incorporó a la legislación laboral una norma que tuvo por objeto poner a disposición de las mujeres una herramienta para hacer frente a esta brecha, lo mínimo que se puede exigir, es que sea útil en tal fin.

¹⁸ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 96.

¹⁹ FILGUEIRA, N. Op. Cit. pp.15 - 16.

II. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD REMUNERACIONAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

El 2009 fue promulgada la Ley 20.348, que tuvo como principal objeto reconocer el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, que realicen el mismo trabajo, incorporando al Código del Trabajo el artículo 62 bis, estableciendo que “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”, según así se señala en su primer inciso. Luego, en su segundo inciso se dispone que las denuncias que se realicen invocando este artículo, se sustanciarán en conformidad al Procedimiento de Tutela Laboral, pero imponiendo un requisito no menor, consistente en que únicamente se puede accionar “una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa”.

Consecuente con esta última parte de la norma, la Ley 20.348 estableció la obligación de incorporar a los reglamentos internos un procedimiento para conocer de estas denuncias y obliga a las empresas, que tengan más de 200

trabajadores, a incorporar a estos mismos reglamentos una descripción de cargos o funciones y sus características esenciales.

Ahora bien, que el 2009 se haya reconocido expresamente este principio, no quiere decir que nuestro ordenamiento jurídico no lo hubiese consagrado con anterioridad o que existieran alternativas de protección frente a actos de discriminación que afectaran a las mujeres en el ámbito laboral²⁰, contempladas incluso antes del Procedimiento de Tutela Laboral establecido en el Código del Trabajo. En efecto, como veremos a continuación, desde mucho antes nuestro ordenamiento jurídico consagra los principios de igualdad y no discriminación arbitraria, que refuerzan el principio de igualdad remuneracional entre hombres y mujeres, reconocido en nuestra legislación laboral.

II.I Constitución Política de la República:

Nuestra carta fundamental en su primer capítulo que trata sobre las Bases de la Institucionalidad comienza consagrando en su artículo 1° los principios de la libertad, la igualdad y el valor de la dignidad, señalando que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, proclamación que se encuentra

²⁰ CAAMAÑO, E. Op. Cit. pp. 33-39.

en el umbral de la Constitución, incluso antes que los derechos públicos subjetivos²¹, dando cuenta de la relevancia de ellos.

Luego, el mismo artículo 1º, al referirse a la finalidad del Estado, nos señala que “está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Posteriormente, al establecer los deberes del Estado, nos indica que dentro de ellos se encuentra la promoción de la integración armónica de todos los sectores de la Nación, como asimismo asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

De esta forma nuestra Carta Fundamental comienza reconociendo la igualdad, que constituye un principio que en términos muy simples implica que a todos se nos reconozca un igual trato, independiente de nuestras naturales diferencias. Como nos dice Ferrajoli “el principio de igualdad está estipulado, sea porque somos diferentes, sea porque somos desiguales: para tutelar y valorizar las diferencias y para remover o reducir las desigualdades”, lo que viene dado

²¹ CEA, J.L. 2015. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Tercera Edición. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. pp. 105.

porque todos tenemos igual valor y dignidad, más allá de nuestras diferencias²². Como se podrá advertir su relevancia, como principio que es, viene dada por tener “un contenido sustancial objetivo que vincula de un modo general e irradia a todo el ordenamiento jurídico”²³.

De este modo el Constituyente, para asegurar este principio, establece una serie de deberes para el Estado, que se vinculan directamente con él. Así, la igualdad de oportunidades se trata de un derecho con un objeto amplio, dado que tiene en vista la participación de todas las personas en las diversas áreas de la vida nacional, el que a la vez se relaciona con la integración armónica de la Nación, pues este deber implica que el Estado debe velar por la participación de todos en la vida económica, política, social, cultural, sin ningún tipo de marginaciones, incluyendo a las minorías y quedando excluida la discriminación²⁴.

Respecto a la finalidad del Estado, esto es, el bien común, estimamos relevante citar un extracto de las actas oficiales de la Comisión de Estudio, relativo a la opinión del Sr. Guzmán, quien señala que lo debemos entender como un bien “que le permite a todos los seres humanos alcanzar sus objetivos; pero

²² FERRAJOLI, L. 2008. La igualdad y sus garantías. En: FERRAJOLI, L., SARLO, O., CAFFERA, G., BARRETTO, G., LOPEZ, C., BLANCO, A., MALET, M., CASTRO, A., DELGADO, S. El Principio de Igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática. Montevideo Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. pp. 8.

²³ PINTO, M. 2015. Despido discriminatorio del trabajador con discapacidad. Librotecnia. pp. 36.

²⁴ CEA, J. Op. Cit. pp.233-235.

que se los permite a todos y a cada uno, no a algunos de ellos. Entonces, para lograr configurar ese orden, ese modo adecuado de relación, es necesario respetar los derechos naturales, inalienables y fundamentales de la persona humana, porque no se puede concebir que un orden los vulnere. Asimismo, no se puede concebir que un modo de relación que vulnere esos derechos pudiera ser el modo de relación que va a permitir a todos y a cada uno alcanzar en la mayor medida de lo posible su plena realización personal (...). De ese concepto del bien fluye la vocación que el Estado tiene respecto de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional, y no de una parte de ellos (...) El Estado tiene el deber de procurar el bien de todos, lo cual excluye la concepción de un Estado al servicio de un sector determinado”²⁵.

Así entendidas la igualdad de oportunidades, la integración armónica de todos los sectores de la Nación y el bien común, qué duda cabe que la finalidad del Estado y los deberes del mismo, se relacionan con el principio de igualdad y más concretamente con la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Primero, porque como ya dijimos al introducir este trabajo, la brecha remuneracional es una realidad mundial, de la que Chile no está exenta, lo que obliga al Estado, para cumplir con su finalidad y deberes, a adoptar todas las medidas tendientes a reducirla. Y segundo, porque la perpetuidad de este fenómeno atenta contra una serie de derechos subjetivos que la Constitución ha

²⁵ Citado en CEA., J. Op. Cit. pp.221-222.

reconocido haciendo eco del principio de igualdad, también proclamado por el Constituyente, como la igualdad ante la ley y la no discriminación en materia laboral, los que necesariamente deben ser respetados por el Estado, respeto que no se podrá concretizar a cabalidad, si no se hace cargo de esta brecha.

Ahora bien, el reconocimiento a la igualdad no se agota en el primer artículo de la Constitución, toda vez que a propósito de las garantías constitucionales, encontramos la forma en que se brinda protección a este principio. Así, el artículo 19 N°2 garantiza el derecho a la igualdad ante la ley, señalando que en Chile no hay persona, ni grupos privilegiados, como asimismo que ni la ley, ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias, estableciéndose posteriormente la posibilidad de la acción de protección, si se priva, perturba o amenaza esta garantía²⁶.

Posteriormente el mismo artículo, en las garantías propiamente laborales, en su numeral 16, luego de asegurar la libertad de trabajo y su protección, consagra el principio de no discriminación, prohibiendo expresamente la discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad, principio evidentemente vinculado con el principio de igualdad, toda vez que constituye

²⁶ Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile.

“una manifestación o especificación de la igualdad ante la ley”²⁷, como también la concretización del deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional²⁸.

De ahí que el principio de no discriminación esté concebido en nuestra Carta Fundamental en forma genérica, señalando únicamente los motivos o causales que autorizan legítimamente a hacer diferencias, sin que estas sean catalogadas de discriminación. Nos referimos a la capacidad, la idoneidad personal, la nacionalidad y la edad²⁹ que, al ser tratadas por el Constituyente como excepciones, nos da a entender que todas las demás quedan proscritas. Por ello en doctrina se afirma que el hecho de que la norma constitucional establezca la prohibición de discriminación de un modo tan amplio, tiene relevancia práctica, toda vez que es indicativo de que “toda otra discriminación debiese, en principio, encontrarse vedada”³⁰.

²⁷ PALAVECINO, C. 2005. La intimidación del trabajador y la prohibición de discriminación laboral frente a los análisis genéticos. Revista de Derecho (Valdivia) [online] Vol.18, n.2 pp.27-53. Disponible en:

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502005000200002&lng=es&nr m=iso>.

²⁸ SILVA, A. 2010. Tratado de Derechos Constitucional. Tomo XIII. De los Derechos y Deberes Constitucionales. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp. 250.

²⁹ SILVA, A. Op. Cit. pp. 252-256.

³⁰ UGARTE, J. 2013. El Derecho a la no discriminación en el trabajo. Santiago de Chile. Legal Publishing Chile. pp. 8.

II.II. Código del Trabajo:

Para comenzar nos situaremos en el periodo previo al 2009, año de incorporación del artículo 62 bis a este cuerpo normativo. Así, primero encontramos el artículo 2, que luego de comenzar reconociendo la función social que cumple el trabajo, nos señala que “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”, lo que constituye un reconocimiento del legislador a que el trabajo más que un esfuerzo mecánico es “una obra de la inteligencia, de la voluntad, de la libertad, de la conciencia”³¹, que por ende se vincula directamente con la dignidad de la persona y que requiere especial protección.

Consecuente con ello, la misma norma señala expresamente que los actos de discriminación son contrarios a los principios de las leyes laborales, para posteriormente definirlos como las “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Luego, se preocupa de señalar qué aspectos no caben dentro del concepto de actos de discriminación, haciendo referencia a las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un

³¹ SILVA, A. Op. Cit. pp. 222.

determinado trabajo. Y, posteriormente dispone que las ofertas de trabajo que señalen como requisitos de postulación, algunas de las condiciones señaladas en el concepto de actos de discriminación, serán consideradas ofertas de trabajo discriminatorias.

Respecto a esta norma, lo primero que debemos señalar es que es un claro reflejo de lo que ordena el Constituyente, en el sentido que se debe asegurar la libertad de trabajo y “velar porque se establezcan las condiciones sociales necesarias para que pueda desarrollarse dignamente”³², precisamente porque como ya vimos, las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dignidad que es fuente de los derechos públicos subjetivos que el ordenamiento jurídico le reconoce, de la que “nunca puede ser despojada la persona, ni siquiera cuando se halla sometida a relaciones especiales de sujeción”³³, como es propio de la relación laboral.

Por su parte, la doctrina ha coincidido³⁴ en que los motivos de discriminación no se agotan en la descripción que hace la norma y que únicamente contempla “un modelo de sospecha abierto, en que cualquier criterio,

³² SILVA, A. Op. Cit. pp. 222.

³³ CEA, J. Op. Cit. pp. 207-208.

³⁴ Así a modo de ejemplo podemos citar UGARTE, J. El autor además cita a ERMIDA, O. quien a propósito del catálogo de motivos de discriminación del Convenio 111 de la OIT señala que “en la actualidad, tales enumeraciones no pueden ser consideradas de ningún modo como taxativas, sino como puramente ejemplificativas”. El Derecho a la no discriminación en el trabajo. Santiago de Chile. Legal Publishing Chile. 2013. pp. 21-22.

aún sin estar enumerado”³⁵, puede ser considerado un acto de discriminación arbitraria, toda vez que al consagrar un “sistema de sospecha cerrado, viene tan sólo a confirmar la extensa prohibición constitucional”³⁶.

Así además ha sido reconocido por la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo³⁷, que si bien el 2014 actualizó su doctrina a la luz de los efectos de la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación³⁸, ya desde el 2004 afirmaba que los motivos de discriminación no eran una enumeración taxativa³⁹, criterio que también ha sido reconocido por la Corte

³⁵ GAMONAL, S. 2011. Fundamentos de Derecho Laboral. Santiago de Chile. Editorial Legal Publishing Chile. Tercera Edición. pp. 47.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 2669/033 de 18 de julio de 2014. En lo pertinente señala: “De la norma legal precedentemente transcrita, se infiere que por discriminación arbitraria se debe entender toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, exigible no sólo a los poderes públicos, sino que también a los particulares, que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico, especialmente cuando se funden, a modo ejemplar, en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, entre otras”.

³⁸ La ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación fue promulgada el 12 de julio de 2012 y en su artículo 2 define la discriminación arbitraria como “...toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

³⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 3704/134 de 11 de agosto de 2004, que en lo pertinente señala que “La incorporación en nuestra legislación (inciso tercero, del artículo 2º, del Código del Trabajo) de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal (...) A dicha configuración ha de llegarse a

Suprema, que unificó la jurisprudencia en este mismo sentido, basada principalmente en que una interpretación contraria otorgaría una protección más limitada que la que confiere el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, en relación al derecho de igualdad ante la ley garantizado en su artículo 19 N° 2 y el Convenio 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo⁴⁰.

Avanzando en el Código del Trabajo, encontramos su artículo 5, el que se relaciona con los principios de igualdad y no discriminación, al establecer que las garantías constitucionales constituyen límites a las facultades del empleador, dentro de las que, como ya vimos, se encuentran la igualdad ante la ley y la no discriminación en materia laboral.

través de la fórmula constitucional contenida en el inciso tercero, del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política...”.

⁴⁰ CORTE SUPREMA. 05 de agosto de 2015. Rol N° 23.808-14. Cabe destacar que al acoger el recurso de unificación, en su considerando décimo argumenta que “...la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina que la protección a la garantía de no discriminación o principio de igualdad, otorgada por el procedimiento de tutela laboral –de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo-, no queda limitada únicamente a aquellos actos discriminatorios basados en los motivos o criterios que expresamente prevé el artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo, sino que se extiende a todas aquellas discriminaciones o diferencias arbitrarias, prohibidas por el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y por el Convenio OIT N° 111 de 1958; razón por la que corresponde acoger el recurso que se analiza y unificar la jurisprudencia en el sentido indicado...”

Posteriormente encontramos dos normas, que si bien se refieren a bienes jurídicos diversos, asociados a la maternidad⁴¹ y a la libertad sindical⁴², los traemos a colación, por considerar que ambas nos muestran cómo el legislador laboral se ha encargado de reconocer y proteger el principio de igualdad. Nos referimos a los artículos 194 y 215 del Código del Trabajo⁴³, que se encuentran redactados en términos tales, que denotan que el legislador quiso brindar especial protección a las madres trabajadoras y a los trabajadores sindicalizados, prohibiendo expresamente ser perjudicados por estos motivos. La señal es clara, en orden a que ambos aspectos constituyen terrenos fértiles para dar lugar a la discriminación y que, por lo mismo, con su establecimiento se pretende evitarla. De ahí su relación con el principio de igualdad.

Luego, otras normas relacionadas con el principio de igualdad de remuneraciones y por ende con la discriminación de género, las encontramos a propósito de la regulación del Procedimiento de Tutela Laboral, que rigen desde antes del 2009 y que establece que los actos de discriminación a los que se hace

⁴¹ Nos referimos al artículo 194, inciso final, del Código del Trabajo que establece 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 o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

⁴² Nos referimos al artículo 215 del Código del Trabajo que establece que “No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales”.

⁴³ GAMONAL, S. Op. Cit. pp.46-47.

referencia en el artículo 2 del Código del Trabajo, se deben denunciar bajo este procedimiento.

De todo lo dicho estimamos que es incuestionable que con anterioridad a la promulgación de la Ley 20.348, el legislador ya consagraba y protegía los principios de igualdad y no discriminación, como asimismo que las mujeres contaban con una acción especial para denunciar este tipo de discriminaciones, mediante el Procedimiento de Tutela Laboral.

Es más, ya desde mucho antes del Procedimiento de Tutela parte de la doctrina planteaba que existían diversas alternativas, como el recurso de protección, sin perjuicio que no es habitual que los trabajadores ejerzan esta acción⁴⁴, lo que está dado por las limitaciones que presenta en virtud de su carácter extraordinario, que frente a conflictos laborales no permite la declaración de nulidad del acto lesivo o la reparación, aspectos que deben ser conocidos en juicios de lato conocimiento⁴⁵. Asimismo, se planteaban otras posibles acciones en sede civil, como la de indemnización de perjuicios o la declaración de nulidad absoluta del acto jurídico que lleve envuelta la discriminación. En lo estrictamente laboral, se planteaba la posibilidad del despido indirecto o la denuncia

⁴⁴ LANATA, G. 2011. Manual de Proceso Laboral. Santiago de Chile. Legal Publishing Chile. pp. 208.

⁴⁵ CAAMAÑO, E. Op. Cit. pp. 33-39.

administrativa ante la Dirección del Trabajo, para sancionar conforme a las reglas generales⁴⁶.

En razón de lo que se ha venido diciendo, antes de continuar con los tratados internacionales vinculados a nuestro campo temático, corresponde hacer notar que todos los preceptos constitucionales y legales analizados no los debemos perder vista en el presente trabajo, toda vez que si el legislador consideró que ellos no eran suficientes, fluye de manera obvia que cualquier iniciativa legislativa debía implicar necesariamente un avance por sobre lo ya reconocido, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

II.III. Tratados internacionales ratificados por Chile:

Previo a entrar al análisis de los tratados internacionales ratificados por Chile que se relacionan con el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, debemos comenzar señalando que en la actualidad se discute si estos tratados son o no de aplicación directa y cómo se debe proceder cuando son contrarios a la normativa interna. Así, para algunos constitucionalistas, como José Luis Cea Egaña, lo que se debe dar es una complementación y no oposición, por lo que desde una perspectiva jurisdiccional, el derecho constitucional supranacional es aplicable únicamente de un modo

⁴⁶ CAAMAÑO, E. Op. Cit. pp. 36.

coadyuvante, esto es, una vez “agotado el derecho constitucional nacional sin haber satisfecho los imperativos de acceso a la judicatura para la promoción y protección de la dignidad y los derechos humanos”, señalándonos que las tesis extremas, son insostenibles⁴⁷. Lo anterior, pese a que nuestros altos tribunales de justicia parecieran entender que sí son de aplicación directa cuando, por ejemplo, a propósito del derecho a huelga deciden en base al artículo 8 N° 1 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, que la sola circunstancia que la ley regule la huelga en la negociación colectiva reglada, “no puede llevarnos a sostener que fuera de ella se encuentre prohibida”⁴⁸.

Si bien las diversas posturas existentes respecto a la procedencia o no de la aplicación directa de los tratados internacionales sobre derechos humanos excede el objeto de estudio de la presente investigación, la decisión jurisdiccional previamente citada la traemos a colación para evidenciar la jerarquía que estas fuentes del derecho han ido adquiriendo en la resolución de los asuntos puestos en conocimiento de la judicatura.

Ahora bien, la relevancia de los tratados internacionales que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, la encontramos en la propia Constitución, que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover

⁴⁷ CEA, J. Op. Cit. pp. 115-116.

⁴⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 23 de octubre de 2015. Rol 1144-2015.

tantos estos derechos, garantizados en la misma, como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁴⁹.

Entrando al estudio de los tratados internacionales vinculados con el principio de igualdad remuneracional entre hombres y mujeres, ratificados por Chile, partiremos haciendo referencia a los que consagran los principios de igualdad y no discriminación, en términos más generales, para después centrarnos en los que se vinculan más directamente con el ámbito laboral y con la prohibición de la discriminación hacia la mujer.

En este sentido, el primer tratado al que debemos hacer referencia es la Declaración Universal sobre Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, la que proclama el principio de igualdad, al señalar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁵⁰, como asimismo reconoce el principio de no discriminación al señalar que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”⁵¹.

⁴⁹ Artículo 5 de la Constitución Política de la República.

⁵⁰ Artículo 1 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos.

⁵¹ Artículo 2 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos.

Luego, corresponde hacer referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que consagra el principio de igualdad ante la ley y contempla una prohibición amplia de discriminación⁵², toda vez que en su artículo 26 señala que cualquier clase de discriminación estará prohibida, para luego señalar que la ley debe garantizar que todos gocen de igual y eficiente protección contra la discriminación fundada en diversos motivos, entre ellos el sexo, catálogo abierto, pues finaliza señalando que cabe en este las diferencias de otro tipo.

Por otra parte, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece que los Estados parte se obligan a garantizar el ejercicio de los derechos del Pacto, sin ningún tipo de distinción, señalando luego un catálogo, que al igual que el Pacto anterior, está contemplado en términos amplios.

Introduciéndonos en el ámbito propiamente laboral, corresponde hacer referencia a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, dentro de los que cabe destacar el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, ratificado por Chile en 1971⁵³; el Convenio 111 sobre la discriminación en

⁵² CAAMAÑO, E. Op. Cit. pp. 27.

⁵³ Ratificado con fecha 20 de septiembre de 1971, Promulgado mediante DS N° 732 de 19 de octubre de 1971, que fue publicado en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1971.

el empleo y ocupación de 1958, ratificado también en 1971⁵⁴ y el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981, ratificado por Chile en 1998⁵⁵.

En primer término, debemos indicar que si bien el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, fue el primer instrumento internacional referente al tema⁵⁶, la OIT reconoce este principio desde su constitución. Así, la declaración de Filadelfia de 1944, reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”⁵⁷.

Respecto al Convenio 100, se debe señalar que tiene por objeto evitar la discriminación entre hombres y mujeres en materia de remuneración, imponiendo a los Estados la obligación de promover y garantizar la aplicación a todas las personas trabajadoras el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor⁵⁸.

⁵⁴ Ratificado con fecha 20 de septiembre de 1971, Promulgado mediante DS 733 de 19 de octubre de 1971, publicado en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1971.

⁵⁵ Ratificado, junto a otros convenios, con fecha 03 de noviembre de 1998, mediante Decreto 1907, publicado en el Diario Oficial el 03 de marzo de 1999.

⁵⁶ OELZ, M., OLNEY, SH., TOMEI, M. Op. Cit. pp. 2.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ PINOTTI, M. 2013. Abuso, discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Vera Arévalo. pp. 46.

Sin perjuicio que volveremos sobre este último concepto al analizar el artículo 62 bis del Código del Trabajo, por ahora diremos que es más amplio que el concepto que contempla dicha norma, pues un trabajo de igual valor además de abarcar casos en que mujeres y hombres realizan un mismo o similar trabajo, también se aplica cuando mujeres y hombres desempeñan trabajos en condiciones diferentes; que requieren cualificaciones, capacidades, niveles de esfuerzo y responsabilidades diferentes⁵⁹. Es más, es un concepto que también se aplica cuando se llevan a cabo en lugares o para empleadores diferentes⁶⁰ y la razón de su amplitud dice principalmente relación con el hecho que las mujeres se siguen concentrando en un número limitado de empleos minusvalorados⁶¹.

Por su parte el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación de 1958, está directamente relacionado con el Convenio 100, aunque es más amplio que el anterior, pues además de hacer referencia a las distinciones por sexo, también hace referencia a discriminaciones que tienen su origen en otros motivos, como la ascendencia nacional u origen social, que afecten negativamente a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. De este modo, la Recomendación que lo acompaña “hace referencia a la necesidad de formular una política nacional para la prevención de la discriminación en el empleo y la ocupación”, considerando diversos principios,

⁵⁹ OELZ, M., OLNEY, SH., y TOMEI, M. Op. Cit. pp.36

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ OELZ, M., OLNEY, SH., y TOMEI, M. Op. Cit. Pp. 35.

dentro de los que figura la igualdad de oportunidades y de trato respecto a la remuneración por un trabajo de igual valor⁶².

Así como el Convenio 111, tiene estrecha vinculación con el Convenio 100, misma relación tiene con el Convenio 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, toda vez que este tiene por objeto que exista una igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, a fin de que las personas que ejerzan responsabilidades familiares lo hagan sin ser objeto de discriminación y en la medida de lo posible, sin conflicto entre estas responsabilidades y las propiamente laborales⁶³.

Finalmente nos referiremos a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, más conocida como CEDAW, la que, como ya se dijera al introducir este trabajo constituye “el principal instrumento a través del cual la comunidad internacional ha pretendido introducir un mejoramiento efectivo de la condición de la mujer en el mundo”⁶⁴, pues va más allá de la consagración de los principios de igualdad y no discriminación de la mujer, al ser considerada como “un programa de acción

⁶² OELZ, M., OLNEY, SH., y TOMEI, M. Op. Cit. pp.3

⁶³ PINOTTI, M. Op. Cit. pp. 222

⁶⁴ CAAMAÑO, E. Op. Cit. pp. 27.

pública destinado a eliminar la discriminación hacia las mujeres y lograr la igualdad formal y sustantiva entre mujeres y hombres”⁶⁵.

Al respecto debemos recalcar que la CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”⁶⁶.

Esta Convención, en lo estrictamente relacionado con la igualdad remuneracional entre hombres y mujeres, al igual que el Convenio 100 de la OIT, hace referencia a la igualdad frente a un trabajo de igual valor⁶⁷, concepto más amplio que el contemplado en el artículo 62 bis del Código del Trabajo, que únicamente la contempla frente a un mismo trabajo, aspecto que será analizado con mayor profundidad en el quinto capítulo.

⁶⁵ VALDÉS, T. Op. Cit. pp. 171.

⁶⁶ Artículo 1 de la CEDAW.

⁶⁷ El artículo 11 de la CEDAW establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo”.

III. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY N° 20.348.

Como ya hemos adelantado en el capítulo precedente, es indubitable que nuestro ordenamiento jurídico además de consagrar los principios de igualdad y no discriminación, establece una serie de acciones para dar protección efectiva a ellos, como el recurso de protección, en un ámbito más general y la acción de tutela laboral, en el ámbito del Derecho del Trabajo. De ahí que hemos afirmado que la exigencia obvia a una norma que viene a reforzar estos principios en materia de género, es que necesariamente implique un avance, el que únicamente se puede concebir si representa un estándar de protección superior al ya existente.

Para ver si se ha cumplido con este estándar de protección, en el presente capítulo analizaremos la historia fidedigna de la Ley 20.348, a fin de indagar en ella las motivaciones que tuvo en vista el legislador para dar lugar a esta norma, como asimismo los cambios que fue experimentando el proyecto a lo largo de su tramitación, para finalizar adelantando los principales problemas que divisamos en su establecimiento.

Sin embargo, previo a entrar al análisis de los hitos que más nos interesa destacar de la tramitación legislativa, hemos estimado relevante adelantar que la

Ley 20.348 además de incorporar el artículo 62 bis al Código del Trabajo, modifica otras normas, siendo posible distinguir que los principales aspectos de esta ley, se dividen en: 1) Norma que incorpora al Código del Trabajo; 2) Normas del Código del Trabajo que se modifican y, 3) Modificación al Estatuto Administrativo. Distinción conforme a la que se debe destacar lo que se indica a continuación:

1. Norma que incorpora al Código del Trabajo: Se trata del artículo 62 bis que consagra el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, artículo en el que cabe recalcar los siguientes aspectos:

- 1.1. Que el principio de igualdad está consagrado si se presta un mismo trabajo.
- 1.2. Que no serán consideradas arbitrarias las diferencias objetivas que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, entre otras razones.
- 1.3. Que las denuncias que se realicen invocando esta norma se sustanciarán conforme al Procedimiento de Tutela Laboral.
- 1.4. Que la acción de tutela laboral se puede ejercer una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto en el reglamento interno.

2. Normas del Código del Trabajo que se modifican: Se trata de los artículos 154 y 511, debiendo destacarse lo siguiente:

- 2.1. En el artículo 154 se añade a su numeral 6 la obligación para las empresas con 200 trabajadores o más, de incorporar a sus reglamentos internos un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.
- 2.2. Que al mismo artículo 154 se agrega el numeral 13, estableciendo la obligación de incorporar a los reglamentos internos el procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis del Código del Trabajo.
- 2.3. Que los requisitos básicos del procedimiento que deben contemplar los reglamentos internos dicen relación con que el reclamo del trabajador y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados y que, en el caso de la respuesta del empleador, deberá ser entregada dentro de un plazo no superior a treinta días desde el reclamo.
- 2.4. Se agrega al artículo 511 del Código del Trabajo una especie de incentivo para aquellos empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, a fin de poder solicitar la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación del recurso de reconsideración administrativa de las multas ante la Dirección del Trabajo, salvo que las multas cursadas no se funden en prácticas

antisindicales o infracción a los derechos fundamentales, incentivo que no se encuentra vigente.⁶⁸

3) Modificación al Estatuto Administrativo: Se trata de la modificación a su artículo 10, al que se agrega un nuevo inciso 4° que señala que "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."

Efectuada la precisión anterior, es necesario señalar que el análisis de la historia de ley que desarrollaremos se centrará en los aspectos que hemos considerado más relevantes desde la óptica del derecho laboral, a saber: Que la consagración del principio de igualdad de remuneraciones es por un mismo trabajo y no por un trabajo de igual valor; que la obligación del registro de cargos es exigible únicamente para empresa que cuenten con 200 o más trabajadores y que el ejercicio de la acción de tutela laboral está supeditada al reclamo previo ante el empleador⁶⁹.

⁶⁸ Esta norma fue modificada por la Ley 20.416 publicada en el Diario Oficial el 03 de febrero de 2010, que entre otros aspectos sustituyó el artículo 511 del Código del Trabajo, sin contemplar el inciso final que agregó en su oportunidad la Ley 20.348.

⁶⁹ Hacemos presente que los otros aspectos de la Ley 20.348 no serán analizados, por los siguientes motivos: En lo que respecta a los criterios bajo los que no se considera que una diferencia remuneracional es constitutiva de discriminación, no se abordará dado que sigue una

Entrando en materia, comenzaremos indicando que la Ley 20.348 tiene su origen en una moción parlamentaria del 19 de julio de 2006⁷⁰ ⁷¹ que comienza indicando que “el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres goza de una larga historia de reconocimiento jurídico a nivel supranacional”⁷², citando a este respecto el Tratado de Paz de Versalles de 1919; el Preámbulo del Tratado que constituyó la Organización Internacional del Trabajo de 1940; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo de 1951 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

línea similar a la del artículo 2 del Código del Trabajo en aquella parte que señala que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación” y porque además estimamos que si se dan o no esos presupuestos objetivos es más bien un asunto que debe ponderar el juez en el Procedimiento de Tutela Laboral, bajo los parámetros otorgados en el artículo 485 del Código del Trabajo. En lo que respecta a los requisitos que debe contemplar el reclamo y respuesta del empleador, no serán abordados por considerar que son mínimos establecidos por el legislador para situaciones que revisten similar o mayor gravedad, como es el caso del acoso sexual, procedimiento que, según los artículos 211 A y siguientes del Código, debe ser escrito y durar 30 días. En lo que respecta al inciso final que se agrega al artículo 511, no se analizará por estimarse irrelevante, considerando los pocos meses que estuvo vigente la norma, dado que el artículo 511 del Código del Trabajo fue sustituido, lo que se concretizó con la Ley 20.416, publicada en el Diario Oficial el 03/02/2010. Finalmente, no se analizará la norma que se agrega al Estatuto Administrativo, por ser dicho cuerpo normativo un ámbito que trasciende del objeto de estudio de la presente investigación, que como su título lo indica, se centra en la eficacia del artículo 62 bis del Código del Trabajo.

⁷⁰ Boletín N°4356-13. Moción de los siguientes Diputados: Carlos Olivares Zepeda, Jorge Eduardo Sabag Villalobos, Sergio Ojeda Uribe, Patricio Walker Prieto, Eduardo Díaz del Río, Jaime Mulet Martínez, Pedro Araya Guerrero, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Mario Venegas Cárdenas y Gabriel Ascencio Mansilla.

⁷¹ Se funda en 4 capítulos, a saber: I.- Introducción. II.- Discriminación en cifras. III.- El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo. IV.- Derecho Chileno. Este último con dos subcapítulos. 1) No discriminación laboral en la Constitución y 2) No discriminación en el Código del Trabajo.

⁷² Historia de la Ley 20.348. Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones. Biblioteca del Congreso Nacional. pp. 3.

Luego, en el capítulo que se titula “Discriminación en cifras”⁷³ señala que según la encuesta de remuneraciones del INE, al 2001 la diferencia remuneracional entre hombres y mujeres alcanzaba al 31,1 % y que si bien Chile presenta avances, éste es leve según un informe de la OIT denominado “La hora de la igualdad en el trabajo” en que Chile figura con un 5% de progreso, en comparación a un 19% de Paraguay o un 14% en Colombia. De este informe, además se recalca que dentro de las causas de esta brecha remuneracional se encuentra la idea de que la contratación de mujeres implica un alto costo y que el tema además pasa por la falta de comprensión “de la diferencia entre los conceptos de igual remuneración por trabajos iguales o similares, e igual remuneración por trabajos de igual valor”⁷⁴.

Continúa haciéndose cargo de la no discriminación laboral en la Constitución, citando los artículos 1; 19 Nos. 2 y 16 y el 5, relacionando este último con el Convenio 100 de la OIT, que consagra el principio de igualdad de remuneración, afirmando que “no cabe duda sobre el reconocimiento y obligatoriedad de este principio y de la necesidad de concretar más profundamente en la práctica las obligaciones que la ratificación de este instrumento internacional conlleva”⁷⁵, dándonos a entender que la concretización

⁷³ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 3.

⁷⁴ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 4.

⁷⁵ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 5.

práctica de este Convenio sería una de las motivaciones de la norma que se propone.

Posteriormente se hace referencia a la no discriminación en el Código del Trabajo, citando el artículo 2, para luego concluir que a juicio de quienes proponen la incorporación de la norma “este derecho consagrado en la legislación internacional, y nacional en sus ámbitos constitucional y legal, se encuentra carente de garantías efectivas, concebidas como dispositivos jurídicos efectivos (...) Esta situación genera claramente una desprotección, falta de tutela, o más bien, la impunidad del discriminador laboral por género”⁷⁶.

Es precisamente en las palabras recién citadas donde encontramos la principal motivación que dio origen a la moción parlamentaria, toda vez que quienes proponen la norma, estiman que no existe un instrumento que brinde protección efectiva al principio de no discriminación remuneracional por motivos de género. Aquí valga detenerse para recordar que a esas alturas la reforma procesal laboral contenida en la Ley 20.087 llevaba pocos meses desde publicada⁷⁷ e incluso aún no entraba en vigencia en ninguna región del país⁷⁸,

⁷⁶ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 6.

⁷⁷ La Ley 20.087 fue publicada en el Diario Oficial el 01 de enero de 2006.

⁷⁸ En este aspecto recordemos que el artículo 1 transitorio de la Ley 20.087 establece que su entrada en vigencia sería con la gradualidad que a continuación se señala: En las Regiones III y XII la ley empezaría a regir el 31 de marzo de 2008. En las Regiones I, IV, V y XIV el 31 de octubre de 2008. En las Regiones II, VI, VII y VIII el 30 de abril de 2009. En la Región Metropolitana el 31 de agosto de 2009. En las Regiones IX, X, XI y XV el 30 de octubre de 2009.

por lo que si consideramos que aún no se tenía certeza del positivo cambio que implicaría el Procedimiento de Tutela Laboral en el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores⁷⁹ sumado a que, como ya dijéramos anteriormente, el recurso de protección no era suficiente y que no existía ninguna medida propiamente laboral, más que las multas que podía cursar la Dirección del Trabajo, lo concluido por los patrocinadores de la moción cobra mucho sentido y de ahí, que ello se debía tener en vista en toda la tramitación legislativa.

Ahora bien, pese a la claridad de quienes plantean la incorporación de la norma, en el sentido que no existía ninguna herramienta para hacer frente a la brecha remuneracional que afecta a las mujeres, la proposición que se realiza únicamente se agota en lo clásico: Sanción con multa residual del artículo 477 del Código del Trabajo⁸⁰, actual artículo 507. Lo anterior no constituía novedad

⁷⁹ En este sentido UGARTE, J. 2007. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. Revista de Derecho. Vol. XX – N°2. Al respecto el autor nos señala que “Este procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata o directa en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado entre la relación laboral -el empleador- (...) Se trata de un conjunto de reglas de tutela que, organizadas en torno a un nuevo procedimiento laboral, presentan novedades mayores para nuestro modo de entender la tutela judicial de las relaciones laborales...”. pp. 61-62.

⁸⁰ En este sentido la moción señala: “Es por ello que pensamos que debería estar consagrado expresamente el derecho de los trabajadores a una igual remuneración sin distinción de sexo, con criterios claros para establecer tal discriminación (cargo, igualdad de condiciones, o funciones de la misma naturaleza), como derecho individual y colectivo, sancionarlo así con la multa residual del art. 477 del Código del Trabajo”.

alguna desde que esta sanción era perfectamente aplicable con las normas ya existentes en el mismo Código.

Finalmente, en base a todo lo expuesto en la fundamentación de la moción parlamentaria, el proyecto de ley señala:

“Agrégase el nuevo Artículo 62 bis del Código del Trabajo:

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”.

Introduciéndonos al análisis de la norma que se propone, partiremos diciendo que uno de los aspectos rescatables de la propuesta está dado por considerar que es necesario que el empleador informe sobre los cargos y personas que los desempeñan, lo que se tuvo en vista para “facilitar la prueba de las denuncias e infracciones”⁸¹, admitiendo con ello la dificultad probatoria que

⁸¹ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp.6.

en la mayoría de los casos lleva envuelta la vulneración de derechos fundamentales, a la que por lo general se trata de dar una apariencia de legitimidad o legalidad, lo que ha sido reconocido por el propio legislador al establecer un estándar de prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral⁸². Sin embargo, en el curso de la tramitación legislativa pareciera que los legisladores se alejan de esta idea dado que, como veremos en el presente capítulo, la obligatoriedad de este registro sufrió una importante restricción.

Ahora bien, estimamos que lo más destacable del proyecto es que se reconoce la igualdad remuneracional frente a “un servicio de igual valor”, aproximándose con ello al patrón otorgado tanto por el Convenio 100 de la OIT, como por la CEDAW, que consagran el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un “trabajo de igual valor”. Y si bien, es uno de los elementos más destacables de la propuesta, no podemos dejar de mencionar que a la vez fue uno de los aspectos que provocó mayor debate, tanto así que finalmente la norma quedó en un sentido más limitado: Por un mismo trabajo⁸³, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

⁸² 2º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. 15 de septiembre de 2016. RIT S-57-2016. En lo pertinente señala: “La vulneración al ser una acción proscrita y sancionada por el derecho, será subrepticia e intentará entregársele una apariencia de legitimidad. Por esto el legislador ha recurrido a la técnica de indicios suficientes -artículo 493 del Código del Trabajo- para develarla. La prueba directa sería un estándar casi imposible de alcanzar, pero sí se puede develar o conocer la vulneración por las acciones indiciarias que la rodean”.

⁸³ OELZ, M., OLNEY, SH., TOMEI, M. Al respecto nos señalan que “...La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor cubre no solamente casos en los que mujeres y hombres desempeñan un trabajo igual o similar, sino también la situación más habitual en la que desempeñan trabajos diferentes...” . Op. Cit. pp. 35.

Entrando al fondo de la discusión que se dio en el Congreso Nacional, partiremos señalando que los informes del primer trámite constitucional se radicaron en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, en la que se escucharon intervenciones de representantes del Servicio Nacional de la Mujer; del Ministerio del Trabajo; del catedrático Eduardo Caamaño Rojo, quien únicamente le reconoce a la norma propuesta un “valor simbólico declarativo para dar cuenta de un problema serio”⁸⁴; además de la participación de representantes de diversas organizaciones⁸⁵.

En este último punto, mención aparte merece la intervención de la Confederación Nacional de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa de Chile (CONAPYME), la que se pronunció respecto a lo gravoso que significaría llevar un registro detallado con funciones, fundando dicha apreciación en que “el tener que consignar funciones y detallarlas en un registro, limitará considerablemente la utilización del recurso humano, que en este tipo de empresas suele ser multifuncional (...) al dar instrucciones a los trabajadores, éstos podrán expresamente negarse en aquellos casos en que no se haya establecido el trabajo ordenado, -dentro de las funciones del registro-...”, agregando que, de

⁸⁴ Opinión que funda en que en estricto rigor la norma que se propone no sería necesaria considerando la amplitud del artículo 19 N°16 de la Constitución, en relación al artículo 2 del Código del Trabajo, los que comprenden la prohibición de toda discriminación en materia de remuneraciones por sexo. Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 33.

⁸⁵ Organizaciones que intervinieron: Comunidad Mujer; Instituto Libertad y Desarrollo, CONAPYME; y Centro de Estudios de la Mujer. Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 30-32.

insistirse en el mismo, se debería exigir para empresas con al menos 30 trabajadores⁸⁶.

Se recalca la participación de la CONAPYME, dado que los argumentos vertidos por sus representantes encontraron eco en los integrantes de la Comisión de Familia, quienes estimaron que el registro significaría “por una parte, una carga adicional que no podrían solventar, y, por la otra, dejaban fuera la multiplicidad de funciones que suelen realizar los trabajadores de las empresas de menor tamaño”⁸⁷, ante lo que el representante del Ministerio del Trabajo propuso que la obligación fuese exigible para empresas con 50 o más trabajadores, agregando que este registro debía establecerse en el numeral sexto del artículo 154 del Código del Trabajo⁸⁸, constituyendo este el origen de la modificación a este artículo.

Lo anterior lo traemos a colación dado que consideramos que el hecho que la moción haya sufrido un importante cambio a este respecto, tiene su explicación en dicha intervención, toda vez que finalmente la ley estableció la obligatoriedad del registro únicamente para la gran empresa, según la categorización dispuesta en el Código del Trabajo⁸⁹, cambio que se profundizó

⁸⁶ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 31-32.

⁸⁷ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 38.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ El artículo 505 bis del Código del Trabajo establece que para efectos del Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasifican en micro, pequeña, mediana y gran empresa, según su número de trabajadores, señalando en su segundo inciso que: “Se entenderá por micro

en el Senado, a raíz de una indicación de los Senadores Allamand y Pérez Varela⁹⁰, que finalmente se plasmó en la Ley N° 20.348, que únicamente lo hizo exigible para aquellas que tienen 200 trabajadores o más.

Para finalizar este punto, debemos mencionar que si bien en la historia de la ley queda claro que la circunstancias que este registro únicamente es obligatorio para las grandes empresas, no significa que las demás categorías de empresas queden excluidas de la obligación de respetar el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realicen el mismo trabajo⁹¹, igualmente ello fue un retroceso, toda vez que como ya dijimos, este tipo de conductas vulneradoras en la práctica son de muy difícil prueba y el registro venía a paliar, en cierto modo, dicha dificultad. A ello debemos agregar un dato estadístico no menor: Según un informe del Ministerio de Economía Fomento y Turismo del 2015, las PYMES representaban un 52.1%; las micro empresas un 44.7% y las grandes empresas constituyen un 3.2%⁹².

empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más”.

⁹⁰ Boletín de indicaciones del 11 de agosto de 2008. Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp.116-115.

⁹¹ Así lo aclara la abogada del Departamento de Reformas Legales del SERNAM, quien “reiteró, sólo se las exime de esta obligación de describir sus cargos en un registro, no así del deber de acatar el principio general de igualdad remuneracional, el cual se aplica a todo tipo de empresa, micro, pequeña, mediana y grande, sean estatales o privadas”. Historia de la ley 20.348. Op. Cit. pp. 98.

⁹² MINISTERIO DE ECONOMÍA FOMENTO Y TURISMO. 2015. Informe de Resultados: Empresas Chilenas. Tercera Encuesta Longitudinal de Empresas Unidad de Estudios. Septiembre 2015. Disponible en:

En un ámbito diverso y más de fondo, otro de los aspectos que experimentó un sustancial cambio en la tramitación legislativa dice relación con la restricción del parámetro de comparación de trabajos, pues si bien en un inicio la moción parlamentaria concebía el principio de igualdad remuneracional por un “servicio de igual valor”, finalmente la Ley 20.348 lo limitó únicamente a “un mismo trabajo”. En este sentido, el principal inconveniente que se observa tiene su origen en la fundamentación de la moción, pues ni siquiera hace el mínimo intento de explicar qué engloba el concepto de “trabajo de igual valor”, sino que simplemente se limita a hacer referencia a él cuando menciona que dentro de las causas de la brecha remuneracional aludidas por la OIT, se encuentra la falta de claridad de la diferencia entre los conceptos de igual remuneración por igual trabajo versus igual remuneración por trabajo de igual valor, lo que evidentemente no es suficiente⁹³.

En este orden de ideas estimamos que si los parlamentarios tenían claro que para la OIT una de las principales causas de esta brecha remuneracional es la falta de comprensión de esta diferencia, al menos debieron hacerse cargo de explicar qué es lo que entiende dicho organismo internacional por “trabajo de igual valor”, más aún si al fundar el proyecto nos señalan que es necesario

<file:///C:/Users/glori/Documents/Tesis/Informe%20Ministerio%20Economía.%20Resultados-empresas-chilenas.pdf>. [Consulta:25/12/2016].

⁹³ Historia de la Ley. 20.348. Op. Cit. pp. 4.

concretizar las obligaciones que conlleva la ratificación del Convenio 100 de la OIT⁹⁴, como así hicimos referencia anteriormente.

El problema es que, como veremos ahora, la antedicha omisión no fue corregida durante la tramitación legislativa. En efecto, si bien este fue uno de los principales puntos de discusión, no se observa ninguna intención seria de explicar qué es lo que abarca este concepto, pese a que existía cierta conciencia de que es mucho más complejo y difícil de aplicar que la noción de igual remuneración por un “mismo trabajo”, tal como se reconoce especialmente en la discusión que se dio en el Senado. En este sentido el Senador Letelier señala que “tras el análisis de dicha norma, se estimó que la noción de “trabajo de igual valor” significaría incorporar al Código del Trabajo un concepto complejo y difícil de aplicar, por lo tanto, se optó por transitar desde ese concepto -más moderno, pero complejo-, hacia una noción más básica conforme a la cual no podrían haber diferencias remuneracionales en razón de género tratándose de la ejecución de un “mismo trabajo”⁹⁵.

En este mismo sentido se debe indicar que en la discusión que surgió en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, no se observa por parte de sus integrantes una mayor inquietud por comprender qué es lo que significaba o

⁹⁴ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 6.

⁹⁵ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 125.

abarcaba la frase “servicio de igual valor”. Aquí el mayor intento por explicar qué es un “trabajo de igual valor”, lo encontramos a propósito del consenso de los integrantes de la comisión en el sentido que es posible hacer diferencias basadas en la naturaleza, experiencia o calificación, sin que sean discriminatorias⁹⁶, lo que sirvió de base para que los diputados Kast y Barros presentaran una indicación que pretendía que la norma propuesta estableciera la igualdad de remuneración por un “servicio de igual valor, calidad y oportunidad”⁹⁷.

Si bien la antedicha indicación fue rechazada, ella dio lugar para que se diera al menos una aproximación al concepto de “trabajo de igual valor”, lo que fue expuesto por la representante del SERNAM, señalando que se trata de un principio comprendido en Convenios de la OIT que es de compleja determinación por lo que este organismo “ha generado distintas metodologías de evaluación, que incorporan diferentes factores, según el método escogido. Así, se entrega al empleador la posibilidad de optar por el modelo que le pareciera pertinente, determinando los factores que considere más relevantes para evaluar los trabajos, luego de lo cual, una vez obtenida la determinación de los trabajos de igual valor, debiera existir una misma remuneración”⁹⁸ y que por ello estimaba que detallar los factores de la determinación del trabajo de igual valor, como se

⁹⁶ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 38.

⁹⁷ La indicación tenía por objeto agregar, antes del punto aparte (.) los términos “calidad y oportunidad”. Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 38

⁹⁸ *Ibíd.*

pretendía en la citada indicación, implicaría limitar la decisión del empleador al respecto⁹⁹.

Analizando el debate que se dio en el Senado, se debe señalar que la discusión en general estuvo a cargo de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, en la que se destaca como primer punto la necesidad de comprender qué abarca la noción de trabajo de igual valor por la mayoría de sus integrantes. Así, a modo de ejemplo podemos indicar que enseguida a que la Ministra del SERNAM explicara los fundamentos de la iniciativa, el Senador Pizarro consultó qué se entiende por trabajos o servicios de igual valor, señalado que a su entender la definición de dicho concepto resultaba esencial en este proyecto¹⁰⁰; misma situación que plantea el Senador Muñoz Aburto. En este mismo orden de ideas el Senador Allamand argumentó que no es menor introducir este concepto “con tal grado de indefinición”, recalcando que “para introducir a un cuerpo normativo un concepto actualmente inexistente en el mismo, debe haber una elaboración legislativa más acabada (...) máxime cuando se trata de un elemento fundante del principio general que se quiere consagrar”¹⁰¹. En una línea argumental similar la Senadora Matthei señaló que resultaba fundamental definir lo que se entiende

⁹⁹ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 38

¹⁰⁰ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 97.

¹⁰¹ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 99.

por trabajo de igual valor “para dilucidar el verdadero sentido y alcance de la ley”¹⁰².

Es por todos los cuestionamientos anteriores, entre otros, que se aborda de una manera algo más integral el concepto de trabajo de igual valor, debiendo destacarse a este respecto que la abogada del Departamento de Reformas Legales del SERNAM explicó que éste tiene su origen en el Convenio 100 de la OIT, el que constituyó un avance respecto de la concepción más restringida de igual remuneración por un trabajo igual. Agregó que la OIT extendió este concepto, refiriéndose a trabajo de igual valor, el que para ser determinado implica un acabado análisis de los puestos de trabajo. De este modo, los trabajadores que desempeñen trabajos que “reporten un mismo valor hacia la cadena productiva de la empresa, deben recibir una misma remuneración. Es decir, ya no se consideraría que los trabajos sean similares, sino que representen un mismo valor para la empresa”. En este sentido explica que para llegar a esta determinación la OIT ha desarrollado “sistemas de evaluación de los puestos de trabajo, de carácter analítico, que tienen por objeto descomponer los diferentes contenidos de éstos, para, finalmente, asignarles un determinado valor. Conforme a ello, los puestos de trabajo que resulten con un mismo valor, deberían contemplar una misma remuneración para su retribución”, análisis en el que se consideran diversos factores objetivos como “la responsabilidad del

¹⁰² Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp.101.

cargo, las condiciones de trabajo, el esfuerzo que implica, y las capacidades técnicas que requiere”¹⁰³.

Luego la misma representante del SERNAM, en otra intervención destinada a hacerse cargo de aquellas inquietudes referentes a la falta de definición de trabajo de igual valor en la norma que se propone, señala que a su entender no es necesario que la ley contemple esta definición dado que podría implicar “el riesgo de que sólo comprendan y alcancen a los casos específicos que figuran mencionados en la ley, excluyendo a otros tantos que, sin tener una referencia expresa, también podrían quedar comprendidos bajo sus normas”¹⁰⁴, recordando que la iniciativa legal contempla que la determinación de los trabajos de igual valor quede entregada a las empresas conforme a sus estructuras organizacionales¹⁰⁵.

Ahora bien, dichas aclaraciones no fueron suficientes, dado que los Senadores insisten en que es fundamental definir qué es lo que se entiende por trabajo de igual valor, para delimitar el verdadero sentido y alcance del proyecto, reconociendo que si bien esta definición resulta compleja, se debe hacer, dado

¹⁰³ Historia de la Ley. 20.348. Op. Cit. pp. 97.

¹⁰⁴ Historia de la Ley. 20.348. Op. Cit. pp. 102.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

que “una errada conceptualización del mismo podría incidir negativamente en la contratación laboral femenina”¹⁰⁶.

Frente a ello, se solicita la opinión al asesor legislativo del Ministerio del Trabajo, quien recordó que durante la discusión en la Cámara de Diputados hubo consenso en que el concepto de trabajo de igual valor correspondía al ámbito doctrinario y no al legislativo, punto que es rebatido por el Senador Allamand, señalando que ello es posible cuando existen conceptos previamente definidos por la doctrina o la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con el concepto de trabajo de igual valor, afirmando que cuando no existe esta conceptualización “resulta imperioso elaborar una definición legal, más o menos acotada, que permita esclarecer los contenidos específicos del concepto que se incorpora en la ley, así como también delimitar sus alcances”¹⁰⁷.

Todo lo anterior dio lugar a que finalmente se propusiera, a nuestro entender, la solución más fácil: Limitar la iniciativa legal a igual remuneración por un mismo trabajo, lo que fue propuesto en una indicación de la Presidenta de la República, para que la norma consagrara el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, tal cual fue aprobado¹⁰⁸.

¹⁰⁶ En este Sentido Senador Pizarro. Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 102.

¹⁰⁷ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp.103-104.

¹⁰⁸ Historia de le Ley 20.348. Op. Cit. pp. 123.

Como podremos advertir, la solución brindada no solamente es criticable por haberse optado por el camino más fácil, sino que también por haber restringido al máximo el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, olvidando el legislador que dentro de los factores de la brecha remuneracional se encuentra la segregación laboral por motivos de género, que en términos muy simples significa que por “los estereotipos sexistas sobre el tipo de trabajo” que se consideran “idóneos” para las mujeres, no se desempeñen en los mismos puestos que los hombres¹⁰⁹. De este modo, una ley que desconoce esta realidad difícilmente tendrá algún efecto positivo, como así veremos con más detalle en los próximos capítulos.

Para finalizar con los principales hitos de la discusión parlamentaria debemos hacernos cargo de algo que nos ha llamado profundamente la atención, pero no por el nivel de debate, las opiniones o razones esgrimidas para fundar la indicación del ejecutivo¹¹⁰ que dio lugar a que la acción de tutela quedara condicionada a reclamar previamente ante el empleador, sino que por no encontrar en la historia de la ley alguna aproximación a qué motivó dicha indicación.

Lo anterior no es menor, si se considera que esta indicación dio origen a la actual limitación del ejercicio de la acción de tutela laboral a las mujeres

¹⁰⁹ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 20.

¹¹⁰ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp. 130.

trabajadoras, imponiendo requisitos que no se le impone a ningún otro trabajador que considere que sus derechos fundamentales están siendo vulnerados.

Para hacer la anterior afirmación, hemos tenido en consideración que la Dirección del Trabajo, en uso de sus facultades de interpretación de la ley, ha dicho que el objetivo de esta norma fue eliminar situaciones de discriminación que puedan afectar a las mujeres en el ámbito remuneracional y que por ello esta disposición impone el principio de igualdad de remuneraciones sólo entre hombres y mujeres y no comprende tal igualdad entre personas del mismo sexo¹¹¹.

De lo dicho, pareciera que esta vez es el propio legislador el que hace una diferencia arbitraria sin encontrar, al menos en la historia de la ley, ninguna explicación razonable a tal restricción, en circunstancias que lo sensato hubiese sido que el legislador considerara que el reclamo ante el empleador se contemplara como una alternativa a la acción de tutela y no como un requisito previo de procesabilidad para su ejercicio.

A lo anterior debemos agregar que consecuente con este requisito de la acción de tutela laboral para denunciar la vulneración al principio de igualdad de remuneraciones, la Dirección del Trabajo ha establecido en la Orden de Servicio

¹¹¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 1187/018 del 10 de marzo de 2010.

que regula la materia, que las denuncias en sede administrativa se les impone el mismo requisito, esto es, haber reclamado previamente ante el empleador¹¹².

Concluyendo el presente capítulo y conforme hemos venido analizando, podemos adelantar que los principales problemas que observamos en la Ley 20.348, son los siguientes:

- 1) Que el registro de cargos que debe incluirse en los reglamentos internos es únicamente obligatorio para las grandes empresas, en circunstancias que entre todas las otras categorías (micro, pequeña y mediana), constituyen un porcentaje superior;
- 2) Que se condiciona la acción de tutela laboral al reclamo previo ante el empleador; y
- 3) Que limita el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por trabajos iguales, abandonando el concepto de trabajo de igual valor.

Ahora bien, de todos los aspectos criticables de la Ley 20.348, nos avocaremos principalmente al que dice relación con el concepto de trabajo de

¹¹² DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Orden de Servicio N°2 de 04/02/2011. En lo pertinente señala que se deberá requerir al denunciante que acredite suficientemente la circunstancia de haberse concluido la reclamación prevista en el reglamento interno, requisito sin el que no se podrá seguir con la tramitación administrativa. pp. 17.

Disponible en:
<[http://www.dt.gob.cl/transparencia/Orden de Servicio No 2 04.02.2011 DERECHOS FUNDAMENTALES.pdf](http://www.dt.gob.cl/transparencia/Orden_de_Servicio_No_2_04.02.2011_DERECHOS_FUNDAMENTALES.pdf)> [Consulta:05/01/2016]

igual valor, básicamente por ser el parámetro fijado por tratados internacionales ratificados por Chile, lo que será abordado en el Capítulo V.

IV. ARTÍCULO 62 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO Y SU EFICACIA PARA LA DISMINUCIÓN DE LA BRECHA REMUNERACIONAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

Creemos pertinente que para estudiar la eficacia de la norma que hemos venido analizando, lo primero que debemos señalar es que si bien la preocupación por la inequidad que afecta a la mujer, en comparación al hombre se ha intensificado en los últimos 30 años¹¹³, lo cierto que es un tema del que en Chile se viene hablando desde al menos la segunda mitad del siglo XIX.

En este sentido, un antecedente histórico relevante está dado por el hito que marcó el llamado Decreto Amunátegui¹¹⁴ de 1877, que dio lugar al acceso de las mujeres a la universidad, al eliminar los impedimentos para reconocer como válida la educación secundaria femenina, que a la vez constituye el origen de la fundación de liceos de niñas¹¹⁵. En relación a este decreto, se debe recalcar

¹¹³ HENRÍQUEZ, H. y RIQUELME, V. 2010. El derecho a ganar lo mismo. Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Tems Laborales N°27. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo. pp. 2.

¹¹⁴ El decreto dictado señala: "Considerando: 1°Que conviene estimular a las mujeres a que hagan estudios serios y sólidos; 2°Que ellas pueden ejercer con ventaja algunas de las profesiones denominadas científicas; 3°Que importa facilitarles los medios de que puedan ganar la subsistencia por sí mismas;

Decreto: Se declara que las mujeres deben ser admitidas a rendir exámenes válidos para obtener títulos profesionales con tal que ellas se sometan para ello a las mismas disposiciones a que están sujetos los hombres.

Comuníquese y publíquese". En <<http://www.archivonacional.cl/616/w3-article-8046.html>>. [Consulta: 05/01/2017].

¹¹⁵ STUVEN, A. 2013. La mujer ayer y hoy: Un recorrido de incorporación social y política. Tems de la Agenda Pública N°66. Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 4.

que el debate que precedió a su promulgación puso en discusión “el rol social femenino, el tema del trabajo, y su derecho a la igualdad”¹¹⁶. Ello permitió que el mismo año de dictado el decreto ingresara a la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile Eloísa Díaz, quien en 1887 fuera la primera médico chilena en titularse, siendo la Universidad de Chile la primera en Sudamérica en aceptar mujeres¹¹⁷.

Otro antecedente histórico que no podemos dejar de mencionar es que dentro de las banderas de lucha de los movimientos feministas que surgieron en la primera mitad del siglo XX¹¹⁸, como el Partido Cívico Femenino, fundado en 1922 y el Movimiento pro Emancipación de Mujeres de Chile, Memch, fundado en 1935, encontramos el tema de la igualdad salarial con el hombre frente a igual rendimiento o mismos trabajos¹¹⁹.

Finalmente, en esta breve revisión a ciertos hitos de nuestra historia, un dato muy relevante es que el primer Código del Trabajo de 1931 ya consagrara en su artículo 35 el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, en los siguientes términos: “En la misma clase de trabajo, el salario del hombre y de la mujer serán iguales”, principio que incluso ya se consagraba en

¹¹⁶ STUVEN, A. Op. Cit. pp. 4.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Si bien abogaron principalmente por el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, también abogaron por derechos de orden laboral, como la igualdad salarial. En este sentido STUVEN, A. Op. Cit. pp.6.

¹¹⁹ *Ibidem*.

idénticos términos en las primeras leyes sociales, específicamente en el artículo 23 de la Ley 4.053 de 1924.

Al respecto no podemos dejar de mencionar que en 1925 las inspectoras del trabajo Elena Caffarena y Elvira Santa Cruz practicaron una serie de fiscalizaciones en la ciudad de Santiago, verificando que no se estaba dando cumplimiento a la mayoría de las leyes sociales recientemente aprobadas, entre ellas, la norma que establecía que frente a igual trabajo, debía haber una igual remuneración, haciendo ver ya en esos años que era necesario contar con un reglamento que indicara la forma “de fijar un salario mínimo e igualitario” ¹²⁰.

Hemos traído a colación estos antecedentes históricos, primero, para dar cuenta que la desigualdad de las mujeres en comparación a los hombres es un tema del que se viene hablando desde el siglo XIX, e incluso en forma más específica ya se hacía notar la preocupación por la brecha remuneracional existente entre hombres y mujeres. Y segundo, para hacer notar que el legislador ya se había encargado de consagrar en las primeras leyes sociales y luego, en la primera codificación de normas laborales el principio de igualdad retributiva frente a “la misma clase trabajo”.

¹²⁰ YAÑEZ, J. 2008. La intervención social en Chile y el nacimiento de la sociedad salarial 1907-1932. Santiago de Chile. RIL Editores. pp. 269-270.

Lo expuesto precedentemente no lo podemos perder de vista, especialmente para analizar si la norma de la que hemos venido hablando significó realmente un avance o si, por el contrario, simplemente se plasmó un principio en términos similares a lo que existió en nuestro primer Código del Trabajo. Para ello, a continuación, daremos cuenta de cifras obtenidas de algunos análisis estadísticos con enfoque de género y luego analizaremos sentencias en las que se ha invocado el artículo 62 bis del Código del Trabajo como norma decisoria litis.

IV.I. Algunas cifras relevantes:

Partiremos señalando que desde que en Chile la mujer se incorporó al mercado laboral su participación en el mismo ha ido evolucionado progresivamente, aunque dicha evolución ha sido más marcada en los últimos años¹²¹. Así, si en 1986 la tasa de participación alcanzaba un 29,1%, en 1990 alcanzó un 31,3%¹²² y desde entonces se observa un claro aumento, toda vez que en el 2000 la tasa de participación femenina llegó a 36,5%¹²³; luego el 2009 esa cifra había alcanzado un 41,3%¹²⁴ y desde finales del 2011 hasta el 2015,

¹²¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2015. Mujeres en Chile y mercado del trabajo: Participación laboral femenina y brechas salariales. Departamento de Estudios Laborales. Departamento de Estudios Sociales. pp. 20.

¹²² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 34.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ HENRÍQUEZ, H. y RIQUELME, V. Op. Cit. pp. 5.

hemos llegado a una cifra cercana al 48%¹²⁵¹²⁶. Sin embargo, un antecedente no menor es que pese a la evolución sostenida que ha tenido en Chile la tasa de participación femenina en los últimos años, igualmente nos encontramos por debajo de la tasa promedio en América Latina, que se ha mantenido en torno al 54%¹²⁷.

Pasando derechamente a las cifras relativas a la brecha remuneracional y si los informes estadísticos dan cuenta de algún impacto en las mismas una vez promulgada la Ley 20.348, debemos partir señalando que según un informe practicado por el Instituto Nacional de Estadísticas¹²⁸a partir de datos de la Encuesta Nacional de Empleo (ENE) y de la Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos (NESI)¹²⁹, las mujeres ocupadas perciben un ingreso medio mensual 32,3% inferior al de los hombres¹³⁰.

En base a este mismo informe daremos cuenta de aquellos aspectos del mismo que consideramos relevantes para evidenciar cómo se comporta la brecha remuneracional en el mercado del trabajo, no sin antes mencionar que

¹²⁵ BERLIEN, K., FRANKEN, H., PAVEZ, P., POLANCO, D., y VARELA, P. 2016. Mayor Participación de las Mujeres en la Economía Chilena. Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño – Isónoma Consultorías Sociales Ltda. pp. 28.

¹²⁶ Cifra en base a la NESI: Nueva Encuesta Nacional de Empleo del INE.

¹²⁷ STUVEN, A. Op. Cit. pp. 20.

¹²⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2015. Mujeres en Chile y Mercado de Trabajo: Participación Laboral Femenina y Brechas Salariales. Departamento de Estudio Laborales. Departamento de Estudios Sociales. Santiago de Chile.

¹²⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 10.

¹³⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 62.

este informe utiliza un modelo econométrico para explicar las brechas entre los ingresos de mujeres y hombres, tomando en cuenta la heterogeneidad de las dotaciones de capital humano con el objeto de analizar si la brecha dice relación con diferencias en la productividad o si existe algún nivel de discriminación, el que estará presente cuando la diferencia entre hombres y mujeres es explicada por variables inobservables¹³¹.

De este modo, este informe nos muestra las siguientes evidencias especialmente relevantes para nuestro análisis:

- 1) El primero de ellos dice relación con la circunstancia que mientras mayor es el nivel educacional de las mujeres, se observa una mayor participación laboral femenina, lo que también es posible observar en la tasa de participación masculina, aunque con diferencia de 2,6 puntos porcentuales. De este modo, la tasa más alta se da en el nivel educacional “postítulo, maestría y doctorado”, aunque las mujeres con un 88,5% y los hombres con un 91,1%¹³².
- 2) Otro aspecto a destacar es que a mayor nivel educacional el ingreso medio mensual también es mayor, tanto para hombres, como para mujeres¹³³, sin embargo, también se evidencia una mayor brecha remuneracional. En efecto, si bien es posible observar que hasta el nivel técnico la brecha disminuye, desde este nivel en adelante la brecha vuelve a aumentar progresivamente. Así, es

¹³¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 17 y 54.

¹³² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 50.

¹³³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 83.

posible observar que la brecha es mayor en los niveles educacionales extremos, toda vez que “al comparar el ingreso medio de mujeres y hombres con educación primaria, ellas reciben un 42,0% menos de ingreso que sus pares hombres, mientras que las mujeres con postgrado reciben en promedio un 36,8% menos de ingreso que los hombres con el mismo nivel educativo”¹³⁴. Un dato importante en las cifras que se presentan es que la brecha en el nivel educacional universitario es del 34,5%¹³⁵.

3) Otro punto relevante, también relativo al nivel educacional, es que este informe evidencia que las mujeres en promedio tienen más años de escolaridad, sin embargo, pese a ello sus remuneraciones son menores a las de los hombres que se encuentran en similares características¹³⁶.

4) Además es posible observar que las brechas remuneracionales presentan una desventaja para las mujeres en todos los tamaños de empresas y a medida que aumenta el tamaño de la empresa, la magnitud de esta brecha en cierto modo disminuye, alcanzando el valor más bajo en empresas que poseen entre 50 y 199 trabajadores, con una brecha del 13,5%¹³⁷, sin embargo en empresas con más de 200 trabajadores la brecha vuelve a aumentar a un 28,3%¹³⁸, aunque no con los niveles que se observan en las micro empresas¹³⁹.

¹³⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 83.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. pp. 57.

¹³⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 72

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Es relevante señalar que esta información está contenida en gráfico que da cuenta del ingreso medio y brecha salarial de ocupados según tamaño de empresa, por número de trabajadores y sexo. De este modo se señala que en empresas con menos de 5 trabajadores la brecha es de

5) Que en lo que respecta a la participación en los tramos de ingresos, se observa que las mujeres ocupadas tienen una baja participación en los tramos superiores de ingreso, “siendo la incidencia del tramo de más de diez ingresos mínimos sólo del 2,0%”¹⁴⁰, llegando dicha incidencia en el caso de los hombres a un 5,0%¹⁴¹.

6) En lo referente a la participación de las mujeres ocupadas en los sectores económicos, se observa una menor participación en el sector primario, esto es, el extractivo, en el que la participación femenina es del 5%, versus un 17,8% de participación masculina¹⁴². Aunque un poco mayor, pero igualmente baja es la participación en el sector manufacturero, que llega al 9,8%, en comparación a un 27,5% de los hombres¹⁴³. Finalmente, en el sector que tanto hombres como mujeres tienen mayor participación es en el sector terciario (servicios), aunque es en el único en el que las mujeres tienen una mayor participación, la que llega a un 85,3%, versus un 53,7% de los hombres¹⁴⁴. En todo caso, independiente del sector económico en que las mujeres participen, siempre perciben ingresos menores que los hombres, observándose que la mayor brecha se da en el sector primario, en que llega a un 45,3%¹⁴⁵.

41,8%; en empresas de 5 a 10 trabajadores la brecha disminuye a un 34,7%; en empresas entre 11 y 49 trabajadores continúa bajando a un 18,2; en empresas entre 50 y 199 trabajadores presenta el porcentaje más bajo, de un 13,5% y en empresas con 200 y más trabajadores vuelve a aumentar a un 28,3%.

¹⁴⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 74.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 65.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 66.

7) En lo que interesa a nuestro análisis, este informe además es esclarecedor al concluir que las brechas remuneracionales que existen en Chile entre ambos sexos son de gran relevancia, dado que se observan en todos los sectores económicos y ocupaciones, pese a que al menos en lo que se refiere a la educación formal las mujeres tienen un mayor promedio de escolaridad y por ende presentan mayor capital humano que los hombres, situación producida, en parte, porque acceden en menor medida a posiciones de poder dentro de las organizaciones donde se desempeñan. Precisamente por ello, sumado a otros componentes que se analizan con detalle en el informe citado, se concluye que luego de aplicar el modelo de descomposición utilizado se evidencia que en todas las categorías la brecha se explica a partir del factor discriminación¹⁴⁶.

Como se podrá advertir, los datos expuestos nos dan cuenta que independiente del sector económico, el tipo de empleo, el tamaño de las empresas o el nivel educacional, los hombres siempre perciben una remuneración superior a la de las mujeres¹⁴⁷. Y aquí un tema sobre el que debemos llamar especialmente la atención está dado por lo paradójal que resulta el hecho que la historia nos muestre que uno de los principales pasos para la incorporación de la mujer al mercado laboral en Chile haya sido la posibilidad de acceder a la educación universitaria y que sea precisamente este nivel

¹⁴⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp.113-115.

¹⁴⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 57.

educacional el que marca una diferencia sustancial en la brecha remuneracional, pues desde este nivel en adelante ésta se acentúa. Como concluye el informe que citamos, esto pareciera que no tiene una explicación razonable, ni objetiva, ni justificable y de ahí que la única explicación más bien la encontremos en la sinrazón: La discriminación.

Si bien los motivos son variados y van cambiando según la época analizada¹⁴⁸, no podemos dejar de mencionar que es posible observar un evidente arraigo histórico en los roles que fueron asignados a la mujer desde que se incorporó al mercado del trabajo, dando lugar a la feminización o división sexual del trabajo. Un claro ejemplo de ello, lo encontramos en la prohibición que se establecía en el Código del Trabajo en orden a que las mujeres no podían realizar labores nocturnas o ser contratadas para realizar trabajos en faenas mineras subterráneas¹⁴⁹ lo que, si bien ha ido evolucionando, estos patrones de feminización de ciertas labores se mantienen en la actualidad. En efecto, tal como nos muestran los datos estadísticos ya citados, las mujeres laboran principalmente en el sector económico asociado a los servicios¹⁵⁰, desempeñando trabajos que por general son peor remunerados o valorados, que las labores en las que se desempeñan mayoritariamente los hombres¹⁵¹, a lo que

¹⁴⁸ OELZ, M., OLNEY, SH. y MOMEI, M. Op. Cit. pp. 19.

¹⁴⁹ CAAMAÑO, E. 2011. Mujer, Trabajo y Derecho. Santiago de Chile. AbeledoPerrot. Legal Publishing Chile. pp.12.

¹⁵⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 65.

¹⁵¹ OELZ, M., OLNEY, SH. y MOMEI, M. Op. Cit. pp. 22.

debemos agregar la escasa posibilidad de ascender a posiciones o cargos de poder¹⁵². En términos más técnicos, al primer fenómeno se le denomina segregación o segmentación horizontal¹⁵³ y al segundo, segregación o segmentación vertical¹⁵⁴, conceptos que abordaremos en el próximo capítulo.

Efectuada una breve referencia a los principales aspectos que nos muestran cómo se comporta la brecha remuneracional entre hombres y mujeres en Chile, pasaremos a analizar si la Ley 20.348 ha tenido alguna incidencia en la disminución de esta brecha. Para ello y teniendo en vista la evidencia citada en el numeral 5 precedente, esto es, que las mujeres tienen una ínfima participación (2%) en los tramos de remuneración sobre 10 Ingresos Mínimos Mensuales¹⁵⁵ (en adelante IMM), hemos decidido comparar el mismo instrumento, en sus dos últimas publicaciones: Las Séptima y Octava versiones de la ENCLA¹⁵⁶, con enfoque de género, de los años 2011 y 2014, respectivamente, pero sin considerar en esta comparación los tramos de remuneración más elevados y los más bajos, conforme así se pasará explicar.

De este modo y antes de dar cuenta de las cifras, lo primero que debemos señalar es que hemos seleccionado esta fuente, dado que estas dos versiones

¹⁵² STUVEN., A. Op. Cit. pp. 12.

¹⁵³ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 20.

¹⁵⁴ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 21.

¹⁵⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 74.

¹⁵⁶ Se trata de la Encuesta Laboral desarrollada por la Dirección del Trabajo, a través de su Departamento de Estudios.

de la ENCLA contienen el análisis de un gráfico que da cuenta de lo mismo: La distribución porcentual de los trabajadores por sexo, según tramos de remuneración bruta mensual, centrando nuestro análisis en los cuatro tramos que se encuentran bajo los dos tramos más altos, que hemos excluido por representar montos que superan los 10 IMM, según los años de la muestra.

Para lo anterior, debemos tener presente que a julio de 2011 el IMM era de \$172.000¹⁵⁷ ¹⁵⁸ y que por ello hemos excluido del análisis los dos primeros tramos que van desde \$1.376.001 a más de \$2.064.000. Por su parte, debemos tener presente que el IMM en julio de 2014 era de \$210.000¹⁵⁹ ¹⁶⁰y que por ello los dos primeros tramos que hemos excluido de nuestro análisis son los que van desde \$1.680.001 a más de \$2.520.000.

Otra prevención que debemos hacer antes de mostrar las cifras es que la ENCLA 2011 hizo su análisis en base a 8 tramos, en cambio la ENCLA 2014 lo hace en base a 9 tramos, por lo que también excluirémos de nuestro análisis los últimos tres tramos de la ENCLA 2014 y los últimos dos tramos de la ENCLA 2011, enfocando nuestro análisis en los tramos del centro, para que la comparación sea lo más objetiva posible.

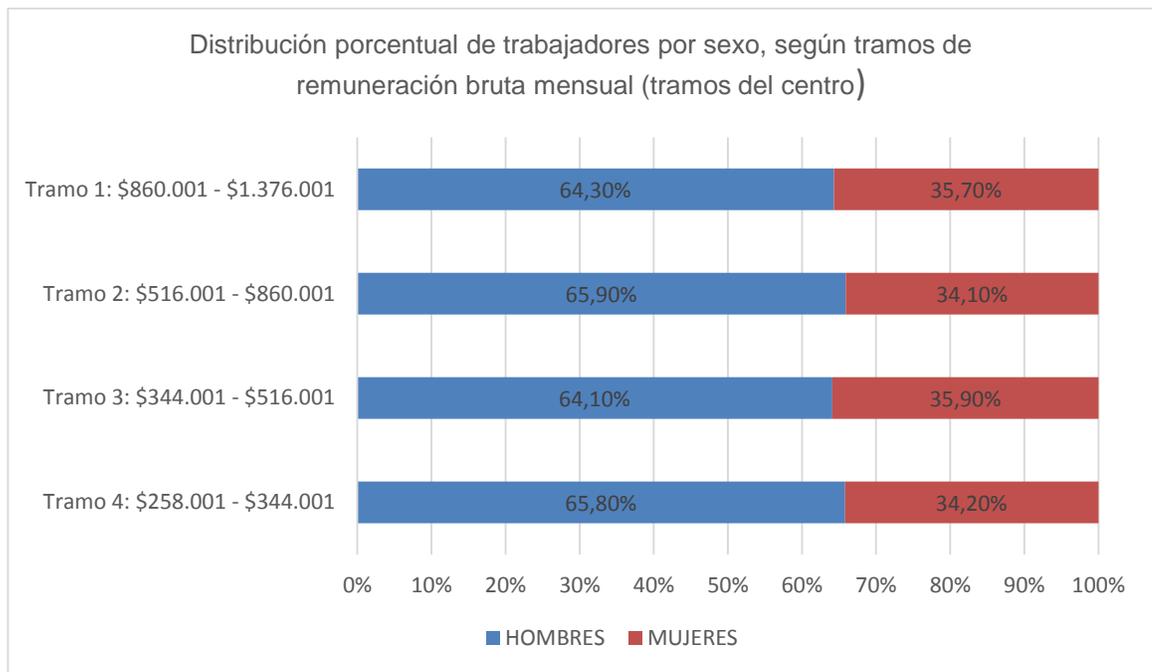
¹⁵⁷ Ley N° 20.449 promulgada el 01/07/2010.

¹⁵⁸ Hacemos presente que consideramos este valor y no el que se aprobó el 2011, toda vez que es este el valor utilizado como referencia en la ENCLA 2011.

¹⁵⁹ Ley N° 20.689 promulgada el 23/08/2013.

¹⁶⁰ Hacemos presente que consideramos este valor y no el que se aprobó el 2014, toda vez que es este el valor utilizado como referencia en la ENCLA 2014.

Efectuadas estas precisiones y pasando a comparar las cifras por tramos, primero daremos cuenta de los datos que se obtienen de la ENCLA del 2011¹⁶¹ y que se grafican del siguiente modo:

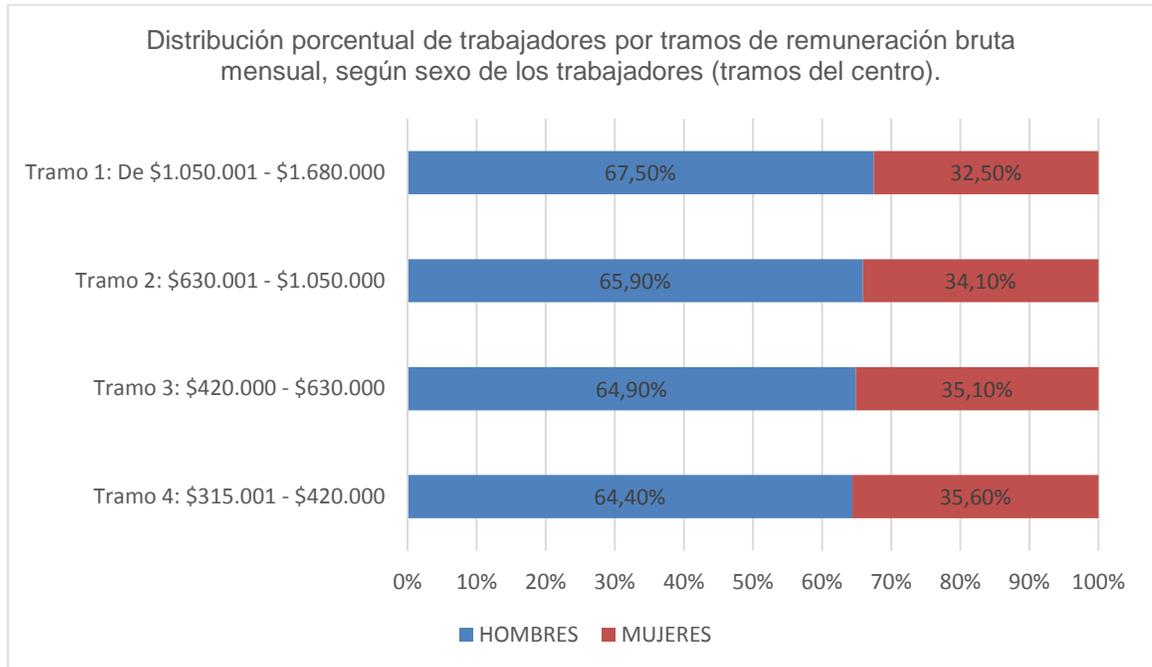


Fuente: ENCLA 2011. Con prevención que se excluyeron los primeros dos tramos y últimos dos tramos.

Por otra parte, de la revisión de la ENCLA del 2014¹⁶², los datos que se obtienen se muestran en el siguiente gráfico:

¹⁶¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Departamento de Estudios. ENCLA Género 2011. Una mirada a la realidad laboral de trabajadoras y trabajadores. Informe de resultados séptima Encuesta Laboral. pp. 65.

¹⁶² DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Departamento de Estudios. ENCLA 2014. Inequidades y brechas de género en el empleo. Informe de resultados octava Encuesta Laboral. pp. 50.



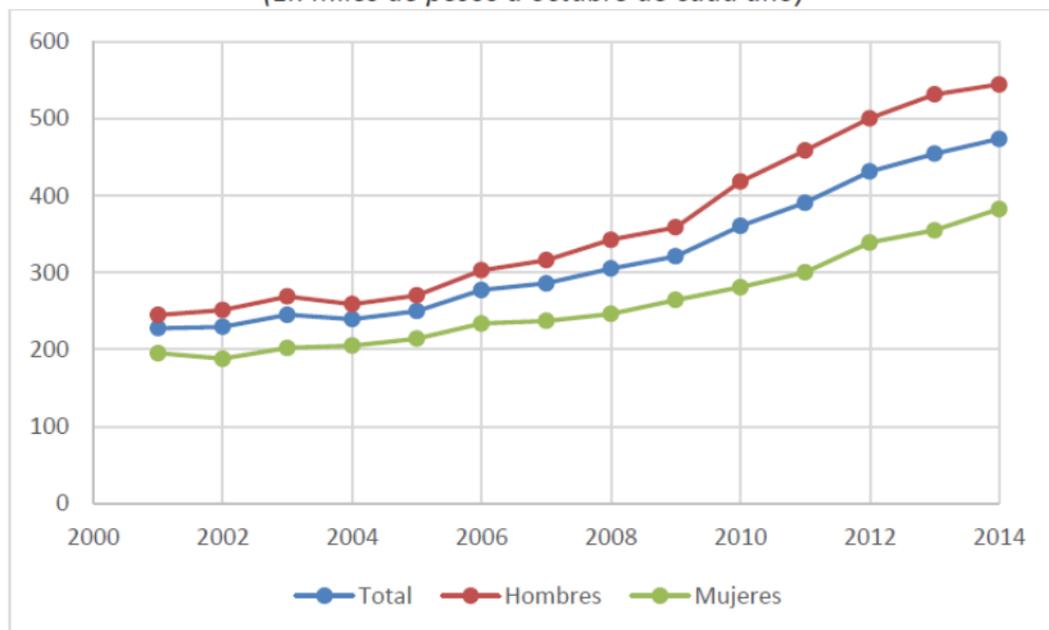
Fuente: ENCLA 2014. Con prevención que se excluyeron los primeros dos tramos y últimos tres tramos.

Como podemos observar, estas cifras dan cuenta que, de todos los tramos analizados, únicamente se evidencia un aumento de la participación femenina en la distribución de la remuneración bruta mensual, en el cuarto tramo, pasando de un 34,2% en 2011 a un 35,6% en 2014. En los otros tramos se observa una disminución y por ende un aumento de la brecha en la distribución de remuneraciones, salvo en el segundo tramo, en que se mantiene en un 34,1%.

En una línea similar, un informe de la Subsecretaría de Economía y de Empresas de Menor Tamaño, en conjunto con Isónoma Consultorías Sociales,

nos muestra que si bien desde el 2000 al 2014 el ingreso medio de los ocupados, ya sea hombres o mujeres se ha incrementado, también se observa un aumento de la brecha remuneracional desde el 2010¹⁶³, según así queda claro en el siguiente gráfico:

Evolución del Ingreso medio mensual de los ocupados según sexo, 2001-2014
(En miles de pesos a octubre de cada año)



Como se puede advertir, las cifras anteriores nos demuestran que la Ley 20.348 no tuvo ningún impacto en la brecha remuneracional. Es más, las cifras nos muestran que incluso desde el 2010 la brecha ha aumentado, lo que si bien no es posible atribuir a la dictación de la ley analizada, sí viene a confirmar algo irrefutable: La ineficacia del artículo 62 bis del Código del Trabajo.

¹⁶³ BERLIEN, K., FRANKEN, H., PAVEZ, P., POLANCO, D. y VARELA, P. Op. Cit. pp. 34.

Ahora bien, antes de analizar los principales motivos que dan lugar a la ineficacia de la norma, necesariamente debemos dedicar parte de este capítulo a analizar cómo la han entendido nuestros tribunales de justicia, lo que desarrollaremos a continuación.

IV.II. Análisis de sentencias:

Como ya adelantáramos al introducir este trabajo, centraremos nuestro estudio en sentencias pronunciadas en 6 causas, habiéndose dictado fallo favorable solamente en una de éstas.

Otro dato que debemos señalar antes de pasar a nuestro análisis es que las sentencias de instancia fueron seleccionadas por haberse interpuesto en contra de todas ellas recurso de nulidad, con el objeto de observar cómo han entendido o aplicado el artículo 62 bis del Código del Trabajo tanto los jueces del grado, como los Ministros de Corte.

Además, antes de pasar a analizar las sentencias, debemos adelantar que, por el tenor de las mismas las hemos agrupado en tres apartados: Uno que analiza dos sentencias en que no se aplica la prueba indiciaria; otro apartado que analiza una sentencia que va en contra de los principios generales del derecho

del trabajo y un último apartado, en que se analizan tres sentencias en las que sí se aplica la prueba indiciaria.

1. Sentencias en las que no se aplica el estándar de la prueba indiciaria del Procedimiento de Tutela Laboral:

Al respecto, primero haremos referencia a una sentencia pronunciada por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción¹⁶⁴, de la que debemos recalcar el considerando undécimo, en el que el sentenciador tiene por establecido que efectivamente existe una diferencia en las remuneraciones entre la mujer que acciona y el hombre con el que se hace la comparación, pese a que realizan las mismas funciones, sin embargo al finalizar el considerando señala que “esta mayor remuneración, en concepto de este juzgador, no dice relación con el género de este trabajador, sino que con motivaciones desconocidas, a lo menos durante el decurso de esta litis”.

Destacamos éste considerando, pues a nuestro parecer el sentenciador olvida que la vulneración al principio de igualdad de remuneraciones consagrado en el artículo 62 bis del Código del Trabajo se conoce bajo las normas del procedimiento de tutela, en el que a la parte denunciante le corresponde acreditar únicamente los indicios que en estos casos, en términos muy simples, estarán

¹⁶⁴ 1° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE CONCEPCIÓN. 11 de diciembre de 2012. RIT T-60-2012.

dados por desempeñar una mujer la misma función que un hombre y percibir por esos mismos servicios una remuneración inferior. Por su parte al denunciado, frente a dichos indicios, le corresponderá justificar o explicar razonablemente esta diferencia.

En el caso analizado como la parte denunciada no logró acreditar una justificación razonable de la diferencia remuneracional, al sentenciador le debería haber bastado para señalar que por ello los indicios sí eran suficientes y no al contrario, esto es, que en base a “razones desconocidas”, se decidiera rechazar la demanda de tutela laboral. Aquí pareciera que lo que hace el sentenciador es aplicar la prueba indiciaria, pero al revés, es decir, en perjuicio de la parte para la que esté contemplada¹⁶⁵, toda vez que en otras palabras, lo que nos quiere decir el sentenciador es que los motivos desconocidos son suficientes, pese a la acreditación de los indicios.

Lo anterior a nuestro parecer es un evidente yerro jurídico. Primero, por constituir un total desconocimiento a la esencia del procedimiento de tutela, cuya principal diferencia con el de aplicación general es precisamente el estándar de prueba indiciaria. Y segundo, porque de aplicarse el criterio del sentenciador implicaría que a las empresas les baste con no acreditar ninguna justificación, para que los indicios no tuvieran efecto, traspasando con ello la carga de la

¹⁶⁵ LANATA, G. Op. Cit. pp. 214.

prueba que tiene la parte denunciada a la parte denunciante, lo que no se condice con el procedimiento de tutela, que precisamente por el mayor poder que tiene la parte empleadora sobre la prueba, es que nivela esta desigualdad, exigiendo únicamente indicios¹⁶⁶.

Al respecto la Corte de Apelaciones de Concepción al resolver el recurso de nulidad¹⁶⁷ pareciera que en cierto modo comparte nuestros argumentos, al señalar que en el procedimiento de tutela la prueba que se exige al denunciante es de indicios suficientes y que se transfiere al denunciado la carga de explicar los fundamentos de la diferencia, para luego señalar que “bien podría resultar que el recurrente tiene razón que existen indicios de discriminación de género por diferencia de remuneraciones y que el juez a quo alteró la carga de la prueba”¹⁶⁸, sin embargo al parecer de este alto tribunal las causales por las que se recurre no permiten anular la sentencia.

En este sentido, se debe indicar que la principal causal de nulidad invocada en el recurso es la del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción al artículo 62 bis del mismo Código y la causal subsidiaria es la del artículo 478, letra c), por estimar el recurrente que es necesaria la alteración de la calificación

¹⁶⁶ UGARTE, J. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho de Trabajo: De erizo a zorro. Op. Cit. pp. 64.

¹⁶⁷ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 18 de abril de 2013. Rol 1-2013.

¹⁶⁸ A este respecto se refiere el considerando sexto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción. Rol de Corte 1-2013.

jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas. A este respecto debemos señalar que no compartimos los argumentos de la Corte, toda vez que como ya dijimos al inicio, sin alterar los hechos se podría haber concluido que, al no haber explicación razonable, ni suficiente de la diferencia (sino que desconocida) y al haberse acreditado los indicios de la vulneración, perfectamente se podría haber acogido la denuncia de tutela laboral.

Otra decisión que utiliza un razonamiento similar, en orden a invertir la carga de la prueba indiciaria, traspasando a la parte denunciante la obligación de acreditar además de los indicios, las justificaciones de la parte empleadora y la exigencia de prueba directa de la discriminación, la encontramos en la sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso¹⁶⁹, que si bien tiene ciertas diferencias con el caso anterior, en cuanto al fondo estimamos que se incurre en el mismo error que ya adelantamos.

En lo que respecta a las particularidades de este caso, lo primero que debemos anotar es que quien acciona no es una trabajadora, sino que la Dirección del Trabajo, organismo que luego de la investigación administrativa de rigor, originada por denuncia de una organización sindical, determinó que efectivamente diversas mujeres percibían una remuneración inferior a

¹⁶⁹ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE VALPARAÍSO. 11 de agosto de 2015. RIT T-35-2015.

determinados hombres con los que se les compara, luego de lo que se cita a una mediación que termina sin acuerdo, ante lo que se interpone la denuncia, en la que se señala que 16 trabajadoras serían las afectadas por la discriminación.

Referente a esta sentencia recalcaremos el considerando décimo segundo, en relación al décimo sexto, toda vez que pese a que en el primero de ellos hace referencia a la prueba indiciaria que es aplicable al caso, señalando que en el procedimiento de tutela se exige “al denunciante la rendición de prueba que reúna únicamente el carácter de indicios de la vulneración, para que el denunciado deba justificar las medidas adoptadas”, transcurridos cuatro considerandos pareciera que se olvida de ello. En efecto, pese a que la sentenciadora indica que se encuentra establecido a partir del informe de fiscalización que existe una diferencia remuneracional en cuanto al sueldo base de las trabajadoras reclamantes mujeres y la de los hombres con los que se hace la comparación, a su parecer no bastaba con que dicho organismo cumpliera con ello, toda vez que acto seguido indica que para que el ente fiscalizador determinara la existencia de indicios de vulneración al principio de igualdad a las remuneraciones debió “ir un paso más allá de la simple constatación de una diferencia remuneracional entre mujeres y varones debiendo tenerse indicios de que dicha diferencia obedece justamente a que las trabajadoras perjudicadas son mujeres y no a una causa distinta”.

Como se podrá apreciar, la sentenciadora se olvida de que en estos casos el estándar que se exige son los indicios y termina exigiendo prueba directa de la discriminación.

Es así como se fundamenta la sentencia, la que es reiterativa en hacer ver las que a su parecer constituirían las principales falencias de la fiscalización, no dejando de llamar la atención que lo que echa de menos la sentenciadora del informe de fiscalización son precisamente aquellos aspectos que correspondía acreditar a la denunciada, esto es, las razones que justificarían las diferencias, al exigir que se debieron considerar aspectos como la expertiz la productividad o la antigüedad¹⁷⁰, circunstancias que le correspondía acreditar a la denunciada, no a la parte denunciante, aunque ésta fuera la Dirección del Trabajo, toda vez que dicho organismo sí cumplió con su carga de probar los indicios¹⁷¹.

¹⁷⁰ Dicha exigencia se desprende del considerando décimo sexto, que señala: “Que, a juicio de esta sentenciadora se encuentra claramente establecido a partir del informe de fiscalización que existe una diferencia remuneracional en cuanto al sueldo base de las trabajadoras reclamantes mujeres y la de los varones con las que se comparan. Sin embargo, a juicio de esta sentenciadora, el análisis para determinar la existencia de indicios de una vulneración al principio de igualdad a las remuneraciones por discriminación fundada en razones de género, debe ir un paso más allá de la simple constatación de una diferencia remuneracional entre mujeres y varones debiendo tenerse indicios de que dicha diferencia obedece justamente a que las trabajadoras perjudicadas son mujeres y no a una causa distinta (...) Así, en el caso de autos, la Inspección del Trabajo, hizo el análisis limitado al reclamo presentado por las trabajadoras a la empresa, manteniendo los trabajadores con los que estas se compararon, respecto de los cuales, efectivamente, y como surge del conainterrogatorio de la testigo de la denunciante, fiscalizadora de la Inspección, una serie de antecedentes que fueron tenidos únicamente a la vista como datos del informe, no siendo tomados en cuenta para sentar los criterios de con que trabajadores realizar la comparación. De esta forma, sale a la luz que existen enormes diferencias entre las trabajadoras reclamantes y los varones con los que se comparan, ello en cuanto a antigüedad”.

¹⁷¹ No debemos olvidar que en estos casos el “denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar al menos la existencia de “indicios suficientes” de la existencia de la conducta lesiva, para que en este caso, y sólo en este caso, se traslade al demandado el deber

Aquí un punto que no debemos olvidar es que, tal como se lee de la sentencia analizada, la teoría del caso de la denunciada no se limita únicamente a señalar que el informe de investigación adolece de muchas deficiencias, como para al menos entender que por ello la sentenciadora haya circunscrito su razonamiento solamente a este punto, sino por el contrario, en la contestación la denunciada también señala que es fundamental considerar que dentro de sus facultades de administración ha adoptado una política permanente de incremento remuneracional para los trabajadores - sin distinción de sexo- basado en factores objetivos, como lo son, entre otros, sus capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad, antigüedad en la empresa o productividad, premiando aquellos que han tenido un buen desempeño en sus funciones.

Como es posible advertir, pese que la denunciada señala estas justificaciones, el juzgador omite hacer el análisis que le correspondía a este respecto. Y es más, incluso es la propia sentenciadora la que reconoce que los argumentos de la denunciada relativos a factores como productividad y expertiz, “no fueron acreditados cabalmente” como fundamento de las diferencias constatadas por la denunciante. De ello, qué duda cabe que lo que hace la sentencia es, al igual que el primer caso comentado, traspasar esta carga a la denunciante.

de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables”. UGARTE, J. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. Op. Cit. pp. 64.

Pero incluso la sentenciadora va más allá en sus exigencias, toda vez que en el considerando siguiente señala que el organismo fiscalizador además debió hacer un análisis más global de la situación de la empresa relativo al contexto remuneracional hombre – mujer, que permitiera constatar que la empresa efectivamente discrimina en materia remuneracional por género.

En resumidas cuentas, la sentenciadora además de no aplicar el estándar de prueba indiciaria, traspasa una triple carga a la Dirección del Trabajo: Prueba directa de la discriminación; hacerse cargo de las justificaciones de la diferencia remuneracional e incluso hacer un análisis global de las remuneraciones de toda la empresa, exigencias que no tienen ningún sustento legal. Y si bien pareciera razonable exigir un estándar superior al organismo fiscalizador, lo cierto es que las únicas exigencias que hace el legislador a la Dirección del Trabajo¹⁷² es confeccionar un informe de fiscalización y llevar a cabo una mediación previa, requisitos que sí se cumplieron.

Pese a lo cuestionable de hacer exigencias más allá de lo legal al organismo fiscalizador, respecto a aspectos que le correspondía acreditar a la

¹⁷² En efecto, el artículo 486 del Código del Trabajo en lo pertinente establece que “Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente (...) 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...”

denunciada, la Corte de Apelaciones de Valparaíso¹⁷³ comparte el razonamiento del juzgador de la instancia, al señalar en el quinto considerando de su sentencia que la actuación administrativa “debía considerar todos los factores que pudieran provocar legítimas diferencias”, criterio que no compartimos, por las razones ya señaladas.

2. Sentencia que no considera principios generales del derecho del trabajo.

La sentencia que analizaremos bajo esta denominación fue pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó¹⁷⁴. Este caso presenta una serie de particularidades, dado que se trata de una acción de tutela, ejercida en forma conjunta con una demanda de despido indirecto. En lo que atañe a las situaciones fácticas, para efectos de nuestro análisis debemos recalcar que en el considerando que se hace cargo de los fundamentos de la demanda, señala que la actora fue contratada en octubre de 2011 como laboratorista vial, percibiendo una remuneración de \$1.112.125 mensuales; que a fines del 2013 la trabajadora se percató que percibía una remuneración inferior que a la de sus pares hombres; que efectuó un reclamo por ello, por lo que fue citada en diversas oportunidades para dar solución a sus requerimientos, sin ver en forma concreta esta solución. Posteriormente la demanda pasa a relatar otras conductas constitutivas de vulneración de derechos fundamentales, toda vez que en

¹⁷³ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. 29 de septiembre de 2015. Rol 297-2015.

¹⁷⁴ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE COPIAPÓ. 16 de septiembre de 2015. RIT T-21-2014.

términos muy generales señala que luego de su reclamo, comenzó a ser objeto de represalias siendo acosada laboralmente, aspectos sobre los que no ahondaremos, por exceder el objeto de estudio del presente trabajo.

Entrando al análisis de los razonamientos de la sentenciadora en lo referente a la vulneración del principio de igualdad de remuneraciones, debemos recalcar que estos los encontramos en el considerando vigésimo tercero, en el que la magistrado lo inicia señalando que del contrato aportado por las partes aparece que la relación laboral efectivamente se inició en el 2011; que la función de la actora era de Laboratorista Vial C y que en la cláusula segunda señala que el sueldo base mensual era de \$487.50. Luego de ello, vienen los razonamientos para el rechazo de la tutela, en lo referente a la discriminación, que se basan en que la cláusula que contiene la remuneración a percibir por la actora, se establece en base a mínimos legales irrenunciables para el trabajador, parámetros que se debieron respetar “en el período de negociación que precede a la confluencia de voluntades de las partes que genera el contrato de trabajo, etapa previa que (...) obedece a las condiciones de negociación que se abordan en este caso entre el empleador y la trabajadora, las que plasmadas en un acuerdo como el descrito queda su tenor en total conocimiento de las partes las que además no se encuentran obligadas ni forzadas a la celebración del contrato”.

De lo recién transcrito, no cabe duda alguna que la sentenciadora aplica exigencias propias de la autonomía de la voluntad, alejándose completamente del principio protector, cuyo fundamento principal lo encontramos precisamente en la razón de ser del derecho del trabajo, esto es, la desigualdad de las partes propia de la relación laboral¹⁷⁵. Lo anterior, no es menor si se considera que doctrinariamente se ha afirmado que este principio constituye el “criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”¹⁷⁶.

Continuando con los argumentos del fallo, debemos recalcar además aquella parte que indica que a partir de los dichos de la actora se desprende que ella se percató luego de casi dos años de ejercicio laboral con la demandada que tenía una remuneración inferior, dejando entrever que le parece poco verosímil que luego de transcurrido ese tiempo se haya enterado que percibía una remuneración inferior a la de sus compañeros hombres. En este punto, la sentenciadora no considera que la experiencia nos muestra que la remuneración es considerada un ámbito correspondiente a la vida privada de las personas¹⁷⁷, salvo en el caso de los funcionarios públicos, por lo que perfectamente la

¹⁷⁵ PLÁ, A. 2015. Los Principios del Derecho del Trabajo. Montevideo-Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 4ta. Edición. pp. 74-78.

¹⁷⁶ PLÁ, A. Op. Cit. pp. 73.

¹⁷⁷ HENRÍQUEZ, H. y RIQUELME, V. Op. Cit. pp. 29.

trabajadora se podría haber demorado dos años en percatarse de la diferencia remuneracional.

Luego la sentencia señala que el empleador frente al requerimiento de la trabajadora aumentó en \$200.000 su remuneración y que la empresa mostró ánimo de reunirse con ella para ver su petición de pago retroactivo, para luego volver al argumento relativo a que “el trabajador es libre para pactar sus condiciones contractuales con el empleador (...) negociaciones que necesariamente debió efectuar en la época en que ingresó a la empresa”. Como se podrá apreciar si aplicáramos los parámetros que exige la sentenciadora, ninguna mujer podría reclamar discriminación de género en el ámbito remuneracional. Por otra parte, este considerando nos da luces de un aspecto que no toma en consideración el artículo 62 bis, relativo a si procede o no el pago retroactivo.

Finalmente, si bien fue interpuesto recurso de nulidad, no nos referiremos al razonamiento de la Corte de Apelaciones de Copiapó¹⁷⁸, toda vez que fue declarado inadmisibile, sin que exista ningún pronunciamiento respecto al fondo, que sea interesante de recalcar en nuestro análisis.

¹⁷⁸ CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. 09 de octubre de 2015. Rol 82-2015.

3. Sentencias en las que se aplica estándar de la prueba indiciaria del Procedimiento de Tutela Laboral:

A este respecto, primero analizaremos una sentencia pronunciada por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago¹⁷⁹, que en su considerando octavo señala los hechos que se tuvieron por acreditados, de los que recalcaremos los siguientes: Que la empresa tuvo una reestructuración, creando un nuevo cargo de supervisor, que comprendía tanto a jefes de centro, como tesoreros; que los empleados que fueron contratados como jefes de centro, mantuvieron a pesar de este cambio de cargo sus condiciones contractuales referentes a la remuneración, recibiendo una de carácter fijo y superior al resto de los supervisores; que el trabajador con el que se hace la comparación fue contratado al inicio de su relación laboral como jefe de centro en marzo de 2006, pasando luego al cargo de supervisor; que la actora fue contratada como asistente en el año 2006 y ascendió al cargo de supervisor en enero de 2008; que la actora es egresada de contabilidad de un liceo técnico y el trabajador con el que se compara posee título universitario como ingeniero comercial; que ambos trabajadores se desempeñaban como supervisores; que se le adicionó una nueva función al trabajador, que comprendía el monitoreo de al menos 12 de las 40 sucursales existentes en Santiago; que el cargo de jefe zonal se incluyó en el reglamento interno en el mes de junio de 2011.

¹⁷⁹ 1° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. 22 de junio de 2011. RIT T-239-2011.

Así, luego de que la sentenciadora señala cuáles son los hechos que tiene por establecidos, en el considerando siguiente señala que la comparación que realiza la actora, es efectiva, para luego en su considerando décimo razonar que sin perjuicio de ello, se determina que las diferencias no pasan por el factor género y que si bien ambos servían a un mismo cargo, por una diferente remuneración, la diferencia está dada por las condiciones en que fue contratado el hombre con el que se hace la comparación, quien con anterioridad ejercía una jefatura y producto de una reestructuración pasa a ser supervisor, manteniendo sus condiciones contractuales por ser más beneficiosas. A lo anterior la sentenciadora agrega que además del inicio de la contratación, factor preponderante a juicio del tribunal para desestimar la alegación de la actora, existen otros como su calificación académica, en tanto que carece del título universitario que posee su compañero.

Como se puede advertir, en el caso planteado el ejercicio que hace la sentenciadora es lo que corresponde en el procedimiento de tutela, esto es, que frente a la acreditación de los indicios, se pase a valorar si la conducta tiene justificación suficiente.

Lo anterior, sin perjuicio que este razonamiento nos da mayores luces de lo poco eficiente que es la norma que hemos venido analizando para igualar las remuneraciones entre hombres y mujeres, máxime si en este caso la principal

justificación está dada porque el trabajador fue contratado al inicio de la relación laboral, como jefatura, manteniendo su remuneración. Si este punto, lo relacionamos con la primera parte de este acápite, referente a cómo se comporta la brecha remuneracional en Chile, nos muestra que la norma es insuficiente para hacer frente a esta brecha, desde que la realidad del mercado laboral deja en evidencia que en su mayoría son los hombres los que ejercen cargos de jefaturas.

En lo que respecta a la sentencia que se pronuncia sobre el fondo del recurso de nulidad¹⁸⁰, debemos recalcar el considerado quinto, que nos deja claro cómo entiende que se encuentran justificadas las diferencias remuneracionales, en lo que respecta a la mayor calificación profesional, no obstante que el título profesional no haya sido requerido para el cargo en particular.

En una línea muy similar encontramos otra sentencia¹⁸¹ del mismo tribunal, que se pronuncia sobre una denuncia interpuesta por la Dirección del Trabajo y que también aplica el estándar de prueba indiciaria en sus considerandos quinto y sexto, señalando en el primero de ellos los hechos que se tienen por acreditados, entre estos, precisamente los indicios, esto es, que la

¹⁸⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 10 de enero de 2012. Rol 1.682-2011.

¹⁸¹ 1° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. 04 de junio de 2016. RIT T-478-2016.

trabajadora y el hombre con el que se compara realizaban la función de primer ayudante de recepción; que por esta función el trabajador percibía un sueldo base de \$409.378 y la trabajadora, por la misma función percibía una remuneración de \$340.745.

Además de los indicios, la sentenciadora tiene por acreditado que la trabajadora comenzó a prestar servicios a la empresa como reponedora y el trabajador como encargado de seguridad; que la diferencia remuneracional entre ambos en cuanto al sueldo base es de 17%; y que cuando el trabajador es promovido al cargo de primer ayudante de recepción percibía una remuneración más alta que la que recibía la trabajadora que era ayudante de recepción. En base a estos últimos hechos, es que la sentenciadora en el considerando siguiente indica que la diferencia se encuentra justificada, dado que a su entender ésta “tiene su origen en el hecho que al asumir los cargos de primeros ayudantes, ambos trabajadores tenían cargos distintos, con diferentes grados de responsabilidad y sueldos base distintos”.

Como se puede apreciar, hasta este punto, la sentencia hace un razonamiento conforme a los parámetros del Procedimiento de Tutela Laboral, explicando porque considera que la diferencia está justificada. Es en este punto en el que nos detendremos, pero no para llamar la atención respecto al razonamiento de la sentencia, sino que iremos un paso más allá, para señalar

como el caso recién descrito deja en evidencia la ineficacia del artículo 62 bis del Código del Trabajo para poner fin de la brecha remuneracional entre hombres y mujeres. En efecto, es en casos como el analizado en los que cobra mayor sentido el parámetro de “trabajo de igual valor”, que abandona nuestro legislador, limitando el principio de igualdad remuneracional frente a un mismo trabajo, toda vez que cabe legítimamente preguntarse si las funciones de primer ayudante de recepción, encargado de seguridad o reponedora representan un mismo valor para la empresa o si por el contrario, tiene un valor desigual que amerita que sean remunerados en forma tan diferente. Por ahora solamente dejaremos planteada la interrogante, pues este tema lo abordaremos con mayor profundidad en el próximo capítulo.

Para terminar con el análisis de esta sentencia, no podemos dejar de mencionar que pese a que el razonamiento que hace, en un principio, se ajusta a los parámetros que exige el estándar de la prueba indiciaria, al finalizar pareciera que se olvida de ello, al afirmar que no se incorporó al juicio “ninguna probanza destinada a acreditar que hubo una discriminación basada en el sexo de los trabajadores”, argumentando que ninguno de los testigos señaló que el sueldo de la trabajadora era inferior al de su compañero de labores por el hecho de ser mujer. Acá nuevamente se está exigiendo, al igual que las primeras sentencias analizadas, prueba directa de la discriminación, lo que no se condice con el procedimiento de tutela. Por lo demás, esta última parte limita en lo

absurdo, toda vez que es fácil advertir que ningún testigo estará en condiciones de señalar que una compañera de labores percibe una remuneración inferior, por ser mujer, pues no tiene cómo, ni por qué saberlo. Precisamente esta es la razón de ser de la prueba indiciaria.

Respecto a cómo razonó la Corte de Apelaciones de Santiago, al rechazar al recurso, citaremos la parte que nos sirve para ilustrar cómo ha entendido el principio de igualdad de remuneraciones, señalando que éste no se puede concebir de manera absoluta, reconociendo la posibilidad de ser entendido y aplicado con distinciones racionales y objetivas, como lo son, especialmente, el reconocimiento de diferencias entre los trabajadores que no se refieran al género y que puedan motivar razonablemente la existencia de diferencias en la retribución económica entre un hombre y una mujer que presten el mismo trabajo, agregando a las motivaciones que reconoce el propio artículo 62 bis, el talento, el cuidado, la atención y el esfuerzo o dedicación que en el ejercicio de sus labores ponga el trabajador¹⁸².

Hemos dejado para finalizar este segmento, la única sentencia favorable que se ha incluido en este análisis, la que fue pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto¹⁸³. Este caso fue denunciado por la Dirección

¹⁸² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 28 de julio de 2016. Rol de Corte 1228-2016.

¹⁸³ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE PUENTE ALTO. 20 de mayo de 2016. RIT T-9-2016.

del Trabajo, organismo que interpone la denuncia por cinco trabajadoras, acogándose, respecto a dos de ellas. Acá lo que hace el sentenciador, es aplicar los parámetros de la prueba indiciaria que exige el procedimiento de tutela, tanto para analizar los casos de las trabajadoras respecto a las que se acoge la denuncia, como respecto a las que se rechaza.

Lo anterior es posible apreciar claramente en el considerando décimo, en especial en aquella parte que se afirma que atendido que “al contestar la denuncia se ha reconocido la existencia de las diferencias remuneracionales entre hombres y mujeres que desempeñan un mismo cargo”, ello constituye un indicio suficiente de la vulneración denunciada.

Luego, en el siguiente considerando, al hacer referencia a los hechos que se tienen por establecidos, concluye que la diferencia remuneracional de dos de las trabajadoras no responde a una discriminación arbitraria sino que a una circunstancia objetiva, como lo es la mayor cantidad de horas de servicios prestadas por el trabajador, quien tenía una jornada de 45 horas, versus la jornada de 30 horas de las trabajadoras, afirmando que por ende, la diferencia remuneracional resulta objetiva, pues es esperable que quien presta un mismo servicio, por una mayor cantidad de horas a la semana, reciba una mayor remuneración que quien lo presta por un menor período.

Posteriormente, en el mismo considerando, en relación a las otras tres trabajadoras, señala que tanto ellas, como el trabajador con el que se comparan, realizan la función de vendedores, todos con una jornada de 45 horas a la semana, con excepción de una trabajadora, quien tiene una jornada de 40 horas, descartándola por este solo hecho de la comparación. Aquí valga detenerse para hacer notar que si bien a simple vista puede considerarse razonable que se excluya a una trabajadora por la diferencia en la jornada de trabajo, estimamos que la circunstancia que los trabajadores tengan una jornada diversa no obsta para hacer la comparación, toda vez que en estos casos, para tener un parámetro objetivo, se debería considerar la remuneración por hora de cada trabajador, para ver si efectivamente la diferencia tiene su origen en las mayores horas trabajadas.

Continuando con el razonamiento de las dos trabajadoras respecto a las que se acoge la denuncia, el sentenciador señala que cabe presumir fundadamente que la diferencias que se observan en los sueldos base de ellas, en comparación al trabajador, son arbitrarias toda vez que no resultaron suficientemente explicadas, dado que las justificaciones no fueron acreditadas por la denunciada, ordenando en lo resolutive de la sentencia nivelar la remuneración de las trabajadoras, con la del trabajador.

Finalmente, un punto respecto al que debemos llamar la atención es que el sentenciador va más allá, pues en la parte resolutive de su sentencia ordena que la empresa haga una nivelación “respecto de todos sus trabajadores que desempeñando idéntica función y jornada de trabajo, tengan sueldo bases distintos y que la diferencia no tenga su origen en fundamentos objetivos, nivelando tal remuneración a la superior que existiese en la empresa, para un mismo cargo y jornada”. Sin embargo, esta medida reparatoria fue anulada por la Corte de Apelaciones de San Miguel¹⁸⁴, que acogió únicamente a este respecto el recurso de nulidad, por extrapetita, dejando en lo demás vigente la sentencia.

En base a todo lo expuesto y puesta en evidencia la falta de eficacia material de la norma, que nos demuestran las cifras analizadas al inicio del presente acápite, como las sentencias recién estudiadas, corresponde analizar cuáles son las principales causas de ello.

De este modo, partiremos señalando que uno de los clásicos cuestionamientos que se hace al artículo 62 bis del Código del Trabajo es que al radicar el inicio del procedimiento ante el empleador podría inhibir a las

¹⁸⁴ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 05 de agosto de 2016. Rol 212-2016.

trabajadoras a denunciar mientras esté vigente la relación laboral¹⁸⁵ y las cifras nos demuestran que ello es así.

En este punto, esclarecedores resultan dos estudios practicados por la Dirección del Trabajo, llamándonos poderosamente la atención que en el primer año de entrada en vigencia la norma este órgano fiscalizador diera cuenta que había recibido un “poco más de una decena de denuncias, reclamos y consultas a propósito de la ley”¹⁸⁶, ínfimas cifras que se han mantenido en el tiempo. En efecto, el mismo organismo nos muestra que durante 4 años (2011 y 2014) se interpusieron 53 denuncias por esta la materia, las que se reducen a 21, toda vez que las demás fueron erróneamente interpuestas¹⁸⁷. Así el detalle que contiene este estudio nos muestra que el 2011 se interpusieron 5 denuncias; el 2012 se interpuso una denuncia; el 2013, 9 y el 2014, 6¹⁸⁸, las que involucraron a un total de 48 trabajadoras, atendido que algunas fueron conjuntas y otras individuales, siendo constatadas únicamente 11, de las 21 denuncias¹⁸⁹, lo que dista bastante del alto porcentaje de mujeres que tienen remuneraciones menores a las de los hombres.

¹⁸⁵ CAAMAÑO, E. 2013. Brecha salarial y legislación laboral: un problema estructural. ComunidadMujer. Mujer y trabajo: brecha salarial que no retrocede. Serie ComunidadMujer N° 24. Santiago, Chile. pp.10

¹⁸⁶ HENRÍQUEZ, H. RIQUELME, V. Op. Cit. pp. 20.

¹⁸⁷ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 74

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 74-75

Otro punto deficiente de la norma que ya adelantamos en el capítulo anterior, es que exige el descriptor de cargos únicamente a las grandes empresas, debilitando con ello la protección de las remuneraciones de las mujeres¹⁹⁰ que laboran en las micro, pequeñas y medianas empresas, que como ya vimos, entre todas ellas, constituyen la mayoría.

Por otra parte, los problemas que se divisan a partir del análisis de las sentencias, dicen principalmente relación, primero con un aspecto que excede de la norma analizada, relativo a la exigencia de prueba directa para acreditar la discriminación, olvidando algunos juzgadores aplicar el estándar de prueba indiciaria.

En lo que dice relación a aquellos aspectos que se relacionan directamente con deficiencias de la norma y que se advierten de las sentencias estudiadas, es que el artículo 62 bis no señala si la igualación remuneracional tiene o no efecto retroactivo o que esta norma, al no exigir un sistema de transparencia de las remuneraciones, dificulta que las trabajadoras tomen conocimiento respecto a si perciben una remuneración inferior a las de sus pares hombres, al no establecer ningún mecanismo para transparentar esta información.

¹⁹⁰ HERNÁNDEZ, H. y RIQUELME, V. Op. Cit. pp. 35.

Aunque el aspecto más relevante y de fondo, dice relación con la restricción de la comparación con trabajos iguales y no con trabajos de igual valor, aspecto que abordaremos en el próximo capítulo.

V. EL TRABAJO DE IGUAL VALOR COMO MEDIDA DE LA DISCRIMINACIÓN

Partiremos señalando que el trabajo de igual valor, dice especialmente relación con dos de los diversos factores que influyen en la brecha remuneracional entre mujeres y hombres: La segregación horizontal y vertical del trabajo.

En este sentido, si bien el análisis en particular de cada uno de estos diversos factores excede el objeto de estudio del presente trabajo, con la salvedad que hemos adelantado, al menos diremos que entre estos cabe destacar las tradiciones¹⁹¹; las opciones vocacionales de la mujeres que se concentran en ciertas carreras técnicas o profesionales, como las pedagogías, ciencias sociales o salud y menos en las ingenierías, tecnologías, finanzas, construcción y minería, siendo estas últimas mejor remuneradas¹⁹²; la conciliación de la vida familiar y el trabajo¹⁹³, toda vez que se tiende a asumir que los deberes familiares interferirán en su desempeño¹⁹⁴; la creencia de que el aporte femenino al ingreso familiar es “secundario”, lo que influye en las bajas expectativas de las propias mujeres a tener iguales o superiores remuneraciones

¹⁹¹ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 53.

¹⁹² DIAZ, E. Op. Cit. pp. 49.

¹⁹³ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 50.

¹⁹⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 28.

a las de sus pares masculinos¹⁹⁵; la segregación horizontal del mercado laboral¹⁹⁶ y la segregación vertical¹⁹⁷.

Como ya dijimos, es precisamente en estos dos últimos factores en los que nos detendremos, toda vez que si bien son conceptos que exceden del ámbito jurídico, a nuestro entender se vinculan directamente con la necesidad de que nuestro legislador consagre el principio de igualdad remuneracional, frente a trabajos de igual valor, noción que como veremos en este acápite es fundamental para “erradicar la discriminación y promover la igualdad”¹⁹⁸.

En este sentido, antes de referirnos a la segregación horizontal y vertical, debemos señalar que ambos son parte de un fenómeno más amplio: La división sexual del trabajo, que en términos muy simples lo podemos conceptualizar como “el mandato social de realizar ciertas labores por ser de un determinado sexo”¹⁹⁹.

Si bien esta división o segregación sexual del trabajo varía según la forma que adopten las diversas sociedades²⁰⁰, sí es posible distinguir un aspecto

¹⁹⁵ DIAZ, E. Op. Cit. pp. 52.

¹⁹⁶ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 45.

¹⁹⁷ DIAZ, E, Op. Cit. pp. 46.

¹⁹⁸ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 35.

¹⁹⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 26.

²⁰⁰ VALLEJO, M., 2015. Trabajo Social, una profesión feminizada. Aproximación a la Ciudad de Valladolid. Tesis para optar al grado en trabajo social. Valladolid. Facultad de educación y Trabajo Social. Universidad de Valladolid. Op. Cit. pp. 12.

prácticamente universal²⁰¹ y que está dado por el hecho que las mujeres han asumido a lo largo de la historia una mayor responsabilidad en las tareas domésticas y de cuidado, a diferencia de los hombres, que han asumido roles fuera del hogar²⁰².

Lo anterior, no viene dado por un orden natural²⁰³, lo que significa que la división sexual del trabajo más que estar asociada a rasgos biológicos²⁰⁴, dice relación precisamente con los roles sociales asumidos dentro y fuera de la familia²⁰⁵. De ahí que se afirme de que se trata de “una normativa tácita cultural”, que evidentemente ha permeado el ámbito laboral²⁰⁶, toda vez que estos estereotipos de roles asignados socialmente, fueron proyectados al mercado del trabajo²⁰⁷, como por ejemplo así sucede con las labores de crianza o cuidado. Por ello, no es casualidad que encontremos mayor cantidad de mujeres desarrollando labores de profesoras, enfermeras, secretarias o cuidadoras²⁰⁸.

Lo expuesto precedentemente se conoce como segregación horizontal, terminología utilizada para dar cuenta de la concentración de hombres o mujeres, en determinadas actividades y profesiones “a partir de las tareas que a través de

²⁰¹ VALLEJO, M. Op. Cit. pp. 12.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 27.

²⁰⁴ VALLEJO, M. Op. Cit. pp. 12

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 27.

²⁰⁷ ELÓSEGUI, M. Igual salario por trabajo de igual valor. pp. 128. s.l.n.a.

²⁰⁸ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp.20.

procesos de socialización se identifican como propias o impropias de uno u otro género”²⁰⁹. Esta segregación es la que queda en evidencia al estudiar, por ejemplo, la distribución de las mujeres por actividad económica y categoría ocupacional²¹⁰, que nos muestra que se desempeñan preferentemente en labores relacionadas al sector comercio y a los servicios, ya sea comunales, sociales y personales²¹¹.

Este fenómeno se vincula directamente con la brecha remuneracional, puesto que estas labores “demográficamente femeninas”²¹², tienden a ser remuneradas de manera inferior²¹³, pues gozan de menor reconocimiento social²¹⁴, lo que viene dado por que las capacidades, responsabilidades y condiciones de trabajo asociados a estas labores son menos valorados²¹⁵, a diferencia de lo que ocurre con las labores o profesiones propiamente masculinas, a las que se les otorga un mayor reconocimiento social y consecuentemente con ello, son mejor remuneradas²¹⁶.

Además de la segregación recién explicada, también encontramos la segregación vertical, que es la que se da por la exigua participación de las

²⁰⁹ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 45

²¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 30

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² BERLIEN, K., FRANKEN, H., PAVEZ, P., POLANCO, D. y VARELA, P. Op. Cit. pp. 18.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 45

²¹⁵ OELZ, M., OLNEY, SH, y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 24.

²¹⁶ DÍAZ, E. Op. Cit. pp. 46.

mujeres en los puestos de trabajo con mayor jerarquía o responsabilidad²¹⁷ y que también tienen directa vinculación con la brecha remuneracional, en atención a que estos puestos, llevan consigo una mayor remuneración²¹⁸.

Aquí, un punto a destacar dice relación con las razones que dan origen o que explican este tipo de segregación, toda vez que debemos vincularlo directamente con la vulneración al principio de igualdad, dado que la literatura revisada nos demuestra que esta se explica principalmente por el factor discriminación²¹⁹.

En efecto, como vimos en el capítulo anterior, existen evidencias estadísticas que dan cuenta que pese a que las mujeres mejoren su capital humano, no pueden acceder a “posiciones de alta jerarquía similar a la de los varones”²²⁰. Un claro ejemplo de ello está dado por cómo se comporta la brecha remuneracional en relación al nivel educacional, puesto que desde el nivel técnico en adelante a medida que va aumentando el nivel educacional, la brecha se va acentuando²²¹.

²¹⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 32.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ BERLIEN, K., FRANKEN, H., PAVEZ, P., POLANCO, D. y VARELA, P. Op. Cit. pp. 21.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 50.

Como podremos observar la división sexual del trabajo, que da lugar tanto a la segregación horizontal, como vertical, son fenómenos que existen, que se vinculan directamente con la brecha remuneracional por razones de género y que encuentran su explicación en diversas causas entre ellas, una que se encuentra proscrita: La discriminación.

Es precisamente desde este prisma que afirmamos que cualquier iniciativa legal que pretenda hacer frente a esta discriminación, no se puede abstraer de esta realidad, como así ocurre con el artículo 62 bis del Código del Trabajo, que evidentemente no cumple con el objeto para el que fue establecido, esto es, hacer frente a la brecha remuneracional entre mujeres y hombres. Ello no solamente está dado por las deficiencias formales de las que adolece y que ya hemos mencionado, sino que su ineficacia también pasa por un tema más de fondo, vinculado a que únicamente consagra el principio de igualdad remuneracional frente a trabajos iguales.

Lo anterior, evidentemente restringe su ámbito de aplicación en la práctica, dado que únicamente sirve para reclamar cuando por un mismo trabajo una mujer percibe una remuneración inferior, dejando vedada la posibilidad de reclamar cuando se ejerce un trabajo de igual valor, en circunstancias que la realidad analizada nos muestra que las mujeres nos concentramos en determinadas labores, diversas a las de los hombres.

Y si bien reconocemos que un “trabajo de igual valor”, es de más difícil conceptualización que “un mismo trabajo”, definitivamente es la medida que se debe aplicar para ir acortando la brecha remuneracional de género y eliminar la discriminación²²² asociada a la misma. No por nada el Convenio 100 de la OIT y la CEDAW lo establecen como el parámetro a aplicar.

En este orden de ideas, la explicación de adoptar el concepto de “trabajo de igual valor” como medida de la discriminación, no solamente la encontramos en la constatación fáctica de que existe una división sexual del trabajo, sino que también en la interpretación jurídica que podemos hacer de este fenómeno, a propósito de la distinción entre discriminación directa²²³ e indirecta, dado que es precisamente esta última la que en la mayoría de los casos presenciamos. En efecto, en pleno siglo XXI difícilmente podremos llegar a ver una oferta de trabajo que para un cargo de gerente señale como requisito de postulación que únicamente se admiten hombres o personas que no estén en estado de

²²² OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 35

²²³ En este sentido la discriminación directa se puede definir como el trato diferente, basado en la aplicación de motivos proscritos o prohibidos que “se da cuando se trata a una persona de manera menos favorable que a otra en una situación análoga por motivos de origen racial o étnico u otras razones”. En GOLDSTEIN, E. 2009. La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales. Montevideo – Uruguay. Facultad de Derecho Universidad la República. Fundación de Cultura Universitaria. pp. 116.

embarazo²²⁴. Pese a ello, la realidad analizada nos muestra que es un hecho que las mujeres acceden, por ejemplo, a menos cargos de poder.

En relación a lo expuesto, un aspecto que no debemos olvidar es que las vulneraciones a derechos fundamentales tienden a ser conductas veladas, a las que se trata de dar una apariencia de legalidad o legitimidad y es precisamente en este punto donde cobra mayor fuerza el concepto de discriminación indirecta, que es aquella que se verifica “cuando una reglamentación, criterio o práctica aparentemente neutros o imparciales puede producir una desventaja a personas por motivos de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad”²²⁵ o género, como así se da con la segregación horizontal y vertical del mercado laboral.

Y si bien se puede afirmar que una comparación entre trabajos iguales, puede ser de más rápida y fácil comprensión o aplicación²²⁶, lo cierto es que ello de nada servirá, pues en la mayoría de los casos y por las razones ya vistas asociadas a la división sexual del trabajo, el ámbito de aplicación será mucho más restringido.

²²⁴ En este punto recordemos que también estamos en presencia de la discriminación directa “cuando hay una causa que es consecuencia directa del sexo de la persona, como el embarazo y la maternidad”. En este sentido GAMONAL, S. Op. Cit. pp. 26.

²²⁵ GOLDSTEIN, E. Op. Cit. pp.117.

²²⁶ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 35.

Conforme a todo lo que hemos venido argumentando, es que en las próximas páginas trataremos de dar una aproximación a qué es lo que significa un trabajo de igual valor, no sin antes reconocer que para determinar cuándo un trabajo realizado por una mujer tiene el mismo valor que el realizado por un hombre, supone un proceso metodológico complejo, en especial cuando se trata de contrastar labores de diversa naturaleza²²⁷.

De hecho, una muestra de la complejidad de establecer un concepto de trabajo de igual valor viene dado por la propia adopción del Convenio 100 de la OIT, el que no estuvo exento de debate, del que resaltaremos algunas opiniones que nos demuestran que tanto representantes gubernamentales, como de los empleadores de algunos Estados manifestaron similares aprehensiones a las de nuestros legisladores, en la discusión parlamentaria que precedió a la dictación de la Ley 20.348, referentes a la necesidad de definir qué significa “un trabajo de igual valor”. Por su parte, haremos referencia a ciertas intervenciones que además de brindarnos una aproximación al concepto de trabajo de igual valor, nos ratifican que es éste el único parámetro que dará lugar a la concretización del principio de igualdad remuneracional.

²²⁷ TOMEI, M. 2006. El nexo entre discriminación e igualdad de género en el trabajo: Algunas consideraciones conceptuales y de políticas. En: Trabajo decente y equidad de género en América Latina. Santiago. Oficina Internacional del Trabajo. pp. 67.

Referente a lo primero debemos recalcar, por ejemplo, la intervención del Sr. Bergenstrom, delegado de los empleadores de Suecia, quien manifestó que el texto ofrecido no era realista, toda vez que si bien contenía una definición de remuneración, carecía de un concepto de qué significa un trabajo de igual valor, lo que estimaban esencial²²⁸. En una línea similar la Sra. Nousbaum, consejera técnica de los empleadores de Francia, argumentó que el texto del Convenio les parecía insuficiente, entre otros aspectos, por no definir “el trabajo de igual valor”, lo que estimaron fundamental, por ser “la condición de la igualdad de remuneración”²²⁹, indicando que este era uno de los fundamentos por los que no podrían votar a favor del texto propuesto.

Respecto a lo segundo, creemos pertinente referirnos a la intervención de Srta. Miller, consejera técnica gubernamental de Estados Unidos y Ponente de la Comisión de Igualdad de Remuneraciones, quien señala que si bien la igualdad de remuneraciones es uno de los principios de la Constitución de 1919, transcurridos 25 años no ha sido superada esta desigualdad²³⁰ y que por ello es un tema que merece preocupación, relacionándolo con dos propósitos. El primero, relativo a la convicción de que los derechos de las personas y la justicia social requieren que se cumpla con esta igualdad. Y el segundo, por una razón

²²⁸ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1952. Actas de las sesiones. Trigésima cuarta reunión Ginebra, 1951. Oficina Internacional del Trabajo. pp. 332.

²²⁹ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit. pp.333.

²³⁰ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit. pp. 331.

económica, dado que en la medida que “se paguen a las mujeres salarios y sueldos más bajos por un trabajo comparable al que realizan los hombres, se amenaza el nivel de vida de los trabajadores y se perjudica el sistema de tasas fijas por determinado trabajo”²³¹. Acá lo primero que podemos observar es que queda clara la intención de abandonar el concepto de igual remuneración por un mismo trabajo, al hacer referencia a “trabajos comparables”, reconociendo con ello una realidad: La segregación o división sexual del trabajo. Precisamente por ello, es que con esta intervención además se da cuenta que la comparación de trabajos iguales, no es suficiente.

Sin embargo, quizás una de las intervenciones que más nos interesa destacar, por la aproximación que nos brinda respecto a qué implica determinar un trabajo de igual valor, la encontramos en las palabras de la Sra. Troigros, consejera técnica de los trabajadores de Francia, quien luego de reconocer lo dificultoso que fue la discusión en torno al tema, concluye que dicho debate dio lugar a que “se diese un gran paso hacia adelante, desprendiéndose de las deliberaciones, el hecho de que había una noción objetiva que exigía que el valor económico de un trabajo determinado fuese influenciado por el esfuerzo personal y no por el sexo”²³². Es precisamente aquí dónde encontramos que la principal

²³¹ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit. pp. 331.

²³² CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit. pp. 336.

idea que lleva envuelta la determinación de un trabajo de igual valor, es que debe estar exenta de factores sexistas e influenciado por criterios más objetivos.

Dicho lo anterior, continuaremos señalando que, tal como se esboza en algunas de las intervenciones antes citadas, el trabajo de igual valor es parte del principio de igualdad remuneracional, por ser el único parámetro con el que se podrá alcanzar la “equidad salarial”²³³ y erradicar la discriminación²³⁴. Ahora bien, su determinación necesariamente implica hacer un ejercicio de valoración²³⁵ o evaluación de los trabajos, en base a criterios objetivos y con total prescindencia de los prejuicios de género²³⁶.

Si bien es difícil determinar a priori prejuicios de género, un clásico ejemplo está dado por el esfuerzo físico, por ser característico de los trabajos en los que predomina la presencia masculina²³⁷. Pero además, también podemos afirmar que existen ciertas labores que llevan implícito un sesgo de género, por ser desarrolladas principalmente por mujeres, como las labores de cuidado, crianza o limpieza, por las razones ya vistas. Por ello y para erradicar la brecha remuneracional que llevan implícitas estas labores, es que necesariamente

²³³ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 34.

²³⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Igualdad de remuneración. Activador fundamental de la igualdad de género. pp.4. s.l.n.a.

²³⁵ ELÓSEGUI, M. Op. Cit. pp. 130.

²³⁶ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 42.

²³⁷ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 44.

deben ser comparadas con otras que son principalmente realizadas por hombres, para luego determinar si tienen o no el mismo valor.

Precisamente por lo expuesto es que la Organización Internacional del Trabajo nos señala que la determinación de trabajo de igual valor es factible, independiente que las labores a comparar se realicen en condiciones diferentes; que requieran cualificaciones, capacidades o niveles de esfuerzo diferentes; y que impliquen responsabilidades diferentes²³⁸, señalando que la productividad es el “único criterio que justifica distinciones entre las personas”²³⁹.

En este orden de ideas, este mismo organismo internacional nos señala que si bien lo anterior “plantea desafíos metodológicos complejos”²⁴⁰, estos deben concretarse, dado que es la forma en que se “ataca los prejuicios sexistas que moldean la estructura y el funcionamiento del mercado laboral, toda vez que la mayoría de las mujeres desempeñan trabajos diferentes a la mayor parte de los hombres”²⁴¹.

De este modo y para entender de una manera más práctica qué es lo que implica este ejercicio de valoración, mencionaremos algunos casos que nos

²³⁸ OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 36.

²³⁹ TOMEI, M. Op. Cit. pp. 78.

²⁴⁰ TOMEI, M. Op. Cit. pp.67.

²⁴¹ *Ibidem*.

muestra la Organización Internacional del Trabajo, mediante los cuales ejemplifica qué trabajos realizados principalmente por mujeres, son comparables con trabajos realizados mayoritariamente por hombres²⁴²:

TRABAJO REALIZADO PRINCIPALMENTE POR MUJERES	TRABAJO REALIZADO PRINCIPALMENTE POR HOMBRE
Cuidadores en centros geriátricos	Guardias de seguridad
Supervisores de comedores escolares	Supervisores de parques
Especialistas en comida preparada y limpiadoras	Jardineros y conductores
Trabajadores sociales y comunitarios	Empleados de gobiernos estatales y locales
Directoras de asuntos sociales	Ingenieros

Si bien las comparaciones anteriores a primera vista pueden parecer extremas o impracticables, como asimismo que esta comparación excede del ámbito del derecho, a continuación daremos cuenta de un fallo pronunciado en España que nos muestra el real sentido de justicia implícito en este tipo de comparaciones, exentas de sesgos sexistas y que en términos jurídicos son perfectamente plausibles, evidenciando además que la determinación de un trabajo de igual valor, lleva inmerso un razonamiento jurídico, toda vez que dicha “valoración requiere utilizar (una) metodología propia de las ciencias sociales, entre las que se encuentra también el derecho”²⁴³.

²⁴² OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. Op. Cit. pp. 36.

²⁴³ ELÓSEGUI, M. Op. Cit. pp. 130.

Así, el pronunciamiento al que haremos referencia, se trata de una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional de España²⁴⁴ que aplicó la doctrina del trabajo de igual valor y que inclusive fue el fundamento para la reforma que se hizo al artículo 28 del Estatuto del Trabajo, que antes únicamente consagraba el principio de la igualdad retributiva, por igual trabajo²⁴⁵.

La sentencia versa sobre un recurso de amparo presentado por trabajadoras de un hospital²⁴⁶, en el que se encontraba vigente un convenio colectivo que establecía una diferencia remuneracional basada en la categoría profesional entre los trabajadores que realizaban la labor de peones, desarrollada por hombres, y la categoría profesional de limpiadoras, desempeñada por mujeres.

Es del caso indicar que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la sentencia del Tribunal Central del Trabajo, que establece que la diferente retribución está dada por estar los peones y las limpiadoras en categorías diferentes, agregando que dichas diferencias eran fundadas y razonables, en

²⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. España. 22 de julio de 1991. Sentencia 145/1991.

²⁴⁵ LOUSADA, J. Jurisprudencia Española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres. <<http://www.igualretribucion.es/eses/actividades/Notas%20de%20Prensa/Jurisprudencia%20igualdad%20retributiva.pdf>> [Consulta: 16/02/2017]

²⁴⁶ ELÓSEGUI, M. Op. Cit. pp. 120.

atención a “la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la categoría de peón respecto a la de limpiadora”²⁴⁷.

Respecto a dicha decisión el Tribunal Constitucional de España dice que “el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación...”. Luego, agrega que incluso se trata de una discriminación directa, al tratarse de la categoría “limpiadoras” y que por ello, no podría quedar justificada “la diferencia por sexo de categorías profesionales entre quienes realizan un mismo trabajo (...), sino antes bien, como el origen o instrumento mismo a través del cual se formaliza esa discriminación vedada”.

En otras palabras, lo que nos quiere decir el Tribunal es que no puede justificarse la diferencia, si ya la categoría “limpiadoras”, lleva inmersa una discriminación directa, desde que únicamente mujeres, pueden desempeñar esa labor, quienes a la vez por laborar como limpiadoras son peor remuneradas, por estar en una categoría que tiene asociada una menor remuneración.

²⁴⁷ Ello, según así se lee de la sentencia del Tribunal Constitucional español de 22 de julio de 1991. Sentencia 145/1991.

Además es posible advertir que del caso expuesto, no se divisa únicamente una discriminación directa, que viene dada por la denominación femenina de la categoría de “limpiadoras”, sino que también se aprecia una discriminación indirecta “basada en la infravaloración de los trabajos relacionados con tareas domésticas”²⁴⁸, lo que como ya vimos, dice relación con la menor valoración social de este tipo de labores. El origen de ello, dice relación con la asociación de estas labores con tareas propias del hogar, las que al ser traspasadas al mercado laboral, son peor remuneradas²⁴⁹.

Otro aspecto que debemos destacar de la sentencia del Tribunal Constitucional español dice relación con la conceptualización del trabajo de igual valor. Ello lo encontramos en aquella parte que al hacer referencia al principio de no discriminación remuneracional, afirma que este abarca a “todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo...”

Como podremos observar la sentencia recién citada además de constituir un claro ejemplo de que sí es posible comparar trabajos diferentes, excluyendo

²⁴⁸ ELÓSEGUI, M. Op. Cit. pp. 127

²⁴⁹ ELÓSEGUI, M, Op. Cit. pp. 131.

los sesgos de género, para lograr una mayor equidad retributiva; también nos da luces de qué es lo que abarca el concepto de trabajo de igual valor; la justicia que lleva implícita este concepto; y que por todo lo dicho, es el parámetro que se debe aplicar si se quiere disminuir la brecha remuneracional entre hombres y mujeres.

Finalmente, la sentencia nos deja claro el rol preponderante que tienen los jueces en la construcción y aplicación del concepto, toda vez que son ellos finalmente los llamados a valorar en cada caso. En este punto, a nuestro parecer es indiscutible que el razonamiento jurídico para llegar a determinar cuándo un trabajo tiene el mismo valor que otro, se debe basar en las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, toda vez que “requiere de una apreciación sobre lo que es considerado más o menos valioso”²⁵⁰.

Si bien el ejercicio de comparación de trabajos y valoración de los mismos, indudablemente es una tarea que no está exenta de dificultades²⁵¹, el caso que hemos expuesto, nos demuestra que no es imposible y que el resultado de dicha valoración es más que razonable.

²⁵⁰ ELÓSEGUI, M. Op. Cit. pp. 130.

²⁵¹ *Ibidem*.

Ahora bien, como vimos anteriormente la OIT nos señala que el principal criterio que justifica las distinciones en materia de condiciones de trabajo, como la remuneración, es la productividad²⁵². Sin embargo, el problema es que muchas variables productivas, como “las habilidades innatas, la motivación y la aptitud hacia el trabajo son, en efecto, difícilmente observables, lo que conduce a estimaciones sesgadas”²⁵³.

Como podremos advertir, lo anterior nos deja claro que el ejercicio de valoración que deberían hacer los jueces es complejo y no está exento de problemas²⁵⁴, dado que no es tarea fácil distinguir entre las diferencias que se basen en criterios objetivos asociados a la productividad y las que tienen su origen en la discriminación²⁵⁵, determinación que implica un juicio de valor, que no es matemático, sino que por el contrario, está dado por la apreciación sobre los que es considerado más o menos valioso²⁵⁶, lo que evidentemente conlleva el riesgo de caer en comparaciones subjetivas, dada la mayor dificultad de objetivización²⁵⁷ que implica esta valoración.

Lo anterior inmediatamente nos “remite a la formación que deben de recibir los jueces de lo social (...) sobre el modo de discernir los criterios para la

²⁵² TOMEI, M. Op. Cit. pp. 78

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ ELÓSEGUI, M. Op. Cit. pp. 129.

²⁵⁵ TOMEI, M. Op. Cit. pp. 78

²⁵⁶ ELÓSEGUI, M. Op. Cit. pp. 130

²⁵⁷ *Ibidem*.

calificación de categorías profesionales”²⁵⁸. De este modo, con dicha formación, sumado a la experiencia que han adquirido a propósito del Procedimiento de Tutela Laboral, creemos que es perfectamente posible que estén en condiciones de establecer cuando dos trabajos de diversa naturaleza, tienen el mismo valor.

Por lo dicho es que, pese al riesgo de valoración subjetiva que llevaría implícita esta determinación, creemos que es el camino por el que se debe optar si realmente se quiere hacer frente a los dos tipos de discriminación que entraña la división sexual del trabajo, esto es, tanto la discriminación directa, como la indirecta²⁵⁹.

En efecto, si el principio de igualdad remuneracional, es restringido a la comparación de trabajos iguales, solamente se estará enfrentando la discriminación directa, en circunstancias que la realidad analizada nos muestra que esta comparación será factible en los menos de los casos, dado que mujeres y hombres suelen concentrarse en labores diversas. Por el contrario, si el parámetro elegido por el legislador es “el trabajo de igual valor”, se estará enfrentando además la discriminación indirecta, que al ser entendida como las diferencias “que si bien son formal y aparentemente neutros, entrañan

²⁵⁸ ELÓSEGUI, M. Op. Cit. pp. 121.

²⁵⁹ MOLINA, M. 2014. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. República de Colombia. pp. 13.

segregación indebida”²⁶⁰, por la forma en que se comporta la brecha remuneracional, es la que se da en la mayoría de los casos.

Volviendo al caso de la diferencia remuneracional entre limpiadoras y peones, estimamos que este necesariamente nos debe hacer reflexionar sobre qué hubiese pasado si este grupo de trabajadoras que desempeñan la labor de limpiadoras hubiesen interpuesto una demanda de tutela laboral, con nuestro actual marco jurídico. Pareciera que la primera respuesta es que al menos resultaría dudosa dicha acción, en la medida que no se cumplirían los supuestos fácticos del artículo 62 bis del Código del Trabajo. Sin embargo, si nos situamos en el periodo previo a su incorporación, al parecer la respuesta no es tan obvia.

Que en base a todo lo que hemos venido diciendo podemos afirmar que el trabajo de igual valor es la medida que se debe utilizar para dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres, cuya determinación resulta luego de haber eliminado de la comparación entre dos trabajos diversos, todos los factores o elementos sexistas, que son aquellos que se identifican con uno u otro género.

²⁶⁰ MOLINA, M. Op. Cit. pp. 13.

Terminaremos señalando que es precisamente en el ámbito de la regulación del derecho laboral donde “la diferencia resulta desvalorizada”²⁶¹ y de ahí que estos sesgos deben eliminarse en la comparación de trabajos femeninos, con trabajos propiamente masculinos, única forma en que hombres y mujeres en el ámbito laboral lleguen a ser iguales en derechos, pues en dignidad, sí lo son.

²⁶¹FERRAJOLI, L. 2005. Igualdad y diferencia de género. Consejo Nacional para prevenir la discriminación. Colección Miradas 2 México. pp. 25.

VI. CONCLUSIONES

La brecha remuneracional entre hombres y mujeres es una realidad mundial de la que Chile no está exento, alcanzando actualmente en nuestro país un 32,3%, según las cifras que hemos analizado²⁶².

Los factores que han influido en esta brecha son variados, aunque hemos podido constatar que el origen histórico de esta brecha, es el que ha propiciado que este fenómeno se haya perpetuado, pues este a la vez, es el que explica muchos de los otros factores que influyen en el mismo. En efecto, de todo lo que hemos estudiado, uno de los aspectos que debemos destacar es que la división sexual del trabajo dice directa relación con el rol que a lo largo de la historia han asumido mujeres y hombres. De este modo, mientras las mujeres han estado en mayor o menor medida relegadas al ámbito privado, esto es, dentro del hogar y preocupadas del cuidado y crianza de la familia, los hombres han estado en la vereda del frente, asumiendo un rol preponderante fuera del hogar. Y tan marcados fueron estos estereotipos, que inevitablemente terminaron siendo proyectados al mercado laboral, a medida que la participación laboral femenina fue aumentando.

²⁶² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Op. Cit. pp. 62.

Si bien esta división sexual de los roles, en que las mujeres están en la esfera más privada, y los hombres en la pública, es cada vez menos marcada, lo cierto es que no ha sido fácil despojarse de este arraigo histórico, toda vez que la proyección de estos roles en el ámbito laboral se han mantenido en el tiempo. A ello debemos, por ejemplo, que en ciertas carreras técnicas y profesionales encontremos principalmente mujeres y en otras, mayoritariamente a hombres.

Ahora bien, esta división sexual del trabajo, ha dado paso a la distinción de dos tipos de segregaciones: La horizontal y la vertical. La primera, es la que se relaciona con lo ya dicho, esto es, con la marcada concentración de mujeres y hombres en labores o actividades diversas. Así, si las mujeres están más ligadas a los servicios, cuidados de personas y educación, los hombres están más ligados a finanzas, ingenierías y tecnologías. Y la segunda, dice relación con la escasa posibilidad de las mujeres de acceder a puestos de poder, en comparación a la vasta posibilidad de ascenso de los hombres a puestos de mayor jerarquía.

En este mismo orden de ideas, vimos que ambos tipos de segmentación o segregación, tienen una estrecha vinculación con la brecha remuneracional de género. Así, si en la segmentación horizontal encontramos que este vínculo dice relación con el hecho que las labores “feminizadas” gozan de un menor reconocimiento social y por ende, son peor remuneradas, en la vertical, resulta

más evidente aún, en la medida que si los altos puestos o cargos de poder son ocupados mayoritariamente por hombres, también percibirán mejores remuneraciones, en desmedro de las mujeres.

Respecto a la forma en que se comporta esta brecha, los resultados estadísticos analizados, nos dejan con una cierta sensación de amargura. En efecto, las cifras nos muestran que sea cual sea la comparación que se haga, las mujeres siempre tienen una remuneración inferior. Pero quizás uno de los aspectos que más llama nuestra atención es que a medida que el capital humano de la mujer va mejorando, por ejemplo, a través de su nivel educacional, la brecha también va a aumentando. Paradójico si recordamos que la admisión de la mujer a las universidades, marcó un antes y un después en la participación laboral femenina.

De todo lo dicho y especialmente por los estudios estadísticos revisados, a la primera gran conclusión que hemos llegado es que la brecha remuneracional encuentra dentro de sus principales “explicaciones” la discriminación. Ello, toda vez que estos estudios, luego de aplicar todas las comparaciones en base a factores objetivos, nos señalan que existe un porcentaje de diferenciación que no tiene ninguna explicación razonable y es precisamente aquí dónde nos señalan que la única “explicación” es precisamente la discriminación. Lamentable, pero cierto.

Lo anterior, pese a la vasta consagración de los principios de igualdad y no discriminación, tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno, a nivel constitucional y legal, como en ámbito internacional, a través de diversos tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, dentro de los que cabe destacar, por la especial vinculación que tienen con nuestro objeto de estudio, la CEDAW y más específicamente con la brecha remuneracional el Convenio 100 de la OIT.

Precisamente por lo anterior es que si bien es relevante que el principio de igualdad se encuentre consagrado en el umbral de nuestra Constitución y que esté estrechamente vinculado con la finalidad y deberes del Estado, como igualmente relevante es que la discriminación en materia laboral, se encuentre proscrita en la misma Carta Fundamental, la realidad nos demuestra que ello no es suficiente, toda vez que en materia de igualdad remuneracional estamos muy lejos de la concretización de estos principios.

Ahora bien, en el ámbito del derecho laboral y situándonos en el periodo previo a la promulgación de la Ley 20.348, el marco jurídico analizado nos evidenció que éste no se agotaba en la consagración constitucional o legal, toda vez que también encontramos herramientas jurisdiccionales para reclamar su cumplimiento frente a su vulneración. Es el caso del Procedimiento de Tutela Laboral, demostrando ser un gran avance en materia de protección a los

derechos fundamentales al interior de la relación laboral, dentro de los que encontramos, a no dudarlo, los principios de igualdad y no discriminación.

El tema es que el legislador consideró que no existía ninguna herramienta eficaz para hacer frente a la brecha remuneracional de género, desconociendo el avance que llevaría consigo el Procedimiento de Tutela Laboral. En efecto, al analizar el amplio debate que precedió a la Ley 20.348 y más específicamente la moción parlamentaria, logramos verificar que el fundamento del proyecto dice principalmente relación con esta supuesta falta de protección. Así lo dejan claras estas palabras que se contienen en la moción parlamentaria: "...este derecho consagrado en la legislación internacional, y nacional en sus ámbitos constitucional y legal, se encuentra carente de garantías efectivas, concebidas como dispositivos jurídicos efectivos (...) Esta situación genera claramente una desprotección, falta de tutela, o más bien, la impunidad del discriminador laboral por género"²⁶³.

Si bien en un principio encontramos razonable esta apreciación de los parlamentarios, en especial por el poco camino recorrido que llevaba la reforma laboral que incorporó el Procedimiento de Tutela Laboral, también dijimos que esta finalidad jamás se tuvo que perder de vista en la discusión parlamentaria. Sin embargo, los antecedentes que preceden a estas conclusiones, nos

²⁶³ Historia de la Ley 20.348. Op. Cit. pp.6

evidencian que el objetivo de incorporar una norma que brindara una mayor protección a los principios de igualdad y no discriminación, en materia remuneracional, definitivamente no se logró, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

Fue esencialmente desde esta perspectiva que en el desarrollo de nuestro trabajo también afirmamos que la exigencia obvia que se debía hacer a una norma que venía a reforzar estos principios y que pretendía ser una herramienta eficaz para su protección, es que necesariamente significara un avance, el que únicamente era posible de concebir si representaba un estándar de protección superior al ya existente.

Pues bien, luego de analizada la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.348, relacionándola con las principales características de cómo se comporta la brecha remuneracional y las sentencias analizadas, hemos podido observar que no se cumplió con la finalidad a la que ya hicimos referencia. En efecto, a lo largo de nuestro trabajo hemos verificado que tanto el artículo 62 bis del Código del Trabajo, como las normas que se relacionan con él, adolecen de una serie de deficiencias formales y de fondo, que torna a la Ley 20.348, en una ley ineficaz para el fin que perseguía.

Desde esta perspectiva y en lo estrictamente formal, partiremos señalando que un aspecto deficiente de la norma viene dado por limitar la exigibilidad del registro de cargos, que debe incluirse en los reglamentos internos, únicamente a las grandes empresas, en circunstancias que entre todas las otras categorías (micro, pequeña y mediana), constituyen un porcentaje superior.

En la restricción anterior se evidencian consecuencias negativas, de carácter material o práctico. Para entenderlas, primero tenemos que recordar que la idea de incorporar este registro de cargos en lo reglamentos internos, venía a paliar, en cierto modo, la dificultad probatoria que llevan consigo las vulneraciones de derechos fundamentales, que precisamente por ser conductas que se encuentran proscritas, se desarrollan de manera encubierta, tratando de dárselos una apariencia de legalidad. Pues bien, desde esta mirada, afirmamos que el hecho que el registro sea obligatorio únicamente para las grandes empresas hará que las mujeres que se desempeñan en las demás categorías de empresas, que en su conjunto son la gran mayoría, tendrán una seria dificultad probatoria, además de no contar con una herramienta útil que sirva para tener una mayor aproximación a los diversos cargos existentes en las empresas y las funciones asociadas a ellos, lo que dificulta la comparación. Mismas dificultades que se tendrán a la hora de fiscalizar estas conductas.

Otra deficiencia de la norma que advertimos, es que se condiciona la acción de tutela laboral al reclamo previo ante el empleador, lo que ha inhibido a las trabajadoras a denunciar en sede administrativa y judicial. Como ya vimos, una clara muestra de ello son las escasas denuncias administrativas que se interpusieron ante la Dirección del Trabajo hasta el 2015. Ahora bien, esta deficiencia no se agota en esta dificultad material pues advertimos, que además, lleva inmersa una imposición arbitraria por parte del legislador a las mujeres. En efecto, vimos que la Dirección del Trabajo, en uso de sus facultades de interpretación de la ley, ha determinado que la norma es aplicable únicamente a mujeres, lo que tiene sentido, si se piensa que de la historia de la ley se desprende que la intención del legislador fue incorporar una norma para hacer frente a la brecha remuneracional, que como nos mostraron las cifras analizadas, únicamente afecta a las mujeres.

Por ende, es precisamente a las mujeres a las que el legislador les impone un requisito adicional, consistente en reclamar ante el empleador y concluir el procedimiento del reglamento interno, previo a ejercer la acción de tutela, lo que no se exige a ningún otro trabajador. Por ello, afirmamos que lo razonable hubiese sido que este reclamo se estableciera como una alternativa a la acción de tutela y no como un requisito de procesabilidad para su ejercicio.

Otro defecto de la norma, que advertimos al analizar las sentencias, es que omite señalar de qué forma debe hacerse la reparación y si la orden de igualar las remuneraciones tiene o no efecto retroactivo. En este punto pareciera que el legislador deja entregada esta decisión al órgano jurisdiccional, debiendo determinarse conforme a la parte petitoria de las acciones de tutela.

Siguiendo en la línea de las omisiones de la norma, podemos advertir que no se hace cargo de exigir un sistema de transparencia de las remuneraciones, lo que dificulta que las trabajadoras tomen conocimiento respecto a si perciben una remuneración inferior a la de sus pares hombres.

En razón de todos los aspectos deficientes de la norma recién referidos, esto es, que radica el inicio del procedimiento del reclamo ante el empleador; que condiciona el ejercicio de la acción de tutela laboral al término de este reclamo ante el empleador; que restringe la obligatoriedad de la descripción de cargos únicamente a las grandes empresas; que omite señalar si la igualación debe ser o no retroactiva y que no contempla ningún medio para que la mujeres al menos tengan conocimiento de los rangos de remuneración de sus pares hombres (sin necesidad de saber los nombres), tenemos fundamentos más que suficientes para afirmar que la norma analizada es una herramienta inútil e ineficaz para hacer frente esta brecha remuneracional de género.

La antedicha ineficacia, por lo demás, se ve reflejada en los datos estadísticos analizados, toda vez que puestas en evidencia las cifras en el periodo cercano a la promulgación de la Ley 20.348, estas nos confirman que no tuvo, ni ha tenido impacto alguno en la brecha remuneracional entre hombres y mujeres. Y posiblemente, si no sufre ningún tipo de modificación, es probable que jamás lo tenga.

Ahora bien, el tema de la ineficacia del artículo 62 bis del Código del Trabajo no pasa solamente por los aspectos formales que acabamos de citar, sino que también con uno más de fondo y quizás nuestra apreciación negativa de la norma no sería tan drástica, si al menos el legislador hubiese optado por consagrar el principio de igualdad remuneracional por trabajos de igual valor.

Así, dentro de las deficiencias de la norma encontramos ésta que es trascendental, toda vez que el legislador al limitar el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por trabajos iguales, abandonando el concepto de trabajo de igual valor, restringe en los hechos el ámbito de aplicación, en la medida que la realidad nos muestra que hombres y mujeres, por lo general, no desempeñan las mismas funciones. Lo anterior, tiene estrecha vinculación con la división sexual del trabajo, que ha dado lugar a la segregación horizontal y vertical del mercado del trabajo, realidad que evidentemente es negada por la norma analizada, al hacerla aplicable solamente para comparar

trabajos iguales, como ya se había consagrado en 1924, en las primeras leyes sociales.

En este punto partimos reconociendo que la adopción del trabajo de igual valor como medida de la discriminación es de mucho más difícil aplicación, en especial cuando se trata de comparar trabajos de distinta naturaleza. Sin embargo, creemos que es un esfuerzo que se debe hacer, para hacernos cargo de una conducta que se encuentra proscrita y que pese a ello, es una realidad. En efecto, al abordar este tema jamás debemos perder de vista que la diferencia remuneracional se explica, entre otros factores, por la discriminación. De ahí, además, la relevancia jurídica de nuestro objeto de estudio.

Si bien la determinación de qué trabajos de distinta naturaleza, tienen un mismo valor, debe partir por los empleadores, el legislador debe dejar abierta la posibilidad de poder reclamar administrativamente o accionar en sede judicial, si se estima que en dicha determinación de trabajo de igual valor se han considerado factores sexistas, que le resten objetividad a la comparación.

Lo anterior, evidentemente implica un gran desafío, especialmente para los jueces, quiénes finalmente deben ser los llamados a determinar cuándo un trabajo realizado por una mujer tiene el mismo valor que el realizado por un hombre, aunque sean labores de distinta naturaleza.

En este último punto, al reconocer el rol preponderante que tendrían los jueces con competencia laboral, es imposible no recordar las dos primeras sentencias que analizamos, que dejan en evidencia la falta de comprensión por parte algunos sentenciadores de qué es lo que significa aplicar el estándar de prueba indiciaria que rige en el Procedimiento de Tutela Laboral, lo que nos hace reflexionar sobre las dificultades que llevaría consigo la comparación de trabajos diferentes, pero de igual valor. Pese a ello, estimamos que este riesgo, se puede aminorar con preparación de los jueces respecto a qué implica una valoración objetiva de puestos de trabajo, exenta de sesgos sexistas.

En relación a lo mismo creemos que otra forma de atenuar, en cierto modo, la dificultad implícita en este tipo de valoración, debería estar dado por hacer exigible a todas las empresas, independiente del número de trabajadores contratados, el descriptor de cargos, con mención de sus características técnicas esenciales. Y aunque esta exigibilidad no es la solución a la valoración, al menos sentaría las bases sobre la que se debe hacer la comparación. Lo demás, evidentemente estará dado por los demás medios probatorios que aporten las partes, que deben ser apreciados y valorados conforme a las reglas de la sana crítica.

Si bien lo anterior es una tarea que no estará exenta de dificultades, vimos que no es imposible. Un claro reflejo de que dicho ejercicio de valoración sí es

viable lo encontramos en la emblemática sentencia del Tribunal Constitucional español, que incluso sirvió de base para reformar una norma que consagraba el principio de igualdad remuneracional en términos similares a nuestro Código y que determinó que la diferenciación entre limpiadoras y peones de un hospital, era discriminatoria, por tener dicha diferenciación inmersos factores sexistas.

Como se podrá advertir, si bien la comparación de trabajos de diversa naturaleza y la determinación de si tienen o no un igual valor, es una tarea difícil, sí es posible. Es precisamente con esta última idea con la que nos debemos quedar si queremos dar un paso real para hacer frente a la discriminación indirecta que llevan implícitas, tanto la segregación horizontal, como la segregación vertical del trabajo.

Respecto a todo lo que hemos venido argumentando, en especial en lo referente a que resulta indispensable que la medida de la discriminación sea “el trabajo de igual valor” y no otra, para finalizar, creemos pertinente traer la reflexión que ya hicimos en relación al caso de las limpiadoras que se encontraban en una categoría que percibía una remuneración inferior a la de los peones, para ver qué pasaría en este caso con nuestra actual legislación.

Pues bien, la primera respuesta que saltó a la vista es que una acción con estos supuestos fácticos excedería el marco jurídico brindado por el legislador,

al no ser trabajos iguales. Luego, tendríamos que entrar a la discusión de la factibilidad de la aplicación directa de los tratados internacionales, lo que si bien y como ya dijimos excede el objeto de estudio de nuestro trabajo, al menos diremos que este es un asunto que no se encuentra zanjado, siendo debatido tanto en doctrina, como jurisprudencia. Por ello, si bien no lo descartamos, sí reconocemos que es un asunto controvertido.

Ahora, trayendo los mismos supuestos de hecho que nos plantea el caso de la diferencia remuneracional entre limpiadoras y peones, pero situándonos en el marco jurídico analizado, que se encuadró en el periodo previo a la incorporación del artículo 62 bis al Código del Trabajo, formulémosnos la misma interrogante. Y efectuada esta reflexión, pareciera que en este otro supuesto la acción de tutela laboral habría tenido un mayor sustento jurídico, si se argumentaba en base a los artículos 5 y 19 N° 16 de la Constitución, en relación al Convenio 100 de la OIT y a los artículos 2 y 5 del Código del Trabajo.

Como se podrá advertir, la conclusión es clara: El artículo 62 bis del Código del Trabajo, además de adolecer de los defectos formales que evidenciamos, tiene un problema mucho más profundo y que está dado por constituir un retroceso en materia de protección al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Ello, toda vez que con el marco jurídico aplicable con anterioridad a su incorporación, al menos era mucho más

viable una acción de tutela laboral bajo el parámetro de trabajo de igual valor como medida de la discriminación.

Por todo lo que hemos dicho, estimamos que si se pretende que la norma analizada sea una herramienta eficaz para la protección del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que la misma consagra, debe ser modificada, al menos, en los siguientes sentidos:

- Debe consagrarse el principio de igualdad remuneracional entre hombres y mujeres, tanto para trabajo iguales, como para trabajos de igual valor.
- Debe hacer exigible el registro y descripción de cargos a todas las empresas, independiente de su tamaño.
- Debe contemplar un mecanismo que permita conocer al menos los tramos de remuneración por cargo, diferenciando entre hombres y mujeres.
- El procedimiento de reclamo ante el empleador, únicamente debe estar contemplado como una alternativa a la acción de tutela laboral y no como un requisito de la misma.

BIBLIOGRAFIA

BERLIEN, K., FRANKEN, H., PAVEZ, P., POLANCO, D., y VARELA, P. 2016. Mayor Participación de las Mujeres en la Economía Chilena. Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño – Isónoma Consultorías Sociales Ltda.

CAAMAÑO, E. 2003. La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Austral de Chile. Valdivia. Vol. XIV.

CAAMAÑO, E. 2011. Mujer, Trabajo y Derecho. Santiago de Chile. AbeledoPerrot. Legal Publishing Chile.

CAAMAÑO, E. 2013. Brecha salarial y legislación laboral: un problema estructural. ComunidadMujer. Mujer y trabajo: brecha salarial que no retrocede. Serie ComunidadMujer N° 24. Santiago, Chile.

CEA, J.L. 2015. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Tercera Edición. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile.

CEDAW. 2012. Observaciones finales concernientes a los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1952. Actas de las sesiones. Trigésima cuarta reunión Ginebra, 1951. Oficina Internacional del Trabajo.

CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.348. Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones.

DÍAZ, E. 2015. La desigualdad remuneracional entre hombres y mujeres: Alcances y limitaciones de la ley N° 20.348 para avanzar en justicia de género. Cuaderno de Investigación N° 55 de la Dirección del Trabajo. Santiago de Chile.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 3704/134 de 11 de agosto de 2004.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 1187/018 del 10 de marzo de 2010.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 2669/033 de 18 de julio de 2014.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Orden de Servicio N°2 de 04/02/2011.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Departamento de Estudios. ENCLA Género 2011. Una mirada a la realidad laboral de trabajadoras y trabajadores. Informe de resultados séptima Encuesta Laboral.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Departamento de Estudios. ENCLA 2014. Inequidades y brechas de género en el empleo. Informe de resultados octava Encuesta Laboral.

ELÓSEGUI, M. Igual salario por trabajo de igual valor. s.l.n.a.

FERRAJOLI, L. 2005. Igualdad y diferencia de género. Consejo Nacional para prevenir la discriminación. Colección Miradas 2 México.

FERRAJOLI, L. 2008. La igualdad y sus garantías. En: FERRAJOLI, L., SARLO, O., CAFFERA, G., BARRETTO, G., LOPEZ, C., BLANCO, A., MALET, M., CASTRO, A., DELGADO, S. El Principio de Igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática. Montevideo Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.

FILGUEIRA, N. 2005. Construcción de ciudadanía y cambios en el orden social. En: Nuevas reflexiones sobre Género, Derecho y Ciudadanía. Montevideo-Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2005.

GAMONAL, S. 2011. Fundamentos de Derecho Laboral. Santiago de Chile. Editorial Legal Publishing Chile. Tercera Edición.

GOLDSTEIN, E. 2009. La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales. Montevideo – Uruguay. Facultad de Derecho Universidad la República. Fundación de Cultura Universitaria.

HENRÍQUEZ, H. y RIQUELME, V. 2010. El derecho a ganar lo mismo. Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Temas Laborales N°27. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo.

INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD. [<http://imco.org.mx/competitividad/informe-global-de-la-brecha-de-genero-2016-via-wef/>](http://imco.org.mx/competitividad/informe-global-de-la-brecha-de-genero-2016-via-wef/).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2015. Mujeres en Chile y Mercado de Trabajo: Participación Laboral Femenina y Brechas Salariales. Departamento de Estudio Laborales. Departamento de Estudios Sociales. Santiago de Chile.

LANATA, G. 2011. Manual de Proceso Laboral. Santiago de Chile. Legal Publishing Chile.

LÓPEZ, A. 2016. Las Mujeres y el Derecho del Trabajo. En: Derecho del Trabajo. Tomo III. DELGUE, J. (Director), CASTELLO, A. (Coordinador). Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo- Uruguay.

LOUSADA, J. Jurisprudencia Española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

<http://www.igualretribucion.es/eses/actividades/Notas%20de%20Prensa/Jurisp_rudencia%20igualdad%20retributiva.pdf>

MINISTERIO DE ECONOMÍA FOMENTO Y TURISMO. 2015. Informe de Resultados: Empresas Chilenas. Tercera Encuesta Longitudinal de Empresas Unidad de Estudios. Septiembre 2015.

MOLINA, M. 2014. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. República de Colombia.

OELZ, M., OLNEY, SH. y TOMEI, M. 2013. Igualdad Salarial: Guía introductoria. Oficina Internacional del Trabajo. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Igualdad de remuneración. Activador fundamental de la igualdad de género. pp.4. s.l.n.a.

PALAVECINO, C. 2005. La intimidad del trabajador y la prohibición de discriminación laboral frente a los análisis genéticos. Revista de Derecho (Valdivia) [online] Vol.18, n.2.

PINTO, M. 2015. Despido discriminatorio del trabajador con discapacidad. Librotecnia.

PINOTTI, M. 2013. Abuso, discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Vera Arévalo.

PLÁ, A. 2015. Los Principios del Derecho del Trabajo. Montevideo-Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 4ta. Edición.

SILVA, A. 2010. Tratado de Derechos Constitucional. Tomo XIII. De los Derechos y Deberes Constitucionales. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

STUVEN, A. 2013. La mujer ayer y hoy: Un recorrido de incorporación social y política. Temas de la Agenda Pública N°66. Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile.

TOMEI, M. 2006. El nexo entre discriminación e igualdad de género en el trabajo: Algunas consideraciones conceptuales y de políticas. En: Trabajo decente y equidad de género en América Latina. Santiago. Oficina Internacional del Trabajo.

UGARTE, J. 2007. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. Revista de Derecho. Vol. XX – N°2

UGARTE, J. 2013. El Derecho a la no discriminación en el trabajo. Santiago de Chile. Legal Publishing Chile.

VALDÉS, T. 2013. La CEDAW y el Estado de Chile: Viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. Anuario de Derechos Humanos. No. 9.

VALLEJO, M.,. 2015. Trabajo Social, una profesión feminizada. Aproximación a la Ciudad de Valladolid. Tesis para optar al grado en trabajo social. Valladolid. Facultad de educación y Trabajo Social. Universidad de Valladolid.

YAÑEZ, J. 2008. La intervención social en Chile y el nacimiento de la sociedad salarial 1907-1932. Santiago de Chile. RIL Editores.

SENTENCIAS:

CORTE SUPREMA. 05 de agosto de 2015. Rol N° 23.808-14.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 18 de abril de 2013. Rol 1-2013.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. 09 de octubre de 2015. Rol 82-2015.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 05 de agosto de 2016. Rol 212-2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 23 de octubre de 2015. Rol 1144-2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 28 de julio de 2016. Rol de Corte 1228-2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 10 de enero de 2012. Rol 1.682-2011.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. 29 de septiembre de 2015. Rol 297-2015.

1º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE CONCEPCIÓN. 11 de diciembre de 2012. RIT T-60-2012.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE COPIAPÓ. 16 de septiembre de 2015. RIT T-21-2014.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE PUENTE ALTO. 20 de mayo de 2016. RIT T-9-2016.

1º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. 22 de junio de 2011. RIT T-239-2011.

1º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. 04 de junio de 2016. RIT T-478-2016.

2º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. 15 de septiembre de 2016. RIT S-57-2016.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE VALPARAÍSO. 11 de agosto de 2015. RIT T-35-2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. España. 22 de julio de 1991. Sentencia 145/1991.