



UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA CONCEPCION

DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL ACCESO AL TRABAJO Y
REMUNERACIONES LABORALES

Por

FRANCISCA NICOLE VEGA SÁNCHEZ

TESINA PARA OPTAR AL EGRESO DE LA CARRERA DE LICENCIATURA
EN DERECHO.

Profesora guía:

YENNY PINTO SARMIENTO

Concepción, Chile

2020



Concepción, 20 de enero de 2021.

**SEÑOR:
FERNANDO MONSALVE BASAUL
DECANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN
PRESENTE**

Estimado decano:

Tengo el grado de informar la tesis de la alumna de la carrera de Derecho, doña Francisca Vega Sánchez, titulada “Discriminación de la mujer en el acceso al trabajo y remuneraciones laborales”.

La tesis presenta el problema de la discriminación de la mujer en el trabajo, planteándose la interrogante si ¿nuestro ordenamiento protege de manera eficaz a las mujeres frente a este tipo de discriminación? Y en este sentido si ¿es concordante con los convenios relativos a esta materia y ratificados por Chile?.

La tesis se estructura en cuatro capítulos. En el primero se analiza la discriminación como concepto analizando legislación, doctrina y diversos instrumentos, nacionales e internacionales. En el capítulo II, se

analiza la normativa y jurisprudencia española, en que la autora lo toma como referente por lo avanzado en materias de discriminación. El capítulo III, analiza la normativa nacional y la jurisprudencia, abarcando la denuncia interna como la efectuada ante tribunales. En el capítulo IV, se plantea los vacíos y problemas que evidencia nuestro ordenamiento interno, y posibles reformas.

La discriminación de la mujer es un problema que evidencia la diferencia de roles que han tenido por años el hombre y la mujer, siendo considerado al hombre como el proveedor y a la mujer la que se dedica a las labores del hogar y cuidado de los hijos. Sin embargo, con los años se ha ido cambiando este paradigma, incorporándose de manera masiva las mujeres al mundo del trabajo, lo que ha significado la necesidad de la legislación de adaptarse frente a esta nueva realidad. A pesar de esto, aún se evidencia algunos vacíos y falta de adecuación a instrumentos internacionales. Lo anterior, es analizado de manera muy completa por la investigadora, lo que le permite arribar a una adecuada y argumentada conclusión.

Por estas consideraciones, estimo que la tesis que se informa debe ser calificada con nota 6,3.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

A photograph of a handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is cursive and appears to read 'Yenny Pinto Sarmiento'.

Dra. Yenny Pinto Sarmiento
Profesora de Derecho del Trabajo

ÍNDICE

INTRDUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: “LA DISCRIMINACIÓN”	
1. Concepto de discriminación desde el punto de vista doctrinario.....	4
2. Tratamiento de la discriminación en el derecho internacional.....	6
2.1 Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945	6
2.2 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.....	6
2.3 Convenio sobre igualdad de las remuneraciones de la Organización Internacional del Trabajo número 100 de 1951.....	7
2.4 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) número 111 1958.....	8
2.5 Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960.....	9
2.6 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial 1965.....	9
2.7 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979	10
2.8 Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos. No discriminación, 1989.....	10
2.9 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1994.....	12
2.10 Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional del 2012.....	13
2.11 Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia de año 2013(A-69)	14
3. Discriminación en el derecho nacional	17
3.1 Constitución Política de la Republica 1980	17
3.2 Código del trabajo.....	18

3.3 Ley 20348 “Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones”19

3.4 Ley 20609 “Establece medidas contra la discriminación19

Capítulo 2 “Normativa y jurisprudencia española”

1. Normativa Española.....	21
1.1 Constitución española de 1978.....	21
1.2 Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.....	22
1.3 Real Decreto-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y su reforma al estatuto de los trabajadores.....	25
1.4 Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia	28
1.5 Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.....	29
2. Jurisprudencia española.....	33
2.1 Recurso de amparo nº175/1989 del 1 de julio de 1991.....	33
2.2 Recurso de amparo nº205/1991 del 28 de febrero de 1994.....	35
2.3 Recurso de amparo nº 5499-2003 del 3 de julio de 2006.....	39

Capítulo 3 “Normativa nacional y jurisprudencia”

1. Normativa jurídica chilena	42
1.1 Constitución política de la republica de 1980.....	42
1.2 Código del trabajo chileno.....	44
1.3 Ley 20348 “Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones.....	45
2. Jurisprudencia.....	68
2.1 Sentencia nº T-16-2017 de Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 16 de agosto de 2017.....	68

Capítulo 4 “Problemática nacional y propuesta de reforma”

1. Críticas a la normativa nacional.....	71
2. Propuesta de modificaciones.....	73
2.1 Etapa pre ocupacional.....	73
2.2 Etapa ocupacional.....	74
Conclusiones	76

Introducción

Siglo XXI, tiempo en que el mundo es entendido bajo una concepción de evolución, cambios y, sobre todo, mutación en los Paradigmas que afectan a la Sociedad, dejando en el ocaso del tiempo las viejas concepciones de siglos pasados y sumando nuevas luchas colectivas alrededor del Orbe.

El ámbito laboral es uno de los aspectos que más cambios ha tenido a lo largo de la historia, su evolución constante, desde la concepción filosófica – social de los siglos XIX y XX, en que el rol de la mujer en el trabajo, estaba supeditado a las labores del hogar y crianza (trabajo doméstico) y su paulatina incorporación en la estructura industrial y empresarial hasta la actualidad en que la premisa que “ hombres y mujeres participen con igualdad de oportunidades y condiciones en las diversas aéreas de desarrollo”, ha sido el foco de esfuerzo por parte de la comunidad internacional y nacional para que esta premisa cobre vida como una realidad instaurada en los diversos sistemas jurídicos; Estos esfuerzos de índole internacional y nacional, ¿ha sido suficientes? O su implementación en nuestro ordenamiento jurídico, ¿ha sido en los términos correctos?

La discriminación, definida por la real academia española como: “Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.”, ha sido una bandera de constante lucha para erradicarla de los distintos aspectos de la vida.

Cuando esta desigualdad se funda en el solo hecho de ser mujer, estamos frente a una discriminación de género o discriminación hacia la mujer. Lamentablemente, por más esfuerzos y cruzadas que diversas organizaciones y Tratados Internacionales han llevado a cabo, la discriminación hacia la mujer sigue presente, pues no gozan de las mismas condiciones para desarrollarse plenamente en el mundo laboral y social.

Nuestro ordenamiento jurídico nacional, no está exento de esta lucha, por conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en todas las esferas de su desarrollo. En el ámbito laboral

contamos con una consagración a nivel constitucional del principio de igualdad ante la ley la prohibición de discriminación laboral.

Dentro de la normativa especial laboral, en miras a dar cumplimiento a los convenios C100 Y C111 de la organización internacional del trabajo, que fueron suscritos por Chile, el código del trabajo consagra la prohibición de discriminación laboral por razón de sexo, estableciendo que solo criterios objetivos podrán establecer una diferencia entre las remuneraciones de trabajador y trabajadora, cobrando gran relevancia el concepto de trabajo de igual valor.

Diversas han sido las leyes que se han dictado en miras de conseguir esta anhelada igualdad, la ley 20.087 que consagra el carácter de derecho fundamental la igualdad en las remuneraciones, de manera que toda diferencia arbitraria fundada en el sexo de la trabajadora se encuentra amparada por el procedimiento de tutela laboral.

La ley 20.384 que establece la igualdad en las remuneraciones y por consiguiente la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo, incorporando una serie de modificaciones, procedimientos, etc. Si bien todas estas han sido de carácter genérico, la dirección del trabajo mediante sus dictámenes y ordenanzas han intentado precisar el sentido y alcance en que debe entenderse esta disposición.

Considerando que la discriminación contra la trabajadora sea en el ámbito de las remuneraciones o en el acceso al trabajo responde no solo a un problema de índole jurídico – normativo, sino que también social, ¿se ha logrado establecer un verdadero rol de tutela? ¿nuestra normativa ha podido establecer un verdadero sistema de igualdad entre trabajadores y trabajadoras de manera que no sea posible en base a los derechos establecer una diferencia entre ambos?

En el ámbito laboral, generalmente la realidad supera a la norma jurídica, y muchas veces la realidad laboral avanza con mayor rapidez que la legislación, de manera que la teoría y la práctica no se encuentran en concordante armonía.

Esta tesis de investigación para poder establecer las interrogantes establecidas se ha estructurado en cuatro capítulos.

El primer capítulo se titula “la discriminación”, en el cual se abordan las diversas definiciones del concepto de discriminación que existen en el ámbito jurídico tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional: tratados internacionales, convenios, leyes nacionales, etc. Analizando como la comunidad internacional ha enfocado sus esfuerzos en poder conseguir un concepto genérico pero que no excluya conductas discriminatorias. Los conceptos establecidos por la doctrina igual cobran relevancia para poder establecer los criterios que se deben considerar como una conducta discriminatoria.

El segundo capítulo se denomina: “Normativa y jurisprudencia española”, en el cual se describe y analiza la legislación y jurisprudencia española, debido a que España es uno de los países cuyo ordenamiento jurídico es más avanzado respecto a normas contra la discriminación contra la mujer en el ámbito laboral y en general, en las distintas esferas de la sociedad. Poseen una evolución constante en esta materia, consagrando la igual entre trabajadoras y trabajadores, además la legislación chilena presenta una gran influencia española en distintas instituciones tanto en el derecho privado como en el derecho público.

El tercer capítulo se titula “normativa nacional y jurisprudencia”, tiene por objeto establecer cuál es la normativa nacional que rige para erradicar la discriminación laboral contra la mujer. Describiendo y analizando todo el procedimiento que una trabajadora debe llevar a cabo en caso que denuncia una diferencia en sus remuneraciones por razones de sexo, como va a intervenir los entes destinados para ejercer el rol de tutela, como lo sería la inspección del trabajo y los tribunales labores, y si la jurisprudencia ha fallado conforme a ella.

El cuarto capítulo se denomina “problemática nacional y propuesta de reforma”, donde se analiza si se cumple el rol de tutela laboral para la trabajadora, si los procedimientos para obtener el reparo de los perjuicios causados por la discriminación salarial, son los adecuados o no y en general si la legislación existente cumple su rol. Debido a los sucesos político-social ocurridos en Chile plantear posibles reformas a la legislación nacional existente.

Capítulo 1 “La discriminación”

Desde los inicios de la historia, los seres humanos se han organizado bajo lógicas de vida en común, estableciendo parámetros de desarrollo individual y colectivo hasta instaurar las formas de sociedad que actualmente se conocen. Entre los cambios que han marcado el último siglo, se destaca el cambio en la estructura laboral; la concepción de hombre trabajador y proveedor versus mujer encargada de labores domésticas y de crianza, la que ha quedado casi obsoleta.

La inserción de la mujer en el mundo laboral, como parte de la estructura de la empresa y parte en la relación laboral, ha sido objeto de ventajas y desventajas. Entre las desventajas que presenta esta inserción, están las diversas discriminaciones que sufre a lo largo de la relación laboral, desde la etapa pre ocupacional, la remuneración por su trabajo, acoso laboral, su condición de madre, etc., hasta la desigualdad que se configura por el solo hecho de ser mujer, es decir, discriminación laboral de la mujer o en términos genéricos discriminación de género.

Esta situación ha sido objeto de esfuerzos tanto de la legislación internacional como nacional, para erradicar o garantizar la adecuada tutela de los derechos de las mujeres trabajadoras. Para entender el problema de raíz es necesario comprender, ¿qué debemos entender por discriminación? y, ¿cómo incide en materia laboral?

1) Concepto de discriminación desde el punto de vista doctrinario

Para la Real Academia Española, la discriminación consiste en “*Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.*”¹ Esta definición establece los criterios o parámetros que han sido objeto de larga discusión y legislación internacional.

Siguiendo los parámetros citados por la RAE, encontramos diferentes definiciones doctrinarias. El profesor Rodríguez Zepeda define la discriminación como: “*La discriminación es*

¹ Real academia española, disponible en: <https://dle.rae.es/discriminar>

*una conducta, culturalmente fundada, sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales*² La discriminación se contrapone al libre ejercicio de los derechos y garantías fundamentales de las personas y su pleno desarrollo en las distintas áreas (laboral, social, educacional, etc.) y respecto de estas diversas áreas la doctrina se ha manifestado en materia laboral se observan diversas formas de manifestación de ésta.

La discriminación salarial que en palabras de los profesores Rivas y Rossi: *“Discriminación salarial: existe discriminación cuando individuos con las mismas dotaciones de capital humano son remunerados de manera distinta en base a características no relacionadas con su productividad, como el sexo o la raza”*³. Es decir, causales no objetivas conlleva a una discriminación en las remuneraciones de los trabajadores y trabajadoras.

Otro ámbito de manifestación es la discriminación en razón del sexo de las personas y en específico a las mujeres, a quienes afecta directamente una discriminación propia de este sector de la población “discriminación contra la mujer, “enmarcada dentro de ella.

La discriminación sexual que se pueden entender en términos de la profesora Kurczyn :*“Hay discriminación sexual cuando hay desigualdades por la sola condición de ser mujer u hombre.”*⁴ Es decir, el eje central, el móvil por el cual se produce el trato desigual es el solo hecho de ser mujer, aplicada a las diversas áreas de desarrollo de las mujeres y en el ámbito laboral nos encontramos frente a la “ discriminación laboral de la mujer”.

² Rodríguez, Zepeda, Jesús. Definición y concepto de la no discriminación, Red El Cotidiano, 2006. ProQuest Ebook Central, disponible: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/sibucscslsp/detail.action?docID=3167641>.

³ Rivas, Fernanda, y Rossi, Máximo. Discriminación salarial en Uruguay (1991-1997), CLACSO, 2010. ProQuest Ebook Central, disponible en <http://ebookcentral.proquest.com/lib/sibucscslsp/detail.action?docID=3189326>

⁴ Kurczyn, Villalobos, Patricia. Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2004. ProQuest Ebook Central, disponible <http://ebookcentral.proquest.com/lib/sibucscslsp/detail.action?docID=3190588>.

*“Discriminación de las mujeres en el mercado laboral, entendida como diferencia retributiva por el mismo tipo de trabajo”.*⁵ Este concepto de las profesoras De la Rica y Cuesta, se refieren en términos generales a esta discriminación, entendiendo la multiplicidad de aspectos que abarca desde el acceso al trabajo, remuneraciones, condiciones. maternidad. etc.

2) Tratamiento de la discriminación en el derecho internacional

Desde el siglo XX la comunidad internacional ha trabajado para lograr conceptualizar y regular la discriminación, manifestación de ello son:

2.1) Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 en su artículo 1 número 3
(que para efectos de este trabajo se designará con la nomenclatura ONU)

El cual dispone: *...“Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y”.*⁶ Si bien, este artículo no consagra una definición propiamente tal de discriminación, establece un principio de igualdad, es decir, que no puede haber un trato distinto hacia un grupo social basado en su origen étnico, religión, sexo etc.

2.2) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 7

Este principio de igualdad entre los seres humanos obtuvo consagración expresa en esta declaración art 7: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección*

⁵ Mujeres y mercado laboral en España: cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral, edited by Goiricelaya, de la rica ,Sara y Cuesta, Alfonso Denia, Fundación BBVA, 2010. ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/sibucscslsp/detail.action?docID=4422196>.

⁶ Carta de las naciones unidas 1945, disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

*de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*⁷ Si bien, no establece una definición acabada, compuesta por descripción de conductas, actos, tipos, etc.

Consagra los principios respecto a los cuales los miembros de la comunidad internacional, signatarios de esta declaración, han de regirse y otorgar la debida concordancia dentro de sus ordenamientos jurídicos internos, manifestado igualmente en la protección que los Estados y Organismos Internacionales deben otorgar a las personas frente agresiones y detrimentos de los cuales sean víctimas por causa de actos de discriminación, es decir, estableciendo un derecho para las personas y una carga u obligación para los estados y organismos internacionales, estos parámetros o principios establecen una base de justicia y equidad que se contraponen a los actos de discriminación.

Cuando hablamos del principio de igualdad o trato igualitario a todos los integrantes de la comunidad internacional, sin distinción arbitraria, nos estamos refiriendo a su vez a la no discriminación, es, por ende, que al regular “trato igualitario”, establece la no discriminación, es decir, que los conceptos de igualdad y no discriminación se entrelazan.

2.3) Convenio sobre igualdad de las remuneraciones de la Organización Internacional del Trabajo (que para efectos de este trabajo, se designará con la nomenclatura OIT) número 100 de 1951 (que para efectos de este trabajo se designará con la nomenclatura C110)

Consagrando en su artículo 1 “...(b) *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.*⁸”

Si bien, esta convención es de ámbito particular de regulación, ya que se refiere a materia laboral y más, restringidamente, a las remuneraciones entre trabajadores y trabajadoras, establece

⁷ Declaración Internacional de los Derechos Humanos 1948, disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁸ Convenio C100 OIT 1951 disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312245

un plano de igualdad entre hombres y mujeres que desempeñen igual trabajo y que no pueden ser discriminados en razón del sexo de quien realiza la laboral, estableciendo la relación entre no discriminación e igualdad o viceversa, discriminación y trato no igualitario, de manera que aunque una norma no cite la expresión anti discriminación al consagrar “ igualdad”, “trato igualitario” o cualquiera de las nomenclatura que pueda adoptar, se consagra por consiguiente la no discriminación.

Basándose en estos parámetros generales se instauraron factores comunes en las definiciones de discriminación que diversos cuerpos normativos internacionales han consagrado como lo son: raza, sexo, condición, religión, política, etc.

2.4) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) número 111 artículo 1 (que para efectos de este trabajo se designará con la nomenclatura C111) de la OIT

Dicho convenio fue celebrado en 1958 y ratificado por Chile en 1971, en este artículo se consagra una definición de discriminación en el ámbito laboral, pero que es entendible y aplicable a un contexto general : *“....el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación...”*⁹

Este convenio reguló la discriminación en el ámbito del trabajo, imponiendo la obligación para todos los estados que lo suscriban de adecuar su normativa interna , para propender a la protección

⁹ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) número 111 de 1958, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312256

del trabajador y de la trabajadora ante actos de discriminación cometidos por el empleador (sea particular o estatal) y evitar que por alguna de las causales descritas, como lo sería el sexo del trabajador o trabajadora, no pueda integrarse y participar con igualdad de condiciones en la vida laboral. Aunque, esta definición está contenida en una normativa internacional de derecho del trabajo, aplicable en sus diversas áreas, los parámetros que sirven de sustento para establecer que debe entenderse por discriminación, se replican en otras áreas en similitud de condiciones.

2.5) Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960

Que estipula en su artículo 1 *“A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial.....”*¹⁰

Estableciendo el concepto de discriminación aplicable al área de la enseñanza y educación, de igual manera se trata de un cuerpo normativo que regula un área determinada, pero cuya definición de discriminación contiene factores comunes que aparecen de forma transversal con las otras áreas de desarrollo de las personas dentro de la sociedad.

2.6) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial 1965

La discriminación racial de igual manera fue objeto de regulación internacional y estipulación de un concepto de discriminación en el ámbito racial, manifestando esta convención en su artículo 1 *“En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones*

¹⁰ Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza 1960 disponible en:
http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

*de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”*¹¹

Asimismo, se aprecia en esta definición la consagración de condiciones de igualdad como un derecho humano y factores comunes en la parte descriptiva de la definición. La regulación exhaustiva responde al resguardo de las personas y, en general, de las minorías quienes como sector de la población requieren de un marco normativo que les permita participar en igualdad de condiciones y oportunidades, y erradicar la discriminación de la cual son objeto.

2.7) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979

Dicha convención tenía por objeto erradicar todas las formas de discriminación que las mujeres sufren en las diversas aristas de la sociedad (laboral, salud, educación, etc.) Para los efectos de esta regulación se debe entender por discriminación hacia la mujer “ *artículo 1 A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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.*”¹²

Nos encontramos frente a una normativa particular que regula aspectos específicos, estableciendo definiciones de discriminación, que de las cuales, si bien, se observan elementos comunes, se encuentran establecidas para campos específicos; entonces, ¿son de aplicación general, solo aplicables para el área cuyo cuerpo normativo expresamente regula?

2.8) Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos. No discriminación, 1989

¹¹ la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial 1965 disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>

¹² Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Ante esta interrogante, que, si bien el pacto de derechos civiles y políticos no contiene una definición explícita de discriminación, esta observación en sus numerales 6 y 7 plantea una solución: *“numeral 6 El Comité toma nota de que en el Pacto no se define el término "discriminación" ni se indica qué es lo que constituye discriminación. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se establece que la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. De igual manera, en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se establece que la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*¹³

Este numeral responde a la interrogante en que los cuerpos normativo internacionales citados con anterioridad, no obstante, regular determinadas materias, tienen aplicación general respecto al concepto de discriminación, lo que se debe entender por tal y los diversos elementos que lo componen.

En concordancia el número 7 establece: *“ Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o*

¹³ Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos. No discriminación, 1989 disponible en file:///C:/Users/panch/Downloads/1404.pdf

cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁴

Reconocimiento a una definición de discriminación y cómo debe entenderse este concepto, integrado por los elementos y factores comunes presentes en las definiciones dispersas en los diversos cuerpos normativos ya citados, que abarcan los derechos fundamentales de las personas y toda legislación tendiente a erradicar la discriminación, la que está establecida en virtud del resguardo de los derechos humanos.

En el derecho internacional ya se regula la discriminación a secas, de manera amplia y a establecer el principio de no discriminación como rector de la actividad de los estados.

2.9) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1994

El cual en su artículo 14 consagra: “ *Prohibición de discriminación el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.¹⁵

Imponiendo la carga para los estados signatarios del convenio de dar cumplimiento al principio de no discriminación consagrado en él, cuya definición responde a los elementos comunes a todas las definiciones de discriminación, sean generales o respecto de un grupo social en particular.

La comunidad internacional y los organismos internacionales, han establecidos estos principios de igualdad y no discriminación rectores de su funcionamiento, y entendidos, como

¹⁴ Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos. No discriminación, 1989 disponible en <file:///C:/Users/panch/Downloads/1404.pdf>

¹⁵ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales disponible en https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_794_1.pdf

derechos humanos de las personas, que tanto los estados en sus ordenamientos jurídicos internos como las organizaciones internacionales deben propender a su cumplimiento y respeto, deberes que han quedado consagrados en distintos de los documentos rectores de la ONU.

2.10) Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional del 2012

Manifestación de las consagraciones antes descritas, se encuentra establecido en el artículo 6 de esta declaración que dispone.

“Reafirmamos el solemne compromiso de nuestros Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto, la observancia y la protección universales de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El carácter universal de esos derechos y libertades es incuestionable. Ponemos de relieve la responsabilidad de todos los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción alguna”¹⁶.

La consagración del deber de los estados miembros, de propender al principio de igualdad y, por ende, al de no discriminación, al encontrarse estos entrelazados de manera que al establecer el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, se entienden estos contemplados, sin distinción alguna.

Se puede observar criterios comunes en las definiciones contenidas en las normativas internacionales, aunque regulen distintos aspectos como lo son el trabajo, la enseñanza, la discriminación racial, la discriminación hacia la mujer, etc., porque estas áreas como muchas más son sólo el campo de manifestación de la discriminación, pero ante esto, nace la necesidad en el ámbito internacional de regular de forma extensa la discriminación y sus distintas formas.

¹⁶ Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional 2012 disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/67/1>

¿Qué ocurre si por una omisión se comete discriminación? ¿La falta de acción puede configurarla? ¿La comisión sistemática de conductas discriminatorias será tratada de la misma forma que los actos aislados? ¿Cómo debe tratarse en las legislaciones internas?

Muchas son las preguntas que enmarcan esta problemática, es ,por ello, que se ha buscado dar respuestas a estas interrogantes.

2.11) Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia de año 2013(A-69) (que para efectos de este trabajo se designará con la nomenclatura convención A-69)

Suscrita por Chile en el año 2015, la cual establece en su artículo primero la definición de discriminación y de los tipos de ésta que se encuentran presente, es, por ende, que se analizará este artículo.

Artículo 1: Para los efectos de esta Convención:

1. *“Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.”¹⁷*

De esta regulación podemos establecer los principios y criterios generales, que incluyen nuevos aspectos como lo es la identidad y expresión de género, otorgando mayor amplitud a lo que ya había. La condición migratoria y de refugiados que en el contexto social-político que el mundo ha

¹⁷ Convenio A-69 disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

vivido en las últimas décadas, ha cobrado mayor relevancia, siendo este primer numeral de una definición amplia y completa de discriminación.

2. *“Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.”*¹⁸

En este segundo numeral se aprecia una clasificación de los tipos de discriminación, ya que se comprende no solo el accionar, sino, también, las consecuencias de la inactividad que produzcan un menoscabo en las personas en las diversas áreas de su desarrollo (laboral, educacional, salud, etc.).

Ejemplo de ello en materia laboral, es en el ámbito del acceso al trabajo, aquí se abre una postulación para 15 empleos en una misma empresa, el único requisito para obtener el trabajo es ser mayor de 18 años, pero para estos empleos solo se contratarán hombres.

3. *“Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.”*¹⁹

Al establecer este tipo de discriminación, hace la referencia a la discriminación que sufre un individuo, teniendo como causa o motivo dos o más de los criterios establecidos en el numeral 1 del

¹⁸ Convenio A-69 disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

¹⁹ Convenio A-69 disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

presente artículo que puede manifestarse de igual manera en todos los ámbitos de desarrollo de las personas.

Ejemplo de ello, es la discriminación que sufre una persona que es miembro de la comunidad LGTBIQ+ y cuya religión es musulmana, cuyo empleador decide desvincularla de su empleo por este doble motivo o realizar actos que cuyo desenlace sea la renuncia del trabajador; estaríamos frente a un caso de discriminación múltiple en el ámbito laboral. (Múltiple, porque sería motivo de la discriminación la religión del trabajador y su identidad o expresión de género)

4. “No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.”²⁰

No todo acto de trato no igualitario configura una discriminación, en los términos del numeral 4, cuando tiene por objeto garantizar o generar condiciones de igualdad, ejemplo de ello es la paridad (misma cantidad de hombres y mujeres) o cupos reservados para los pueblos originarios o las distintas políticas que adoptan los estados en resguardos de los grupos sociales que se encuentran en condiciones desiguales.

5. “Intolerancia es el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos.”²¹

²⁰ Convenio A-69 disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

²¹ Convenio A-69 disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

Si bien este convenio A-69 hace una diferenciación conceptual entre discriminación e intolerancia, para la normativa internacional, se hace referencia al término discriminación para englobar las conductas de intolerancia, siendo el eje central de la regulación.

Las conductas o actos que tengan como consecuencia ejercer discriminación respecto de una persona o grupo de personas violan los derechos humanos, cuya consagración internacional obliga a todos los estados signatarios de los diversos cuerpos normativos internacionales (tratados, convenios, acuerdos, etc.), deben someter su legislación interna al irrestricto respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de los hombres y mujeres.

3) Discriminación en el derecho nacional

Chile debe concordar su normativa jurídica a los acuerdos que ha suscrito y que se encuentran vigentes y al deber de resguardar los derechos humanos y libertades fundamentales.

3.1) Constitución Política de la República 1980

Al ser un sistema jurídico de supremacía constitucional, el primer texto legal que debe adecuarse es la Constitución política de la república, la cual en su capítulo tercero “ De los derechos y deberes constitucionales.”

El artículo 19 numeral 2 consagra: “ *La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;*²²

La consagración a nivel constitucional del principio de igualdad y por consiguiente de no discriminación, que debe ser respetado por todo el ordenamiento jurídico nacional , aplicado a los criterios generales de discriminación como *la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social.*²³

²² Constitución política de la república de Chile disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

²³ Ídem 10

Si bien a lo largo de la carta fundamental se consagra expresamente la no discriminación en ciertas materias como es el caso de la no discriminación en materia laboral consagrada en el artículo 19 numeral 16 inc3 “ *Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”²⁴

Estableciendo la no discriminación en materia laboral en concordancia con este principio consagrado a rango constitucional encontramos.

3.2) Código del trabajo

El artículo 2 del código del trabajo quien siguiendo los lineamientos del convenio C-111 de la OIT establece: art.2 “...*Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación. Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto...*”

Este inciso es una transcripción del artículo 1 del convenio C111, estableciendo qué se debe comprender por discriminación y sus causales. El objetivo de este inciso es consagrar que los actos de discriminación laboral están sancionados por este código y son contrarias a sus principios, con la finalidad de proteger a los trabajadores y trabajadoras de las agresiones que puedan sufrir en la relación laboral.

²⁴ Ídem 18

3.3) Ley 20348 “Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones”

Esta ley publicada el 19 de junio del año 2009, introdujo la modificación de incorporar al código del trabajo el artículo 62bis que establece: *“El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.”*²⁵

La presente Consagración del principio de igualdad en materia de remuneración, se vincula a la no discriminación en materia de remuneraciones (los principios de igualdad y no discriminación están relacionados de manera que, al consagrar un trato igualitario, inmediatamente se consagra la no discriminación) para permitir la adecuada protección de los derechos de las trabajadoras ante actos de discriminación. En este caso la causal sería el hecho de ser mujer, es decir, por el sexo del trabajador, en correlación con el artículo 2 del código del trabajo ya mencionado.

3.4) Ley 20609 “Establece medidas contra la discriminación”

Esta ley publicada el 24 de julio del año 2012, consagró una definición de discriminación arbitraria, el objeto era establecer un principio antidiscriminación, que abarcara la mayor cantidad de causales por los cuales las personas eran víctimas de estos actos y que, en general, se enmarcan en las diversas minorías que existen en la sociedad (religión, raza, sexo, identidad de género).

“Artículo 2º.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la

²⁵ Ley 20348 disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1003601>

*religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.*²⁶

Destacar que la génesis de esta ley fue a causa de un crimen de odio, en el cual murió un joven, debido a su orientación sexual, es, por ello, que se redactó en términos que abarcaran todos los aspectos de la sociedad y que rigiera en todos los ámbitos del derecho, incidiendo por consiguiente en el derecho del trabajo nacional.

El objeto de estudio de esta Tesina, será la discriminación laboral hacia la mujer, y en específico, en cuanto a las remuneraciones y el acceso al trabajo. Para comprender el ámbito que abarca ésta o qué debemos entender por discriminación laboral, el profesor Castro señala que: *“La discriminación laboral consiste en toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.”*²⁷

Tanto en el ámbito del derecho internacional como nacional se encuentra expresamente definido el concepto de discriminación y su evolución abarcando los diversos aspectos de la sociedad que van evolucionando a lo largo del tiempo (por ejemplo, antes solo se refería a la discriminación por orientación sexual y ahora abarca la identidad y expresión de género). Los principios de igualdad y no discriminación como rectores de los ordenamientos jurídicos.

Ahora cabe preguntar, ¿esta consagración es suficiente en Chile? ¿Se logra la adecuada tutela? ¿Se ven reflejados estos principios en la jurisprudencia?

²⁶ Ley 20609 disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092>

²⁷ Castro Castro, José Francisco, boletín de la dirección del trabajo n°146, 2001

Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-65173_recurso_1.pdf

Capítulo 2 “Normativa y jurisprudencia española”

De los diversos países que han suscrito el convenio C-100 de la OIT, España posee la normativa jurídica más completa y extensa respecto a erradicar la discriminación salarial por razón de sexo y toda discriminación contra la mujer trabajadora, estableciendo mecanismos pioneros en esta materia.

1) Normativa Española

España posee una de la normativa jurídica más completas, respecto a combatir y erradicar la discriminación de género en el ámbito laboral, tanto en las remuneraciones (discriminación salarial) como en el acceso al trabajo. Este sistema normativo se encuentra integrado por:

1.1) Constitución española de 1978: esta carta fundamental se encuentra en la cúspide de la pirámide de jerarquía normativa española, y por consiguiente, ninguna ley, decreto, ordenanza, ni cualquier otra clase de norma jurídica, puede contravenirla, en ella se consagra el principio de no discriminación y el de igualdad ante de la ley, en todas las actividades que desarrollen los integrantes de la comunidad nacional.

Artículo 14 de la constitución española de 1978: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”²⁸

Consagración constitucional del principio de igualdad ante la ley y no discriminación, respecto al área laboral y la discriminación por razón de sexo, el capítulo segundo en su sección segunda establece la regulación.

Artículo 35 de la constitución española de 1978: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que

²⁸ Constitución española de 1978, disponible en:
<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.”²⁹

Establece la prohibición de que exista diferencia en las remuneraciones por motivos de sexo, es decir por el solo hecho de ser hombre o mujer

1.2) Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo)

Respecto a la exposición de motivos para la formación y dictación de esta ley, se estableció el reconocimiento tanto en los tratados internacionales como en la constitución española de 1978 del principio de igualdad ante la ley, y por sobre todo el principio jurídico internacional de igualdad entre mujeres y hombres así reconocido por muchos textos internacionales, entre ellos la convención para erradicar toda forma de discriminación contra la mujer de 1979. Pero todos estos intentos no han sido suficientes para erradicar y reparar la violencia de género contra las mujeres, y en especial en el ámbito laboral.

Se requiere un accionar del estado a través de su función público y establecer un conjunto de acciones positivas tendientes a conseguir una igualdad real entre hombres y mujeres, desde la prevención hasta la reparación de toda forma de discriminación laboral por motivo de sexo que las mujeres españolas sufran. Conseguir la horizontalidad entre hombres y mujeres, una igualdad real es parte de la función pública del estado.

La ley se estructura en un título preliminar, ocho títulos, treinta y una disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales, dentro de los cuales se regula: acoso por razón de sexo, acoso sexual, discriminación por maternidad, igualdad entre hombres y mujeres, responsabilidad de los órganos públicos, etc. De estos artículos se analizarán algunos de mayor relevancia para el derecho laboral.

²⁹ Constitución española de 1978, disponible en:
<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Artículo 5:” *Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.*

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo, cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.”³⁰

Se establece la igualdad entre hombres y mujeres en las distintas etapas de la relación laboral, incluso la pre ocupacional como lo es el acceso al trabajo, lo cual se destaca, ya que esta etapa, generalmente, no se encuentra regulada en los ordenamientos jurídicos. La igualdad en las remuneraciones entre trabajadoras y trabajadores también adquiere consagración al hacer alusión a las condiciones retributivas de los trabajadores de un mismo empleador.

Artículo 9:” *Indemnidad frente a represalias. También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso,*

³⁰ Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo) disponible en: https://app-vlex-com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdictions:ES+content_type:9/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/WWW/vid/80729504

*de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”.*³¹

Esta norma es fundamental, porque muchas veces el miedo de perder el empleo o de posibles represalias coarta el accionar de trabajadoras frente a discriminaciones que sufren de parte de sus empleadores, por el solo hecho de ser mujeres.

Artículo 42:” Programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres. 1) Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo.

*2) Los Programas de inserción laboral activa comprenderán todos los niveles educativos y edad de las mujeres, incluyendo los de Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres.”*³²

La empleabilidad y formación de las trabajadoras para poder integrarse en igualdad de condiciones, recae en un deber del estado y mediante la acción pública destinar recursos para crear programas de inserción laboral.

Artículo 44:” Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

1)El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

³¹ Idem cita 3

³² Idem cita 3

*2) Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.*³³

Al establecer un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares, otorgándole beneficios también a los padres, la carga familiar ya no radica exclusivamente en la mujer, motivo de discriminación por parte de los empleadores a la hora de contratar a un trabajador, al establecer esta igualdad de condiciones, el permiso de paternidad tendrá que concederle sea que contrate a un hombre o a una mujer, constituyendo un avance para conseguir la horizontalidad entre hombres y mujeres.

1.3) Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y su reforma al estatuto de los trabajadores

Se reconoce el carácter pionero en cuanto a erradicar la discriminación de género de la ley orgánica 3/2007, pero pese a su extensión normativa la brecha de la desigualdad entre hombres y mujeres no se ha podido erradicar, la violencia de género hacia la mujer y su manifestación en el ámbito laboral no ha podido ser eliminada, y España se ve enfrentada a un mercado laboral en que la participación femenina en distintos grados de formación y empleos, aumenta cada día más.

Por lo cual nace la necesidad de realizar diversas modificaciones a la ley del estatuto de los trabajadores (similar al código del trabajo chileno) en materias como: salarios, maternidad, suspensión del contrato de trabajo, permisos laborales, etc. Entre las cuales, las más destacables son:

Modificación al artículo 9 añadiendo el apartado 3:

" 1. Si resultase nula solo una parte del contrato de trabajo, este permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1

³³ Ídem cita 3

Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano de la jurisdicción social que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones.

2. En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.

3. En caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor.³⁴

Esta modificación hace alusión al concepto igualmente incorporado por esta ley al artículo 28 del estatuto de los trabajadores, es decir, que el trabajador tiene el derecho a recibir por concepto de remuneración lo mismo que otros trabajadores que realice sus mismas labores.

Modificación al artículo 28, estableciendo la siguiente redacción:

" Igualdad de remuneración por razón de sexo.

*1.El empresario está obligado a pagar por la prestación de un **trabajo de igual valor** la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extra salarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.*

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

³⁴) Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

2. El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extra salariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.

3. Cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras³⁵.

Se introduce a la legislación española el concepto de **trabajo de igual valor**, que establece la equivalencia entre las labores desempeñadas, en las condiciones que señala la disposición y la remuneración percibida por los trabajadores, de manera que, al cumplirse los presupuesto establecidos en el presente artículo, la remuneración debe ser exactamente la misma.

Modificación al apartado 8 del artículo 34, consagrándolo con la siguiente redacción:

” Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.”³⁶

³⁵ Ídem cita 7

³⁶ Ídem cita 7

La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral es la génesis de esta norma, entendiéndose que muchas veces las mujeres deben optar entre la vida familiar y laboral, por el rol que socialmente se les ha asignado dentro de la estructura familiar. Al consagrar este artículo la conciliación de estas dos labores fomenta la igualdad en la participación de las mujeres en el mercado laboral.

1.4) Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia

La realidad mundial, azotada por la pandemia del covid-19, ha provocado un cambio en la forma de vida y en el desarrollo de las diversas actividades (educacional, económica, pública, etc.) La actividad laboral ha debido adaptarse a esta nueva realidad y en donde la presencialidad de los trabajadores en el desarrollo de sus funciones ha sido reemplazada por el trabajo a distancia y su subespecie el teletrabajo. La normativa contenida en el estatuto de los trabajadores, no pareciere ser suficiente para poder regular todos los aspectos de esta nueva modalidad y sobre todo la violencia de género de la cual la trabajadora pudiese ser víctima. Es, por ello, que se dictó este real decreto que establece la no discriminación por razón de sexo contra la mujer y las medidas aplicables, haciendo énfasis a ello en el artículo 4 numerales 3 y 4 del presente decreto.

“Artículo 4 Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación.

3) Las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia.

Igualmente, las empresas están obligadas a tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad.

4) De conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración

y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.

En la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas³⁷.”

Además de las diversas formas de discriminación que la trabajadora puede sufrir en esta nueva normalidad laboral, y el tener que conciliar la vida personal, familiar y laboral sin tener que renunciar a alguna de ellas, es el gran reto de todos los ordenamientos jurídicos, el poder garantizar la igualdad y horizontalidad entre trabajadores y trabajadoras.

1.5) Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres:

Este real decreto dictado el 13 de octubre del 2020 y que entrara en vigor el 14 de abril del 2021, tiene por objeto crear mecanismos específicos que ayuden a conseguir la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor. Si bien, el ordenamiento jurídico español contiene una extensa normativa destinada a erradicar la discriminación salarial por razón de sexo y dar cumplimiento a su vez al convenio C-100 de la OIT, pero esta brecha salarial en la práctica sigue existiendo, por lo cual, ante la necesidad de medidas específicas para erradicarla, nace este decreto y en específico sus artículos 1, 4 y 7.

Artículo 1 “Objeto”.

“El objeto de este real decreto es establecer medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva, desarrollando los mecanismos para identificar y corregir la discriminación en este ámbito y luchar

³⁷Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia disponible en https://app-vlex-com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdictions:ES+content_type:9/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/WW/vid/849509638

contra la misma, promoviendo las condiciones necesarias y removiendo los obstáculos existentes, de conformidad con lo establecido en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española y de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.”

Artículo 4 “La obligación de igual retribución por trabajo de igual valor”

1) “El principio de igual retribución por trabajo de igual valor en los términos establecidos en el artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores vincula a todas las empresas, independientemente del número de personas trabajadoras, y a todos los convenios y acuerdos colectivos.

2) Conforme al artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores, un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes:

A) Se entiende por naturaleza de las funciones o tareas el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada.

B) Se entiende por condiciones educativas las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad.

C) entiende por condiciones profesionales y de formación aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad.

D) Se entiende por condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad.

3) A tales efectos, podrán ser relevantes, entre otros factores y condiciones, con carácter no exhaustivo, la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización, en la medida en que satisfagan las exigencias de adecuación, totalidad y objetividad a que se refiere el apartado siguiente en relación con el puesto de trabajo que valoran.

4) Una correcta valoración de los puestos de trabajo requiere que se apliquen los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. La adecuación implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria. La totalidad implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore. La objetividad implica que deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género”.³⁸

Artículo 7 Concepto de auditoría retributiva.

“Las empresas que elaboren un plan de igualdad deberán incluir en el mismo una auditoría retributiva, de conformidad con el artículo 46.2.e) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para

la igualdad efectiva de mujeres y hombres, previa la negociación que requieren dichos planes de igualdad.

La auditoría retributiva tiene por objeto obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución. Asimismo, deberá permitir definir las necesidades para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes o que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva, y asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo.

La auditoría retributiva tendrá la vigencia del plan de igualdad del que forma parte, salvo que se determine otra inferior en el mismo.”³⁹

Este cuerpo normativo y, en específico, los artículos transcritos, establecen una serie de medidas particulares. Realizando un complemento al artículo 28 del estatuto de los trabajadores, definiendo qué se debe entender por funciones de igual naturaleza o condiciones, qué debemos entender por condiciones educacionales, etc. Complementando las definiciones del estatuto de los trabajadores, para conseguir una mayor regulación del “trabajo de igual valor.”

Consagra una auditoría retributiva que tiene por objeto garantizar la igualdad en las remuneraciones entre los trabajadores, ya que se conocerá a través de esta auditoría la realidad del empleador y las remuneraciones asignadas en torno al trabajo de igual valor.

La confección del registro retributivo que debe contener todos los datos necesarios, de los trabajadores para poder realizar por parte de la empresa esta auditoría retributiva, este mecanismo constituye un mecanismo práctico y específico para lograr erradicar la discriminación salarial por razón de sexo.

³⁹ Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Disponible en https://app-vlex-com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdictcion:;ES+content_type:9/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/p2/WW/vid/850297918

2) Jurisprudencia española

Se analizarán Recurso de amparo interpuestos en España, cuyas sentencias han sido favorables y se ha reconocido y reparado la discriminación salarial contra la mujer y la discriminación en el acceso al trabajo.

2.1) Recurso de amparo n°175/1989 del 1 de julio de 1991⁴⁰

Extractos de los hechos:

Un grupo de trabajadoras que prestaban servicios de limpiadoras en el hospital “Gregorio Marañón” (dependiente de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Comunidad de Madrid), presentaron una demanda ante la Magistratura del trabajo, debido a que en el convenio colectivo vigente a que ellas pertenecían, se había fijado una remuneración inferior para las limpiadoras en comparación a los peones(grupo compuesto solo por hombres), quienes realizaban las mismas labores y prestaban servicios a la misma conserjería. De manera que dicha diferencia constituía una discriminación salarial por razón de sexo contra la mujer y solicitan que se les restaure la igualdad entre trabajadores y trabajadoras.

- A) La magistratura laboral acoge la demanda presentada por “las limpiadoras”, estableciendo que la diferencia en la remuneración configuraba una discriminación contra las mujeres, ya que ambos trabajos realizaban iguales funciones.
- B) La comunidad de Madrid interpuso un recurso de súplica contra la resolución de la magistratura laboral, ante el tribunal central de trabajo, alegando que no procedía establecer que existía discriminación en las remuneraciones por razón de sexo ya que

⁴⁰Sentencia del tribunal constitucional –sala segunda de fecha 1 de julio de 1991 en causa rol recurso de amparo n°175/1989 disponible en: https://app-vlex-com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdiction:ES+content_type:2/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/by_citations/WW/vid/15356667

corresponde a dos categorías distintas de trabajadores (peones y limpiadoras), por lo cual acoge el recurso de suplica

- C) Se presenta ante el tribunal constitucional, sala segunda el recurso de amparo por las trabajadoras, alegando discriminación salarial por razón de sexo en la sentencia del tribunal central de trabajo

Fundamentos jurídicos:

- A) Artículos 14 y 35 de la constitución española⁴¹, que establecen el principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico español, y el derecho de todos los españoles de percibir una remuneración justa por su trabajo, sin ser objeto esta de discriminación alguna. En mérito de lo expuesto en los hechos hay una manifiesta infracción a estos preceptos, debido a que la diferencia en las remuneraciones no recae sobre categorías objetivas, si no ante una subjetividad que configura una discriminación contra la mujer
- B) Artículo 28 del estatuto de los trabajadores ⁴², que consagra la obligación para los empleadores de pagar igual remuneraciones ante trabajos de igual valor y en las condiciones que señala el precepto, de manera que la diferenciación entre peones y trabajadoras, no corresponde a categorías distintas de trabajos y desempeñan iguales labores ante un mismo empleador, por lo cual es un trabajo **de igual valor**
- C) Convenios C100 y C111 de la OIT, ratificados por España y que se encuentran vigentes, que establecen la no discriminación salarial por motivos de sexo y el derecho a la igualdad de las remuneraciones frente a trabajos de igual valor y que la diferencia salarial solo tendrá lugar ante categorías objetivas, establecidas en estos cuerpos normativos, respecto a los cuales España debe darles cumplimiento. Por lo cual la

⁴¹ Ídem cita 1

⁴² Ídem cita 7

cláusula del convenio que fijaba esta diferencia en las remuneraciones estaría vulnerándolos

Fallo:

El Tribunal Constitucional ha decidido conceder el amparo solicitado por las recurrentes y, en consecuencia:

1.º Reconocerles el derecho a no ser discriminadas en su salario por razón de sexo.

2.º Anular la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Central de Trabajo de 18 de noviembre de 1988.

2.2) Recurso de amparo nº205/1991 del 28 de febrero de 1994⁴³

Extractos de los hechos:

- A) El comité de la empresa “Antonio Puig S.A” interpuso un procedimiento de conflicto colectivo de trabajo, debido a la situación de discriminación padecida por 140 trabajadoras de la sección de envasado y expedición, quienes pese a ostentar categorías profesionales iguales o superiores a las de los hombres trabajadores de la empresa, su remuneración era inferior a la de estos, produciéndose una diferencia entre las remuneraciones de los trabajadores y trabajadoras, solo por motivo de su sexo. El departamento de trabajo de la generalidad de Cataluña emitió un informe respecto a la cuestión debatida confirmando que el convenio colectivo de la empresa contiene una cláusula que establece una diferencia en las remuneraciones solo basada en el sexo de los trabajadores, por lo cual incurre en

⁴³ Sentencia del tribunal constitucional-sala primera de fecha 28 de febrero de 1994 en causa rol recurso de amparo nº 205/1991, disponible en: https://app-vlex-com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdiction:ES+content_type:2/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/WW/vid/15355884

discriminación contra las trabajadoras y procede por ende la equiparación retributiva entre unos y otras.

- B) Dentro de la empresa la categoría de profesional de industria, ayudante especializado y peón han sido ocupados exclusivamente por hombres y los puestos de oficiales exclusivamente por mujeres y por consiguiente detentas los puestos de líneas o cadenas de producción. Se establece que no existe impedimento físico alguno para que todos estos puestos de trabajo puedan ser desarrollados por cualquier persona sin importar su sexo.
- C) El conflicto planteado se refiere a las secciones de «envasado» y «expedición», dentro las cuales prestan servicios tanto unos como otros trabajadores. En la sección de envasado funcionan distintas cadenas o cintas de producción, en las que el llenado de frascos y envasado de los mismos, desde los dos puestos básicos de trabajo, «maquinista» y «envasado», es realizado por oficialas de 1. y 2. Los profesionales de industria de 1. y 2., los ayudantes especialistas y los peones, por su parte, dentro de esa misma sección suministran a las cintas los elementos y materiales necesarios para el trabajo de las oficialas de actividades complementarias. Y si bien existen diferencias funcionales entre las categorías, pueden ser desarrolladas por cualquier trabajadora o trabajador, de manera que no se justifica una diferencia entre las remuneraciones, y la labor desempeñada en esta área se configura de igual valor.
- D) Las pretensiones deducidas por medio del procedimiento de conflicto fueron desestimadas por el Juzgado de lo Social, cuya resolución aduce que las tareas desarrolladas por los trabajadores de uno y otro sexo son significativamente distintas. En la sección de envasado las mujeres ocupan los puestos de las cadenas de producción y los hombres alimentan las mismas. En expedición también son diferentes los trabajos, siendo acorde una diferencia salarial entre trabajadores y trabajadoras, estas últimas ante esta resolución judicial

interpusieron recurso especial de suplicación, fue desestimado por el Tribunal Superior, cuya Sentencia recuerda que la impugnación se dirige contra un Convenio que fue concluido por la empresa y por los mismos trabajadores que más tarde lo tachan de discriminatorio, lo que hace exigible un mayor esfuerzo probatorio

- E) Debido al resultado de estas resoluciones se interpone recurso de amparo por la discriminación salarial por motivo de sexo contra las trabajadoras de la empresa “Antonio Puig S.A”

Fundamentos jurídicos:

- A) Establecer que la discriminación no tiene origen en el convenio colectivo, ya que en la redacción de este no “feminiza” los puestos laborales para la contratación de trabajadores y trabajadoras, si no que proviene de la práctica de contratación de la empresa. Y respecto a la base de la reclamación de la discriminación salarial por trabajos que pueden ser desarrollados por cualquier trabajador o trabajadora y con igual valoración
- B) En la valoración del trabajo, además, ha de garantizarse y exigirse, por tanto, que los propios criterios de evaluación del trabajo no sean, por sí mismos, discriminatorios. De este modo, deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos, salvo que en circunstancias excepcionales y por razón de la específica naturaleza del trabajo, se requieran criterios diversos para la referida evaluación. Todo ello porque la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en

consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro (STC 145/1991; Directiva CEE 75/117 cit. art. 1, párrafo 2)⁴⁴

- C) Los artículos 14 y 35 de la constitución española, consagran los principios de no discriminación por razón de sexo y el derecho a una remuneración justa sin que esta sea objeto de discriminación de ningún tipo. La calificación como discriminatoria de la diferencia de trato en el complemento de calidad y cantidad de las categorías profesionales de oficiales de 1. y 2. de actividades complementarias, debe ser objeto de una reparación retributiva.

Fallo:

El Tribunal Constitucional ha decidido conceder el amparo solicitado por las recurrentes y, en consecuencia:

1. Reconocer el derecho de las trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo a no ser discriminadas por razón del sexo.
2. Declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona (autos 145/90) y de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de diciembre de 1990 (recurso núm. 4273/90).
3. Declarar el derecho de los trabajadores y trabajadoras, con categoría de oficiales de 1. y 2. de actividades complementarias, a percibir el complemento de cantidad y calidad en la misma cuantía que el asignado a los profesionales de 1. y 2. de industria, respectivamente.

⁴⁴ Ídem cita 13

2.3) Recurso de amparo n° 5499-2003 del 3 de julio de 2006⁴⁵

Extractos de los hechos:

- A) Una trabajadora se encontraba en situación de desempleo, recibiendo las prestaciones correspondientes que le habían sido reconocidas por el período comprendido entre el 1 de agosto de 1997 y el 30 de marzo de 1998. En diciembre del año 97 la trabajadora se presentó en la oficina de empleo (Inem) en la que estaba inscrita el parte de baja por maternidad, lo que le supuso el aumento de sus prestaciones por desempleo hasta el 100 por 100 de la base reguladora.
- B) En enero de 1998 la delegación provincial de educación de la junta de Andalucía, ofertó 15 plazas de trabajo solicitando a la oficina de empleo que le remitiera dos candidatos por cargo, estableciendo que debían cumplir los siguientes requisitos: posesión del título FP II en la especialidad de educación de disminuidos psíquicos y experiencia profesional acreditada de seis meses.
- C) La oficina realizó la remisión de los candidatos sin incluir a esta trabajadora, siendo que cumplía con todos los requisitos establecidos y tenía más de 70 meses de experiencia, ya que aparecía en enero del 98 como suspendida por maternidad, realizándose su alta médica en abril del mismo año
- D) La trabajadora solicita en febrero de 1998 que se le incluya en la remisión de postulantes para esas 15 plazas de trabajo a lo que la oficina de empleo se niega argumentando que a la fecha de la postulación ella se encuentra suspendida por maternidad, es decir tiene una incapacidad temporal, la trabajadora decide accionar mediante procedimiento

⁴⁵ Sentencia del tribunal constitucional-sala segunda de fecha 3 de julio de 2006 en causa rol recurso de amparo n° 5499-2003, disponible en https://app-vlex-com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdiction:ES+content_type:2/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/by_citations/p2/WW/vid/23838892

contencioso-administrativo ante el juzgado de granada y luego interponer la apelación correspondiente ante el tribunal superior de justicia de Andalucía, en ambos procesos le fue denegada su solicitud estableciendo que padecía al momento de la postulación una incapacidad temporal para el trabajo.

Fundamentos jurídicos:

- A) Los principios del ordenamiento jurídico de no discriminación contra la mujer que se encuentran consagrados en el artículo 14 de constitución española y en su aplicación esta debe ser amplia, así se entiende de la interpretación del ex artículo 10 de la constitución española (fuente interpretativa del actual artículo 14) y de los cuerpos normativos internacionales suscritos por España; Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núm. 103, sobre la protección de la maternidad, núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y núm. 156, trabajadores con responsabilidades familiares, como la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- B) Respecto a la protección de la trabajadora este tribunal ya ha establecido que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo” (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4⁴⁶). De manera que no puede configurarse una discriminación contra la mujer trabajadora alegando este principio

⁴⁶ Sentencia del tribunal constitucional-sala primera de fecha 4 de julio de 2005, en causa rol recurso de amparo n° 2447-2002, disponible en: <https://app-vlex-com.dti.sibucsc.cl/#/vid/263624>

C) Artículo 48 del estatuto de los trabajadores, esta norma establece la figura jurídica de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, con el espíritu de proteger y velar por la integridad de la trabajadora, pero su aplicación no corresponde en la situación antes descrita, en que estamos frente a una trabajadora desempleada, es decir que no tiene empleador, y en los términos de su aplicación a este caso, produce una discriminación en el acceso al trabajo, de manera que infringe el espíritu de esta figura jurídica. De manera que no se puede discriminar solo por razón de sexo en las distintas etapas de la relación laboral incluso la pre ocupacional como lo es el acceso al trabajo

Fallo

El Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA, Ha decidido Otorgar el amparo solicitado por doña M.D. y, en su virtud:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de mujer (art. 14 CE).

2 restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de 21 de julio de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) dictada en el recurso de apelación núm. 352-2001.

Capítulo 3 “normativa nacional y jurisprudencia”

Analizado ya el concepto de discriminación y la normativa internacional cabe preguntarse ¿cómo trata la discriminación salarial contra la mujer el ordenamiento jurídico chileno?, los mecanismos y procedimientos establecidos para tales casos.

1) Normativa jurídica chilena

Chile tiene un sistema jurídico de supremacía constitucional en que todo su ordenamiento jurídico debe estar en concordancia con la carta fundamental, de manera que ninguna norma de rango inferior puede contravenirla. Consagrado el principio de no discriminación laboral contra la mujer a nivel internacional, es decir, supraconstitucional, ¿Cuál será su consagración dentro de este sistema de supremacía constitucional?

1.1 Constitución política de la república de 1980

*“Artículo 1.- Las personas nacen libres e **iguales** en dignidad y derechos (inciso 1)*

*...El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional **su mayor realización espiritual y material posible**, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (inciso 4)⁴⁷*

Estableciendo como base fundamental en la estructura de la sociedad y por consiguiente del ordenamiento jurídico, un principio de igualdad entre todas las personas sin distinción alguna, y establece la obligación para el poder estatal la proporción de todas las condiciones necesaria para la mayor realización de las personas, es decir sin nada que los obstaculice.

“Art 5 ... El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar

⁴⁷ Constitución política de la república de Chile disponible <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

*promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por **los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.** (inciso 2).⁴⁸*

Establecer el deber del poder estatal de promover los derechos establecidos por esta constitución como por los tratados internacionales, hace referencia expresa a los convenios C111 Y C110 de la OIT, consagrando a nivel de rango constitucional la no discriminación en el trabajo contra la mujer, ya que se les da el rango de tratado internacional, aunque se ocupe la nomenclatura “convenio”, por lo cual la legislación chilena les debe dar estricto cumplimiento.

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

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

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

Reafirmado el principio de igualdad y no discriminación, este numeral establece una igualdad ante ley, referida no a los sujetos a quienes regirá esta disposición, si no a la aplicación de la ley, de manera que esta se aplicara sin diferencia arbitrarias, el trato será igualitario y sin distinción.

“16º.- La libertad de trabajo y su protección.

...Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos... (inciso 2).”

En palabras del profesor José Castro “*el numeral 16 fija una regla fundamental, toda vez que le otorga rango constitucional al principio de no discriminación en materia laboral y, por lo tanto, todas las normas de nuestro sistema jurídico deben ajustarse a esta disposición, sin perjuicio que, además, considera a la discriminación laboral como un ilícito a nivel constitucional.*”⁴⁹

⁴⁸ Ídem cita 47

⁴⁹ Castro Castro, José Francisco, boletín de la dirección del trabajo n°146, 2001
Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-65173_recurso_1.pdf

En estos preceptos se consagra la no discriminación salarial ni en el acceso al trabajo contra la trabajadora a nivel constitucional.

1.2) Código del trabajo chileno

*“Artículo 2 ... Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.
(inciso 2)*

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.(inciso 3)”

En estos incisos, luego de varias modificaciones, se concretiza la prohibición de discriminación en materia laboral, en concordancia con la constitución y en su inciso 3 establece la definición de lo que se debe entender por un “acto de discriminación.”

Para el profesor Caamaño *“la actual definición de los actos discriminatorios constituye un importante avance en nuestro ordenamiento jurídico, en particular en cuanto ella concretiza el efecto que estos actos deben producir para entender configurado un caso de discriminación en el trabajo, esto es, que ellos anulen o alteren la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”*⁵⁰

No obstante estar conteste él y otros autores, en que el mecanismo que establece el legislador de establecer un catálogo de factores o criterios que representan lo que debe entenderse por discriminación, genera una deficiencia práctica, ya que se requiere de una constante actualización por ende una constante reforma a este inciso ya que estos factores pueden ser infinitos y el derecho debe ir constantemente evolucionando junto con la sociedad. Además, el artículo 19 numeral 16 de la constitución política de la república entregaría la solución a este inconveniente

⁵⁰ Caamaño Rojo, Eduardo revista de derecho universidad austral de chile 2001, disponible en <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art02.pdf>

práctico al establecer que se prohíbe toda diferenciación que no se base en la capacidad de idoneidad personal del trabajador, de manera que bastaría esta causal genérica para enmarcar los diversos criterios o factores de discriminación.

1.3 Ley 20348 “Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones”

Manifiestamente nuestro ordenamiento jurídico prohíbe la discriminación laboral contra la mujer en las remuneraciones y en las demás áreas del trabajo. Pero ¿cómo se materializa esto?, la ley 20.348 introdujo varias modificaciones al código del trabajo con el objeto de regular de mejor manera y establecer procedimientos y mecanismo de tutela respecto a la trabajadora que es víctima de discriminación laboral.

A) Historia de la ley

Esta ley inició por moción de los *diputados Carlos Olivares Zepeda, Jorge 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. Fecha 19 de julio, 2006. Moción Parlamentaria en Sesión 51.*⁵¹

No obstante, el proyecto final que fue promulgado difiere en algunos puntos del primer proyecto presentado, la idea de legislar surge en base a la realidad nacional.

La mujer se inserta cada vez más en el mercado laboral, el cambio de la concepción de estar solo destinada a labores domésticas a ser proveedora y pasar a formar parte de la estructura de la empresa. Esta inserción se estableció en diversos tipos de trabajo y de nivel de especialización.

Nuestra realidad normativa tanto de la legislación interna, como de los tratados internacionales ratificados por Chile, se establece la igualdad y no discriminación en materia laboral, los convenios C111 y C100 de la OIT, especifica la noción de discriminación en el desarrollo de un

⁵¹ Historia de la ley 20348 “Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones” disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4732/>

trabajo subordinado y la igualdad en la remuneración por trabajo de igual valor sin distinción si quien ejecuta dichas funciones es hombre o mujer.

Las últimas modificaciones legales al código del trabajo, concretizan la prohibición de discriminar consagrada en nuestra constitución, pero ¿porque en la práctica se siguen observando discriminación entre trabajadoras y trabajadores?

A pesar de los avances legislativo de Chile en esta materia no ha sido suficiente para poder erradicarla. Según la encuesta de remuneraciones y costos de la mano de obra del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) al año 2001, la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres alcanza al 31,1%, es decir, por cada \$ 1.000 que gana un hombre, una mujer gana \$ 689 por igual trabajo, lo que es a todas luces injustificado.⁵² La realidad supera a la normativa vislumbrado la necesidad de legislar y poder efectuar diversas modificaciones al código del trabajo de manera que se erradiquen estas prácticas discriminatorias.

La opinión del profesor Gamonal en su obra “la lucha contra la discriminación femenina” *“se restringe este estudio a un particular tipo de discriminación, como es aquella basada en el sexo o género de los trabajadores, responde a la circunstancia de constituir este tipo de discriminación, en mi opinión, la más frecuente en nuestro mercado de trabajo. Ello, porque nuestra cultura laboral no ha podido desprenderse aún de los cánones machistas y, a pesar de la creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo y de los positivos efectos que ésta trae aparejados, subsisten las diferencias de oportunidades y de trato, tanto en el acceso al empleo, como en materia de remuneraciones y condiciones de trabajo.”*⁵³

⁵² Caamaño Rojo, Eduardo revista de derecho universidad austral de chile 2001, disponible en <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art02.pdf>

⁵³ Gamonal, Sergio, La lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad, en Revista Laboral Chilena, agosto del 2001 <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art02.pdf>

Modificaciones que introdujo al código laboral

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

*Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6º del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa.”*⁵⁴

La incorporación del presente artículo consagró expresamente la igualdad de remuneraciones entre trabajadores y trabajadoras, dando cumplimiento al principio constitucional de no discriminación en materia laboral, pero con la salvedad que las diferencias objetivas que se funden en razones de capacidad, calificación, idoneidad, responsabilidad o productividad no configuraran discriminación, lo cual hace reflexionar si estas causales eximentes son del todo objetivas, ¿podría influir la subjetividad del empleador?, por ejemplo según la real academia española productividad es *“capacidad o grado de producción por unidad de trabajo, superficie de tierra cultivada, equipo industrial, etc.”*⁵⁵ En este parámetro ¿podría influir alguna subjetividad del empleador?, ¿estas excepciones están lo suficientemente detalladas en la ley para poder configurarse como objetivas?.

En su inciso segundo establece como última instancia para la trabajadora, que es víctima de discriminación laboral, recurrir al proceso de tutela laboral, reservado para la vulneración de derechos fundamentales de los individuos. Reconocido el carácter de derecho fundamental de la igualdad en las remuneraciones por trabajo de igual valor, pero dejando este proceso en la última instancia, debiendo previamente iniciar un proceso interno en la empresa.

⁵⁴ ley 20384 disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1003601>

⁵⁵ Real academia Española disponible en <https://dle.rae.es/productividad>

B) modifica el inciso primero del artículo 154: Incorporando modificaciones en los numerales 6 y 13, quedando redactado de la siguiente manera:

“Art. 154. El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

6) la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.

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

Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.”⁵⁶

En virtud de esta consagración se establece el primer paso del proceso que debe iniciar la trabajadora para que se subsane la diferencia salarial por razón de su sexo, ya que impone a las empresas que deben incorporar dentro de su reglamento interno el procedimiento que debe seguir la trabajadora para poder reclamar respecto de esta discriminación salarial, dicho reclamo debe ser ajustarse al procedimiento de cada empresa, siguiendo la exigencia de la ley que debe ser por escrito y debidamente fundando. De manera igualmente concordante ha sido interpretado este numeral por la dirección del trabajo quien en su dictamen ORD. N°1187/18 estableció: “5) *De configurarse contravención al principio de igualdad de remuneraciones contemplado en el artículo 62 bis del*

⁵⁶ Ídem cita 54

Código del Trabajo, la afectada debe comenzar deduciendo un reclamo por escrito, ciñéndose al procedimiento que para tales efectos se haya establecido en el reglamento interno de la respectiva empresa, y una vez agotada esta instancia, sin un resultado satisfactorio, se puede iniciar el procedimiento de tutela laboral que contemplan los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.”⁵⁷

Estableció la obligación para las empresas de más de 200 trabajadores, que junto con agregar al reglamento interno el procedimiento que debe seguir la trabajadora debe incorporar un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.

Respecto a la acepción “técnicas esenciales”, existió discordia, ya que no estaba establecido con exactitud ¿que debe entenderse por características técnicas esenciales? La dirección del trabajo en su dictamen ORD. N°1187/18 dispuso “6) Por “características técnicas esenciales”, expresión contenida en el N° 6 del artículo 154 del Código del Trabajo, debe entenderse aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo función a desempeñar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda realizar en la empresa. En la elaboración de este registro, por lo tanto, se deberán consignar aquellos distintivos que definen el cargo o función a desempeñar, que son parte de su esencia, de su naturaleza, sin considerar aquellos aspectos que pudieran ser variables.”⁵⁸ Dando solución al punto de discordia.

C)Modificación artículo 511: La ley 20.348, modifico el artículo 511 del código laboral agregando un inciso final: “Los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, podrán solicitar la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes, en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales.”

⁵⁷ Dictamen ORD. N°1187/18 del 10 de marzo de 2010, de la dirección del trabajo disponible en <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97655.html>

⁵⁸ Ídem cita 57

El espíritu de esta ley y en general el del ordenamiento jurídico nacional, más que sancionar al empleador que ha ejercido discriminación salarial por razón de sexo contra alguna de sus trabajadoras, es erradicar estas prácticas de la realidad nacional, de manera que ninguna trabajadora chilena sea víctima de este tipo de discriminación. Es por ello que esta ley estableció esta especie de “incentivo”, para los empleadores que dieran cumplimiento al principio de igualdad de las remuneraciones que consistía en la rebaja del 10% en las multas que fueran cursadas a dichos empleadores, siempre que no se deberian a prácticas antisindicales o vulneración de derechos fundamentales.

No obstante, esto, esta modificación se encuentra derogada debido a que la ley 20.416 “Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño”, publicada el 03 de febrero del 2010, ya que esta ley introdujo modificaciones al código laboral, quedando la nueva redacción del artículo 511 en los siguientes términos.

Artículo 511.” Facultase al Director del Trabajo, en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad al artículo 503 y no hubiere solicitado la sustitución del artículo 506 ter de este Código, para reconsiderar las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia en la forma siguiente:

1. Dejando sin efecto la multa, cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción.

2. Rebajando la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento, a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción.

Si dentro de los quince días siguientes de notificada la multa, el empleador corrigiere la infracción, el monto de la multa se rebajará, a lo menos, en un cincuenta por ciento. Tratándose de la micro y pequeña empresa, la multa se rebajará, a lo menos, en un ochenta por ciento.”

De manera en la discusión de esta ley no se consideró el incentivo de rebaja del 10% para los empleadores que dieran cumplimiento al principio de igualdad en las remuneraciones, esta

omisión en la nueva redacción, conlleva a la derogación del inciso final que había introducido la ley 20.348.

Teniendo en consideración las modificaciones incorporadas al código laboral, ¿Cómo funciona en la práctica este procedimiento?

Se puede identificar tres instancias para la trabajadora: 1) el procedimiento interno ante el empleador, 2) cuando no obtuvo respuesta satisfactoria, puede interponer una denuncia ante la inspección del trabajo, 3) procedimiento de tutela laboral ante los tribunales laborales.

1) Procedimiento interno ante el empleador: En virtud del artículo 154 del código laboral, se establece la primera instancia para la trabajadora.

1.1) Debe sujetarse al procedimiento establecido en el Reglamento interno de la empresa, para el caso de infracción al artículo 62bis del código laboral, es decir en caso que este padeciendo discriminación salarial por motivos de sexo, ya que es deber de la empresa tener un procedimiento consagrado su reglamento interno.

1.2) Debe presentar la reclamación por escrito ante el empleador (dependiendo de lo establecido en cada reglamento, por ejemplo: puede que en una empresa el reglamento establezca que el reclamo debe hacerse primero ante la oficina de recurso humanos).

1.3) Debe ser una reclamación con motivos fundados; es decir debe tratarse de una diferencia arbitraria en las remuneraciones, en trabajos de igual valor, y que no descansa la diferencia en el salario en distinciones de carácter objetivo como lo consagra el artículo 62bis, es decir como lo serian por ejemplos las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, entre los trabajadores. Debe tratarse de una discriminación por motivo de sexo.

1.4) El empleador tiene el plazo de 30 días para dar respuesta por escrito a la trabajadora, respecto a dicho reclamo, este plazo se cuenta desde que se presentó el reclamo por parte de la trabajadora.

En caso que la respuesta no fuera satisfactoria para la trabajadora puede recurrir a la segunda instancia.

2) Denuncia ante la dirección del trabajo: En caso que la trabajadora no obtuviera una respuesta satisfactoria en el procedimiento que inició al interior de la empresa, tiene la segunda instancia, que es interponer una denuncia ante la inspección del trabajo por discriminación salarial por razón de sexo (vulneración de un derecho fundamental).

¿Quiénes pueden interponer esta denuncia?

El artículo 486 del código del trabajo dispone en su inciso primero: *“Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento”*. De esta disposición se desprende que pueden interponer esta denuncia:

- La trabajadora víctima de la discriminación
- El sindicato al cual se encuentra afiliada la trabajadora
- La inspección del trabajo en caso que en alguna de sus fiscalizaciones descubra la vulneración de derechos.

¿Quién conoce de la reclamación?

En virtud del mandato del artículo 505 del código del trabajo: *“La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen.”* Esta denuncia será conocida por la inspección del trabajo.

¿Cuál es el objeto de la denuncia?

Obtener que la inspección del trabajo inicie un procedimiento administrativo con la finalidad de obtener la reparación del daño causado a la trabajadora.

2.1) Etapas de este procedimiento: La orden de servicio número 09 dictada por la dirección del trabajo el 31 de diciembre del 2008,⁵⁹ regula cada una de las instancias de este procedimiento.

A) recepción de la denuncia administrativa: Esta primera etapa está compuesta de tres momentos: **recepción-admisibilidad e ingreso de la denuncia.**

Recepción: Presentada la denuncia por la trabajadora afectada o por el sindicato que la represente, corresponde al abogado o abogada de la inspección del trabajo realizar la recepción y evaluar la admisibilidad de la denuncia. En caso que no puede realizar esta labor el abogado o abogada correspondiente, podrá realizarla el jefe o jefa de la inspección (o quien subrogue a estos).

En caso excepcional que ninguno de los encargados de estas funciones esté disponible podrá el jefe o la jefa de oficina encomendarle excepcionalmente realizar la recepción y evaluación de admisibilidad al jefe de la unidad de fiscalización.

El funcionario deberá entregar al denunciante un comprobante en que conste la fecha de recepción de la denuncia y en caso que se pueda emitir inmediatamente el examen de admisibilidad de la denuncia, este deberá constar igualmente en el comprobante.

Admisibilidad: Recepcionada la denuncia, se deberá de forma inmediata o a más tardar el día hábil siguiente, entrevistar al denunciante y someter los antecedentes brindados a una evaluación que debe enmarcarse dentro de los siguientes criterios.

-Que los hechos denunciados den cuenta efectiva de una posible vulneración de derechos fundamentales, ya que, si solo se tratare de una infracción laboral, se deberá activar la denuncia ordinaria.

-Que no se encuentre caducado el plazo para interponer la denuncia, si se encuentra prescrito se tendrá por extemporánea la denuncia y se rechazara de plano. Para establecer la

⁵⁹ Orden de servicio número 9 del 31 de diciembre del 2008, disponible en:
https://www.dt.gob.cl/transparencia/Orden_de_Servicio_No_9_31.12.2008_DERECHO_FUNDAMENTAL.pdf

caducidad del plazo, habrá que distinguir: 1) si se trató de un hecho que se agotó en su ejecución 2) si se trata de una conducta vulneratoria que perdura en el tiempo. En este último caso se considerará que está pendiente la caducidad del plazo.

-Los derechos protegidos por este procedimiento, el sistema informático proporcionará un catálogo de derechos protegidos mediante este procedimiento y la jurisprudencia administrativa asociada a ellos.

-Si existe recurso de protección u otro juicio pendiente, que tenga por fundamento los mismos hechos, existiendo acciones judiciales pendientes, se declarara inadmisibile la denuncia presentada en sede administrativa.

-Si la trabajadora fue despedida a causa de esta vulneración de derechos, en caso que exista despido, se debe nuevamente distinguir, ya que el servicio solo tiene competencia para informar inmediatamente a la oficina de defensa laboral, cuando se trate de trabajadores que cuentan con fuero y fueron despedidos, para los otros casos, se debe estar a lo de la fiscalización administrativa a que dé lugar un eventual requerimiento del tribunal que conozca de los hechos y resuelva respecto al despido.

Calificados los antecedentes de la denuncia, se informará al denunciante mediante oficio, dejando copia en el expediente, del resultado del examen de admisibilidad y se procederá al ingreso de la denuncia.

Ingreso: Declara admisible la denuncia, se efectúa el registro correspondiente de esta en la plataforma informática, de manera que será sometida al procedimiento establecido para tal y se le deberá informar al denunciante:

* Procedimiento al que será sometida la denuncia.

•Los plazos para su ejercicio. Para este efecto se debe validar la fecha de vulneración del derecho fundamental. Si ésta no coincidiera con la fecha consignada en la denuncia, se debe corregir en forma inmediata, y

- La jurisdicción que debe conocer de ellas.

B) Investigación de la fiscalía laboral: Esta segunda etapa del procedimiento se encuentra conformada por 3 instancias: **constitución de la fiscalía – planificación de la investigación – visita inspectiva.** El responsable de la labor de la fiscalía hasta la conclusión de la denuncia es del abogado o abogada a cargo de esta, designado para tal efecto por el director regional de la dirección del trabajo. Se podrá constituir una fiscalía de manera permanente, integrada por abogados o abogadas, fiscalizadores dedicados exclusivamente a estas materias y se podrá designar un mediador permanente, todo subordinado a las condiciones geográficas y la densidad del trabajo, dicha decisión quedará entregará al director regional de la dirección del trabajo

Constitución de la fiscalía: En aquellos casos en que no exista una fiscalía permanente, una vez declara la admisibilidad de la denuncia por vulneración del derecho fundamental de igualdad en las remuneraciones, se procederá a la constitución de la fiscalía que estará compuesta por el abogado/a de la inspección y el fiscalizador que designe el jefe/a de la unidad de fiscalización, en caso que la inspección cuente con más de un abogado/a, integrará la fiscalía aquel que sea designado por el coordinador jurídico de la unidad, tratándose de temática de discriminación de género (desigualdad en las remuneraciones ,acoso sexual, entre otros) se preferirá aquellos trabajadores que cuya especialidad sea esta materia.

Planificación de la investigación: Las actuaciones de la fiscalía deben estar orientadas a determinar y realizar aquellas diligencias que considere pertinentes, útiles y conducentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados. Por lo cual deberá definir:

- Objeto de la fiscalización.
- Los hechos a constatar, se debe recordar que la ley exige indicios y no necesariamente la acreditación directa de la vulneración, no obstante, la obligación de recoger todos los elementos probatorios posibles.
- Las entrevistas a realizar, dejándose claramente establecido quiénes serán entrevistados y la “pauta” con la que se realizarán.

- La revisión documental necesaria.
- Los lugares de trabajo y entornos a inspeccionar.
- Estadísticas necesarias, como se trata de una vulneración que consiste en la discriminación de la trabajadora en razón de su sexo, deberá siempre incluirse en el informe los datos estadísticos que den cuenta de dicha discriminación
- Otras diligencias a realizar.
- Instrumentos requeridos para realizar las diversas actuaciones.
- Determinación estimativa del Día y Hora de la Visita,
- Preparación de Información,
- Tiempo disponible para la investigación y calendarizar para cumplirla oportunamente, teniendo siempre a la vista el Cronograma de Trabajo existente en la plataforma informática, dejando constancia de las razones que motivaron su dilación o postergación.

La fiscalización debe dar cuenta tanto de los hechos y circunstancias que comprometen la conducta del denunciado en la vulneración del derecho fundamentos, como los hechos y argumentos expuestos por el empleador, que justifiquen, exculpen o expliquen su conducta.

Visita inspectiva: Establecida la planificación de la investigación y determinado el universo a investigar, se preparará la visita inspectiva, que puede ser una vez o las que sean necesarias, se llevaran a cabo conjuntamente por los miembros de la fiscalía, con el objeto de reunir la información e investigar los antecedentes del caso, algunas de las diligencias que se efectuaran son:

- Constatación de hechos mediante la observación
- Entrevistas, previo cuestionario de preguntas a realizar. Las entrevistas constarán en el acta de declaración y deberán ajustarse a la pauta de investigación, se procederá a entrevistar: 1) a los trabajadores/a, el investigador deberá seleccionar imparcialmente trabajadores para realizar preguntas respecto a los hechos denunciados, no obstante, podrá conducir esa selección cuando

requiera entrevistar a trabajadores que en virtud de sus funciones o de las circunstancias tengan mayor conocimientos de los hechos investigados, de manera que su testimonio sea de gran relevancia. 2) al empleador, la entrevista al empleador constituye un trámite esencial, debida esta importancia es que es el último trámite a realizar en la visita inspectiva, ya que se deben reunir todos los antecedentes e información previa para poder realizarla, esta debe constar en el acta de declaración y debe ser suscrita por el empleador, en caso de negativa del empleador a responder, esta debe constar de igual manera por escrito y ser firmada por este, dejando constancia de su derecho a un debido proceso administrativo garantizando la bilateralidad del proceso, y que no obstante este derecho, se niega a prestar testimonio.

- Revisión documental
- Inspección del lugar de trabajo y su entorno.

Entre otras diligencias que puede llevar a cabo. En caso que durante la investigación se percate de otra vulneración de derechos fundamentales, pero que afectan a otros trabajadores distintos a la denunciante, deberá efectuar la denuncia de oficio en cumplimiento del artículo 486 número 5 del código del trabajo. Si se percata la fiscalía que la vulneración de la que es víctima la trabajadora abarca más derechos que los establecidos en la denuncia, podrá de oficio ampliar la investigación.

En caso que la fiscalía descubra durante la investigación infracción a leyes del trabajo, que no constituyen vulneración de derechos fundamentales, no podrá cursar multa directamente, debe limitarse a realizar de oficio la denuncia ordinaria.

C) informe de fiscalización: concluida la etapa de investigación y reunidos todos los antecedentes requeridos por la fiscalía, se iniciará la tercera instancia de este procedimiento compuesta por **la elaboración del informe de fiscalización y por las conclusiones jurídicas.**

Elaboración del informe de fiscalización: durante el periodo de investigación, el equipo de fiscalía deberá reunirse periódicamente, para discutir el curso de la investigación, si las diligencias han sido producentes, si han logrado esclarecer los hechos, etc. Concluida la etapa de

investigación deberán elaborar el informe de fiscalización, será cargo del fiscalizador la redacción de este con la asistencia del abogado/a, para luego ser remitido a los abogados o abogado integrantes de la fiscalía, para luego ser incorporado al sistema informático. Este informe deberá contener los resultados de la fiscalización; los hechos denunciados y verificados en los que se apoya; los indicios deducidos de la fiscalización, su carácter de suficientes, así como los métodos y técnicas de fiscalización utilizados, teniendo como contenidos mínimos:

- 1) Identificar con toda claridad el contenido de la denuncia formulada, indicando los hechos y las garantías que se consideran vulneradas.
- 2) Identificación de la empresa, nombre o razón social, representante legal, domicilio, giro de la misma, número de trabajadores, existencia o no de organización sindical, de negociación colectiva y lugares en que se encuentra ubicada.
- 3) Descripción de la metodología utilizada en la fiscalización
- 4) Describir y pormenorizadamente los hechos, que normalmente serán indicios, y la forma por medio de la cual se constatan, precisando la fecha en que se realiza la investigación.
- 5) Indicar qué hechos contenidos en la denuncia no fueron posible constatar, precisando si fue por falta de medios para su acreditación o simplemente porque se verificó su no ocurrencia.
- 6) Señalar los descargos del empleador, los que deberán constar en un acta suscrita por el mismo, o en su defecto indicando que se negó a firmar o que se negó a entrevistarse con el fiscalizador. En este caso dejarlo citado formalmente para día y hora determinado a la oficina, con el objeto que formule sus descargos, lo que debe constar en acta de notificación. La inasistencia no será sancionada con multa y sólo deberá constar en acta que se levante al efecto.
- 7) Considerar todo otro elemento probatorio de los hechos denunciados.
- 8) Conclusión final que da cuenta en forma sintética sobre la acreditación o no de los hechos denunciados.

Conclusiones jurídicas: una vez finalizado el informe de la fiscalización, el abogado(a) a cargo de la fiscalía, ponderara el resultado del informe, estableciendo en una minuta detalla las siguientes resoluciones: 1) Que **NO** hay indicios o hechos suficientes de vulneración de derechos fundamentales 2) Que **SÍ** hay indicios o hechos suficientes de vulneración de derechos fundamentales.

A continuación, tanto el informe de fiscalización como la minuta del abogado a cargo de la fiscalía se incorporarán al sistema informático, formando parte integrante del expediente administrativo de la denuncia. Ambos tramites luego de esta instancia deben ser visados por el coordinador/a Jurídico o el abogado/a Jefe de la Unidad de Fiscalía Regional de Derechos Fundamentales donde existiere, quien puede:

a) Rechazar a través del sistema, uno o ambos antecedentes, indicando los vicios formales que observe, y/o los errores en la calificación jurídica de los hechos investigados para su corrección, teniendo presente para ello los plazos existentes, utilizando para esto el Cronograma de Trabajo de la denuncia.

El rechazo del Informe de Fiscalización implicará que la denuncia asignada al Fiscalizador se encuentra pendiente. Deberá decretar expresamente las diligencias a realizar, reenviando los antecedentes a la fiscalía.

b) Aprobar las conclusiones de la fiscalía a través del sistema.

Si se concluye que los hechos investigados no dan lugar a la vulneración de derechos, deberá notificarse de esto tanto a la parte denunciante como a la denunciada y con esto concluye la intervención y labor de la fiscalía. En cambio, si se concluye que los hechos investigados, son constitutivos de vulneración de derechos fundamentales, debe proceder a efectuarse la mediación que exige la ley.

D)mediación: La ley 20.087, incorpora la mediación al sistema formal de resolución de conflictos laborales, el artículo 486 de código del trabajo dispone, en su inciso sexto:

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

Estableciendo este artículo y la ley 20.087 la mediación con un trámite obligatorio, previo a la denuncia judicial por vulneración de derechos fundamentales, que debe efectuarse por la inspección del trabajo.

La finalidad de esta mediación se encuentra expresamente establecida en la orden de servicio número 09: “agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas” y “obtener mediante los acuerdos a que arriben las partes involucradas, el restablecimiento íntegro del derecho afectado”⁶⁰.

Siempre el objetivo principal será obtener la reparación del derecho afectado y tendrá esta mediación como principio rector el consagrado en el inciso penúltimo del artículo 495 del código del trabajo el cual, que, a propósito de los requisitos de la sentencia, impone al tribunal la obligación, de, “...velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.”

Por ende, no puede aceptar acuerdos que conlleven que se mantenga la conducta que lesiono el derecho fundamental, en este caso la desigualdad en las remuneraciones, a modo ejemplar esta orden de servicio numero 09 establece posibles medidas reparatorias que se pueden acordar en la mediación.

POSIBLES MEDIDAS REPARATORIAS⁶¹ (sólo a modo ejemplar):

- Excusas públicas del empleador.

⁶⁰ Orden de servicio número 9 del 31 de diciembre del 2008, disponible en: https://www.dt.gob.cl/transparencia/Orden_de_Servicio_No_9_31.12.2008_DERECHO_FUNDAMENTAL.pdf

⁶¹ Orden de servicio número 9 del 31 de diciembre del 2008, disponible en: https://www.dt.gob.cl/transparencia/Orden_de_Servicio_No_9_31.12.2008_DERECHO_FUNDAMENTAL.pdf

- Reconocimiento expreso de haber vulnerado una o más garantías.
- Publicación en un medio de comunicación.
- Publicación en el sitio web de la empresa.
- Modificación del reglamento interno garantizando el respeto de las garantías.
- Realización de una capacitación a todos los ejecutivos de la empresa sobre el respeto a los derechos fundamentales de la empresa, impartido por una entidad responsable.
- Financiar la publicación de un manual sobre la misma materia.
- Instalar letreros en la empresa destacando el respeto a las garantías.

Téngase presente que es importante oír a la trabajadora cuyo derecho reclama para conocer sus propias expectativas reparatorias.

Procedimiento de mediación:

Citación y notificación a las partes: Concluidos los tramites anteriores, se debe designar a la persona del mediador, quien deberá reunirse con el abogado(a) a cargo de la investigación para recibir instrucciones, y estudiar todo el expediente de la denuncia administrativa respecto de la cual se realizará la mediación.

El abogado a cargo de la unidad de la fiscalía determinará el día y hora en que se realizará la mediación, notificando de este hecho a las partes (trabajadora denunciante y empleador), esta notificación debe cumplir todas las formalidades, respecto de la individualización del notificado, su domicilio y el objetivo de la misma, lo cual resulta determinante para el cumplimiento del requisito de procesabilidad que se exige a la denuncia de la Inspección.

En caso que alguna de las partes no comparezca, **no habrá multa.** Cuando hay circunstancia justificante o cuando con la debida antelación se justifica la no comparecencia, el mediador en acuerdo con el abogado (a) en jefe de la fiscalía, podrá fijar otro para la mediación.

En caso contrario se tendrá “sin acuerdo” en la mediación y se continuará con el desarrollo del procedimiento.

Plazo para efectuar la mediación: Este plazo será de 5 días hábiles contados desde el día siguiente a la última citación de mediación y excepcionalmente se podrá ampliar en 3 días mas con autorización de la fiscalía.

Reuniones de mediación: el mediador debe realizar reuniones con cada una de las partes intervinientes en el proceso, de forma separada, a estas reuniones pueden asistir también en compañía de sus abogados (a), en estas reuniones les comunicara los hechos conductuales que lesionaron el derecho fundamental de la trabajadora, las consecuencias jurídicas que esto puede tener, el objetivo de reparación integra de estos, los objetivos, alcances y pretensiones que contendría la denuncia judicial que podría formular la Inspección del Trabajo, en su función de defensa de los derechos de los trabajadores. Además, se debe informar a los participantes, el objetivo de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos.

Deberá instar que se celebren reuniones entre ambas partes intervinientes, que permitan avanzar en pos del objetivo definido en la ley, cual es, agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas, dentro de los plazos establecidos para llevarla a cabo.

Una vez concluidas estas reuniones el mediador debe elaborar el acta de mediación.

Acta de mediación: en esta acta consta los acuerdos suscrito entre el empleador y la trabajadora. El acta que formaliza el acuerdo, deberá consignar los siguientes contenidos mínimos:

1. Identificación de la Denuncia Administrativa, fecha y hora de la suscripción.
2. Identificación del Mediador y de los Asistentes.
3. Referencia a las Conclusiones Jurídicas.
4. Referencia a las reuniones conjuntas y separadas realizadas.
- 5.- Acuerdos y medidas reparatorias.

6.- Forma, plazo y responsable del cumplimiento del acuerdo.

7.- Efectos del incumplimiento.

8.- Señalar expresamente su mérito ejecutivo.

Acta final y tramites posteriores: concluida la actuación de mediación, con o sin acuerdo, el mediador deberá registrar de inmediato en el sistema informático (SIRELA), el acta final que da cuenta del o los acuerdos que corrigen las infracciones constatadas, estará sujeta a la visación previa del abogado/a que participó en la fiscalía y/o apoyó el proceso de mediación, de modo de garantizar que sus términos estén ajustados a la reparación íntegra que se requiere en cada caso.

Si el proceso de mediación concluye sin que se haya llegado a acuerdo, el acta final dejará constancia de tal resultado en el sistema informático (Sirela), el acta final de la mediación.

- Si el resultado del Proceso de Mediación fue con acuerdo, deberá registrarse en el sistema dicha situación, concluyendo con ello la labor de la Fiscalía.
- Si el resultado del Proceso de Mediación fue sin acuerdo, deberá registrarse en el sistema dicha situación, confeccionando la respectiva denuncia judicial ingresándola en el tribunal correspondiente.

En caso que la mediación concluye sin acuerdo o en los casos que concluyendo con acuerdo se produce el incumplimiento acarreado la caducidad del inciso final del artículo 486 del código del trabajo, se procederá a realizar la denuncia judicial.

3)Proceso de tutela laboral: concluida la etapa de denuncia ante la inspección del trabajo, se inicia el proceso de tutela laboral ante el juzgado del trabajado correspondiente.

Consagrado en la ley 20.087 y regulados en los artículos 485 a 495 inclusive del código del trabajo, este procedimiento se encuentra reservado exclusivamente a la vulneración de derechos fundamentales.

Requisitos para interponerse: Para poder recurrir al procedimiento de tutela laboral es necesario cumplir con los siguientes presupuestos.

- La vulneración de un derecho fundamental, de los consagrados en el artículo 485 del código del trabajo

- que el acto que dio lugar a la infracción se produjera durante la relación laboral

- que no se haya previamente interpuesto el recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la constitución política de la república, ya que no se pueden tramitar ambos de forma paralela.

- que se haya interpuesto la denuncia, ya que es la denuncia por vulneración de derecho fundamental lo que da inicio al procedimiento de tutela laboral, esta denuncia debe cumplir con los requisitos general del artículo 446 del código del trabajo y además debe contener según lo dispuesto en el 490 del código del trabajo: *“La denuncia deberá contener, además de los requisitos generales que establece el artículo 446, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente. En el caso que no los contenga, se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación.”*

- Esta denuncia debe ser presentada en tiempo oportuno, es decir no debe encontrar caducada la acción, el artículo 489 inciso segundo del código laboral establece: *“La denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contado desde la separación, el que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168.”* Este plazo debe ser interpretado en favor de la trabajadora y en este caso como se trata de una discriminación en las remuneraciones, que es de ejecución reiterada ya que se ejecuta todos los

meses, por lo cual nunca se ha agotado en su consecución, debe entenderse que este plazo de 60 días, comienza a correr desde que la trabajadora tomo conocimiento de la vulneración de su derecho fundamental a obtener igualdad en las remuneraciones.

Titulares de la acción: del artículo 486 del código del trabajo, se desprende que puede iniciar esta acción: - la trabajadora cuyo derecho a sido vulnerado

-El sindicato que la representa

-La inspección del trabajo emitiendo un oficio al tribunal

Tramitación: El procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales, se someterá a las reglas generales de procedimiento laboral, esto se desprende de tenor del artículo 491 del código del trabajo: *“Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3°.”*

No obstante someterse a las reglas generales del procedimiento laboral, este procedimiento en particular, cuenta con dos reglas especiales, consagradas en el código del trabajo en los artículos 492 y 493.

Regla especial del artículo 492 del código del trabajo: *“Artículo 492.- El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.”*

La facultad del juez de poder suspender los efectos del acto impugnado, solo se produce en este procedimiento, puede ejercer esta facultad cuando se cumplan los requisitos prescritos en el

artículo 492. Esta regla especial radica en la gravedad del daño causado al derecho que está siendo vulnerado,

Regla especial del artículo 493 del código del trabajo:” *Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”*

Tipifica una normal especial en cuanto a materia probatoria para este procedimiento, si bien han existido controversia, en cuanto al sentido en que debe entenderse esta disposición, ¿se trata de una modificación en materia probatoria? ¿queda exonerada la trabajadora de rendir prueba?

La respuesta es no, esta regla especial, no implica una modificación al onus probando (carga probatoria), porque establecer que se invierte la carga probatoria, sería establecer que a la trabajadora solo le bastaría alegar los hechos y al empleador probarlos. La regla del inciso primero del artículo 1698 del código civil *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas.”* Se mantiene en este procedimiento por lo cual esta regla especial no implica que la trabajadora queda exonerada de la carga probatoria.

En palabras del profesor José Luis Ugarte :” *Y explicada así, la regla del 493 C.Trab., no corresponde en sentido estricto a una regla de la etapa probatoria, sino a una regla de juicio, esto es, una regla que opera cuando el juez, al momento de dictar la sentencia, debe resolver quién debe soportar el costo del hecho que en el proceso no ha quedado plenamente acreditado, pero de cuya ocurrencia, por la presencia de indicios al respecto, se guarda razonable duda, en ese sentido, se trata de una regla legal de juicio que no opera, por tanto, ni en la etapa de aceptabilidad de la prueba –audiencia preparatoria– ni de la rendición o incorporación de la prueba –audiencia de juicio– sino que, en la etapa de la construcción de la sentencia por parte del juez, esto es, en el de la decisión judicial del fondo del asunto. De este modo, es perfectamente posible que no sea necesario aplicar la regla de juicio contenida en el artículo 493 C.Trab. Más precisamente, en dos casos opuestos: i) el trabajador logró la prueba del hecho lesivo mediante la aportación de prueba directa sobre el*

hecho; o ii) el empleador logró acreditar hechos constitutivos de una justificación objetiva y proporcionada de la conducta.”⁶²

Es decir que se trata de una regla de juicio, que puede tener aplicación o no en el juicio de tutela laboral, dependiendo de si se cumplen los presupuestos que exonere su aplicación o no, es decir dependerá del caso a caso.

Sentencia y sus efectos: Concluidas todas las etapas de este procedimiento judicial de tutela laboral, el juez procederá a dictar sentencia en base a lo expuesto durante la consecución del juicio, el artículo 495 del código del trabajo dispone el contenido que debe tener la sentencia: “La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

“1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;

2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;

3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y

4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.

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

Podrá resolver: 1) que ha lugar la demanda, estableciendo que se produjo la vulneración de derechos fundamentales y por lo cual se debe proceder a la reparación del daño causado a la víctima

⁶² Ugarte Cataldo, José Luis, revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, segundo semestre de 2009, disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/707/666>

y el cese inmediato del acto que lo produce (y todas las medidas que estime necesarias para conseguir esta reparación y que no vuelva a ocurrir). 2) que no ha lugar la demanda y que no se constituye la vulneración de derechos fundamental, ya que no se ha demostrado la concurrencia de todos los elementos.

Respecto a la discriminación salarial por razón de sexo, se debe entender que la reparación se consigue ¿solo modificando la remuneración de la trabajadora equiparándola con las de los hombres que desempeñan sus mismas funciones?, ¿o también requiere la compensación por todos los años que recibió menor remuneración por discriminación? Se ha establecido que la reparación debe ser íntegra, pero en cuanto a la extensión de esta, se debe estar al caso a caso.

2) Jurisprudencia

2.1) Sentencia nº T-16-2017 de Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 16 de Agosto de 2017⁶³

Extracto de los hechos:

- A) El presidente del sindicato distribución, logística y servicios limitada, denunció a su empleador ante la Inspección del Trabajo Maipo San Bernardo por discriminación por sexo en material de remuneraciones, la que afectaría a dos trabajadoras, quienes recibirían menor remuneración que trabajadores de sexo masculino que tienen el mismo cargo y funciones.
- B) Se procede a conformar la fiscalía y dar curso a la investigación realizando las entrevistas a los trabajadores de la empresa y al empleador. Respecto a los trabajadores respecto a los cuales existe la diferencia salarial declararon en la entrevista: “que ambos tienen el cargo de Administrativo Centro de Distribución, son del área de transporte y cumplen las mismas funciones, “dando soporte al transporte, dar referencias de domicilios, deben hacer la distribución de comunas para realizar los despachos y ver a que transporte le corresponde

⁶³ Sentencia nº T-16-2017 de Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 16 de Agosto de 2017, disponible en: https://app-vlex-com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdictions:CL+content_type:2/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/WW/vid/698196937

hacer el despacho según la comuna, monitorear los reportes de los transportes, planifican las rutas de despachos con ruta especial, además de enviar a gerencia un reporte de Correos de Chile para ver la cantidad de transportes realizados” ; agregaron que uno reemplaza al otro si se ausenta, que tienen la misma carga laboral y el mismo nivel de responsabilidades.”

- C) El empleador intentó justificar la situación, acompañando un documento denominado “Banda Salarial Dilos Ltda.” donde se establece que los trabajadores en cuestión corresponden al Nivel 6, con remuneración mínima de \$390.110 y máxima de \$650.184, que según M.V., Jefa de Recursos Humanos, se basa en el “Total Haberes Comparable”, compuesta por sueldo base, gratificación, bono fijo y asignaciones de colación y movilización, sin dar cuenta de “por qué es que cada trabajador, en particular recibe un distinto sueldo base”. Esta situación irregular ya había sido manifestada, por el sindicato al empleador previamente.
- D) Se dio transcurso a la investigación y se determinó que efectivamente, eran hechos constitutivos de la vulneración del derecho fundamental de las trabajadoras de igualdad en las remuneraciones, se procedió a la mediación correspondiente la cual no logro acuerdo.
- E) En cumplimiento de sus funciones procede a interponer la denuncia para dar inicio al procedimiento de tutela laboral ante tribunales labores. Se da curso al procedimiento en que demandantes exhiben como prueba: contratos de trabajo, convenio de negociación colectiva, informe de fiscalización, reglamento interno de la empresa,etc.
- F) La demandada, alega que se rechace en su totalidad la demanda con costas alegando error en el informa de la fiscalización y que la entrevista a trabajadores fue sesgada por parte de la fiscalía y que la diferencia salarial se debe a criterios objetivos y no hay una conducta discriminatoria ni antijurídica. Exhibiendo la “BANDA SALARIAL”, instrumento que fija los montos mínimos, máximos y medios dentro de los cuales se establecen las remuneraciones de los trabajadores para los distintos niveles y tipos de cargo. Destaca que tales montos se fijan respecto al “Total Haberes Comparables” o THC, que incluye Sueldo Base, Gratificación, Colación, Movilización y Bono Fijo, y que la empresa consta con una política

de movilidad por lo cual la diferencia en los cargos conlleva una diferencia en las remuneraciones

- G) Se estableció que la empleadora no logro demostrar que la diferencia salarial se debía a criterios objetivos y lógicos, ya que este instrumento de banda salarial, no logra justificar la diferencia salarial, ni los cambios y asimetrías en el sueldo base y respecto a los trabajadores que testificados dijeron no conocer la existencia de este instrumento. De igual manera la política de movilidad no logra justificar la manifiesta diferencia en el sueldo base y en la remuneración total entre trabajadoras y trabajadores que ejercen igual función en mismas condiciones.

Se resuelve:

Por las consideraciones precedentes y visto lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 7, 62 bis, 420 y siguientes, 451, 453, 454, 485 y siguientes del Código del Trabajo

1)Que se acoge la denuncia de vulneración de derechos fundamentales y se declara que la denunciada ha ejecutado actos de discriminación por sexo.

2)Que la denunciada deberá cumplir los siguientes actos de cese de vulneración:

-Igualar las remuneraciones de los trabajadores en cuanto al sueldo base que perciben, i

-Compensar las remuneraciones (ya ordenado y cumplido como cautelar).

-Efectuar una capacitación en materia de derechos fundamentales, con énfasis en la no discriminación e igualdad en materia de remuneraciones entre hombres y mujeres, ejecutada por un profesor titular de cátedra de derecho del trabajo de alguna universidad perteneciente al Consejo de Rectores o de las universidades D.P., Central, A.H. o A.I., de al menos dos horas pedagógicas,

condena en costas a la denunciada, las que se regulan en la suma de \$500.000 (quinientos mil pesos).

Capítulo 4 “Problemática nacional y propuesta de reforma”

Expuesta ya en los capítulos anteriores la normativa nacional establecida para combatir y erradicar la discriminación salarial por razones de género, y comparada con la legislación española en el mismo ámbito, se pueden vislumbrar las siguientes falencias a su propósito.

1) críticas a la normativa nacional:

A) el difuso rol de tutela respecto a la discriminación salarial del ordenamiento jurídico. La no discriminación en las remuneraciones es un derecho fundamental de la trabajadora amparado por la tutela del estado, pero se entrega a esta la labor inicial de solucionar directamente ella con el empleador la situación de discriminación, el artículo 154 del código del trabajo establece que la trabajadora deberá iniciar el procedimiento interno establecido por el mismo empleador con el objeto de solicitarle que le pague por concepto de trabajo de igual valor lo mismo que a los trabajadores hombres, ósea ¿la víctima debe pedir que no la discriminen a quien ejerce estos actos? ¿acaso esta norma descansa sobre la base que el empleador no se dio cuenta que le pagaba menos solo por el hecho de ser mujer?, la tutela debe estar desde el momento inicial no entregarle la labor a ella de buscar el reparo por sus propias vías.

B) poca celeridad del procedimiento de denuncia, ya que se establece una serie de etapas para poder recién iniciar la intervención de los tribunales laborales, debe someterse al procedimiento a la interna de la empresa, al procedimiento administrado a cargo de la inspección del trabajo, a una mediación entre su empleador y ella, para luego de todas esas etapas recién que se active la labor jurisdiccional a través del proceso de tutela laboral. La extensión de este procedimiento provoca que sean pocas las trabajadoras que decidan recurrir a él.

C) la falta de facultades disciplinarias de la inspección del trabajo ante la denuncia de discriminación salarial, solo está limitada a realizar investigación de los hechos y efectuar una mediación entre las partes, no tiene funciones resolutorias ni sancionatorias. lo que conlleva a que el proceso sea mucho las largo, para poder obtener el reparo del perjuicio

D) no hay derecho de indemnidad para la trabajadora desde la etapa inicial, solo está consagrado para el procedimiento de tutela laboral, es decir la última instancia en la que deben concurrir todos los tramites anteriores y tampoco se le hace extensivo el reintegro en caso de despido por represalias.

E) Se establece cuotas de género, pero solo en el sentido sustantivo de números, no se ataca al problema estructural ni de fondo, que es erradicar la discriminación y lograr que la contratación del trabajador no sea su sexo lo que sea determinante, que se produzca tal igualdad que para el empleador no sea posible distinguir si está contratando un hombre o una mujer.

F) la etapa pre ocupacional, no se encuentra regulada, situaciones como la entrevista de trabajador en que se produce frecuentemente la discriminación en el acceso al trabajo por ser mujer, carece de consagración y regulación, entregada al arbitrio de empleadores, cuando cada etapa del trabajo debe ser regulada por el ordenamiento jurídico, no solo las que se encuentran amparadas por un contrato de trabajo.

G) el rol de crianza es de cargo exclusivo de la trabajadora progenitora, de manera que los perjuicios en materia de seguridad social, son de padecimiento exclusivo de ella, al igual que los permisos de maternidad, derecho a sala cuna, etc. Manteniendo una de las bases sociológicas de la discriminación contra la trabajadora que es, que el rol de la maternidad y crianza es exclusivo de ella.

El último año nuestro país vivió un proceso social que ha marcado nuestra historia, la explosión de años de sometimiento y luchas históricas por la reivindicación de derechos sociales, tuvieron su catarsis en la sociedad chilena, de manera que, a nivel político-social, decanto en un plebiscito en que se aprobó por amplia mayoría el hecho de reformar la constitución de 1980.

El derecho laboral ha sido una de las materias respecto a la cual más se han manifestado los ciudadanos, bajo la premisa de justicia, mejores sueldos, mayor protección para los trabajadores, mayor protección a la libertad sindical y sobre todo igual para las trabajadoras.

Una constitución con perspectiva de género, es una de la propuesta que se plantean para erradicar toda manifestación de violencia y discriminación contra la mujer, pero ¿en qué términos debe efectuarse esta? Y ¿bastara solo una modificación para lograr este cometido?

2) Propuesta de modificaciones:

2.1) Etapa pre ocupacional: Es necesario una consagración y regulación de esta etapa de la relación laboral, que ha sido olvidada por nuestro ordenamiento jurídico.

Esta etapa puede conllevar discriminaciones y una de ellas es la que padece la mujer en el acceso al trabajo, por lo cual se deben prohibir en las entrevistas de trabajo cualquier tipo de pregunta que aluda a la condición de mujer de la trabajadora, y represente discriminación; ejemplo de ello seria las preguntas alusivas a los derechos reproductivos de las mujeres ¿está usted tomando algún tipo de anticonceptivo? ¿tiene planes ustedes de ser madre prontamente? ¿tiene usted pareja estable.?

Reglar la entrevista de trabajo para evitar una diferencia discriminatoria basada en el género, para poder conseguir esta regulación que debe estar tipificada en la ley y ser fiscalizada su cumplimiento por la dirección del trabajo. Es necesario que se efectué una distinción entre las empresas donde el empleador es el estado y empresas donde el empleador es un entre privado.

A) empresas donde el estado es el empleador: el cuestionario de la entrevista de trabajo, debe ser público, y entregarse una copia de el a la inspección del trabajo correspondiente, dicho cuestionario no puede contener preguntas alusivas al género del trabajador, ni ninguna que configure una discriminación laboral contra la mujer. De manera que si se genera el incumplimiento de esta futura normativa conlleva una multa para la empresa.

Este cuestionario podrá ser actualizado anualmente y debe ser incorporado tanto en la inspección del trabajo como en el reglamento interno de la empresa. Un dictamen de la dirección del trabajo establecerá los criterios y el sentido y alcance en que una pregunta se configura como discriminatoria.

B) Empresas donde un ente privado es el empleador: No será necesario el carácter público ni el depósito del cuestionario en la inspección del trabajo, pero el cuestionario de entrevista de trabajo debe ser incorporado al reglamento interno de la empresa, y la trabajadora que acuda a la entrevista de trabajo tendrá derecho a que se le entregue una copia de este si lo solicita. Debe dar cumplimiento a la consagración legal y no incurrir en estas prácticas de discriminación so pena de sufrir multas, la denuncia debe ser efectuada ante la inspección del trabajo y esta tendrá el rol fiscalizador, pudiendo en sus visitas solicitar que se le exhiba dentro del reglamento el cuestionario de entrevista de trabajo, (estos pueden ser diferenciados según el cargo al que se postula.)

El criterio para la determinación de las preguntas si configuran discriminación o no será el mismo tanto en las empresas del estado como de privados.

2.2) Etapa ocupacional: las modificaciones que debe sufrir la normativa nacional respecto a la discriminación salarial por razones de género deben ser las siguientes:

A) Se debe consagrar el derecho de indemnidad no solo para el procedimiento de tutela laboral incorporado por la ley 20.087, en caso de vulneración de derechos fundamentales, este derecho de indemnidad debe extender a la denuncia que la trabajadora realice en la inspección del trabajo por discriminación salarial por razones de sexo, desde ese momento se entiende esta investida por este derecho.

B) En caso de despido injustificado de la trabajadora, como represalia por haber denunciado la discriminación en sus remuneraciones, ella debe tener un derecho a opción, entre el reintegro a la empresa (se le debe hacer extensivo el reintegro a la empresa que en nuestro ordenamiento jurídico solo se encuentra establecido para el caso de represalias por ejercer la libertad sindical) o la indemnización de perjuicios.

C) Modificación a la aplicación procedimental de la ley 20.384: Se debe suprimir del artículo 154 del código del trabajo el procedimiento interno que debe iniciar la trabajadora ante el empleador que está ejerciendo la conducta discriminatoria. Carece de sentido que ella deba iniciar un procedimiento ante quien ejerce la discriminación solicitando que no discrimine y le pague lo mismo que a los trabajadores hombres que ejercen un trabajo de igual valor, por lo cual esta primera etapa

ante el empleador debe derogarse, ya que corresponde una verdadera tutela y protección a la trabajadora, la inspección del trabajo debe intervenir directamente, una vez realizada la denuncia por discriminación en la remuneración.

D) la mediación contemplada para el procedimiento administrativo que inicia la inspección del trabajo debe tener el carácter de voluntaria y no obligatoria, de manera que la trabajadora pueda decidir si quiere someterse a una mediación con su empleador o no.

E) Se requiere de mayor celeridad en este procedimiento, porque para que se produzca la intervención de los tribunales labores se requiere que concluya todo el procedimiento administrativo de la inspección del trabajo y recién se oficia al juzgado de letras del trabajo correspondiente, por lo cual se le deben conferir facultades sancionatorias a la inspección del trabajo de manera que pueda cursar multas y ordenar la modificación de las remuneraciones

F) el concepto de trabajo de igual valor debe estar consagrado en términos idénticos al convenio C-100, y entendiendo que para erradicar esta discriminación no solo se requiere de una normativa enfocada en esto si no un cambio en el paradigma de la sociedad, que se consagren incentivos a las empresas que den expreso cumplimiento a la igualdad entre trabajadores y trabajadoras, como rebajas de multas, rebajas de ciertos impuestos, etc. De manera que se vaya instaurando como un acto natural y no obligatorio.

G) la carga de la crianza debe ser compartida entre ambos progenitores trabajadores, de manera que las lagunas y descuentos generados en materia de seguridad social sean padecidos por partes iguales por ambos progenitores, permisos para ausentarse del trabajo, derecho a sala cuna, etc. De manera que se genere para el empleador un indistinto de si está contratando un trabajador o trabajadora

H) Paridad y nueva constitución, en las empresas en que el estado sea el empleador se requiere una paridad en cuanto a los cargos de mayor rango y una paridad transitoria en los demás empleos de manera que parta como un fomento a incorporar a la mujer a la estructura de la empresa, y la obligatoriedad de esta será transitoria.

Conclusión

Dentro del análisis jurídico y práctico del rol de tutela de nuestro ordenamiento jurídico y en específico el de la ley 20.348 respecto a los actos de discriminación salarial por razones de sexo contra la trabajadora y en consideración a la comparación efectuada con el sistema jurídico español compuesto por su vasta normativa y jurisprudencia, y al tratamiento que la comunidad internacional ha dado a la discriminación laboral contra la mujer: en Chile no se cumple el rol de tutela respecto a la discriminación salarial por razones de sexo ni respecto a la discriminación de género en la etapa pre ocupacional, por los siguientes motivos:

I) Respecto a la etapa pre ocupacional, esta carece de regulación, no existe respecto a ella una verdadera legislación con fines de erradicar la discriminación de género en esta etapa. Respecto al acceso al trabajo nuestra legislación se ha limitado a establecer algunas cuotas de género en algunas instituciones del derecho laboral, para asegurar la participación de las mujeres, pero eso no alude al verdadero problema de fondo, por consiguiente, no se cumple el rol de tutela, porque ni siquiera existe una norma expresa en esta materia.

II) El rol de la comunidad internacional ha sido fundamental, tanto en los tratados internacionales como en la doctrina de los académicos de distintas naciones, ya que no solo se ha logrado establecer un concepto de discriminación, discriminación de género, discriminación laboral, etc. Sino que consagran principios que los estados deben instaurar en sus ordenamientos jurídicos que son el principio de no discriminación y el principio de igualdad, sobre ellos descansa un estado de derecho en que uno de sus fines es eliminar toda forma de discriminación. Chile debe dar cumplimiento al haber suscrito y ratificado los tratados internacionales relativos a esta materia, como se trata en el capítulo 1 de esta investigación.

III) La normativa nacional es muy genérica respecto a regular los actos de discriminación laboral por razones de sexo, la ley 20348 es de escaso cuerpo normativo, contando solo con 2 artículos, lo que genera que todo el trabajo de interpretación, vacíos legales, etc., sea tarea de la dirección del trabajo, de manera que la ley solo contiene las ideas generales y este

organismo debe intentar regular a través de sus resoluciones lo faltante. Es to genera una falta de celeridad en el progreso de nuestra legislación, en el análisis realizado en el capítulo 2 al sistema jurídico español, se vislumbran las falencias del sistema chileno y la falta de una verdadera tutela laboral. Comparativamente España posea una normativa conjunta que descansa sobre la base que la discriminación laboral contra la mujer es un hecho que ocurre en la relación laboral, por lo cual poseen leyes acabadas que regulan cada una de las hipótesis a que se puede ver expuesta la trabajadora. La tutela laboral es de cargo del estado, este debe iniciar su acción para brindar protección y asegurar la reparación del daño a la trabajadora, esta premisa queda de manifiesto en esta legislación, consagrando el derecho de indemnidad desde el primero momento a la afectada, reconocer que las labores de crianza no son equitativas entre trabajador y trabajadora, pero que las leyes están vistas de generar el mayor plano de igualdad posible, la importancia de conciliar las labores de vida privada y trabajo. Su legislación está en una constante evolución para lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, prueba de ello es que ya poseen una ley que regula la discriminación de la mujer en el teletrabajo. Por consiguiente, falta de celeridad, falta de leyes que regulen de forma específica todas las aristas de esta problemática, falta de un rol de tutela en que la protección y reparación del daño sea del estado y no de la trabajadora, falta de un enfoque directo al problema, ya que las cuotas de mujeres en ciertos aspectos de la vida laboral, no solucionan el problema de raíz, son solo algunas de las falencias de nuestra legislación al compararla con la española.

IV) En el capítulo 3 de esta investigación se expone el procedimiento al que debe acudir la trabajadora víctima de remuneraciones distintas por trabajo de igual valor, este procedimiento es la prueba de que el rol de tutela en nuestro sistema normativo no se está cumplimiento correctamente porque la primera etapa es de este procedimiento, es que la trabajadora acuda ante su empleador mediante un procedimiento establecido por este, para pedir que se subsane la situaciones de discriminación, y lo hace sin derecho de indemnidad, ¿este procedimiento descansa bajo la premisa de que el empleador no se da cuenta que está discriminando? ¿ que las remuneraciones de sus trabajadores que realizan un trabajo

de igual valor son distintas y la única diferencia entre ellos es que uno es hombre y el otro mujer, pero cuando la trabajadora lo solicite no hará más esa práctica?, si hacemos un símil a otra rama del derecho seria pedirle a la víctima del delito de hurto, que se acerque a quien cometió el ilícito y le informe que está mal lo que hizo y que por favor le devuelva lo que le hurto. Suena poco lógico, es más el procedimiento de tutela de derechos fundamentales incorporado por la ley 20.087, es la última instancia a la que puede acudir la trabajadora, luego de un largo proceso ante su empleador, ante la inspección del trabajo, pero ¿porque este derecho fundamental tiene un trato distinto?, en la práctica no se cumple el rol de tutela.

No basta con la idea de legislar, se requiere entender que este tipo de discriminación no solo responde a un problema jurídico, sino social, es por ello que se necesita leyes que regulen a cabalidad los actos de discriminación laboral contra la mujer, que consagren una verdadera tutela laboral. La igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor tiene rango de derecho fundamental, por lo cual se le debe otorgar la misma protección y regulación que a los otros derechos fundamentales.

Entregar a la dirección del trabajo, el suplir lo no previsto en la ley, sus problemas de interpretación, es no dar cumplimiento a la función que debe tener las leyes que regulan estas materias, se requiere derecho de indemnidad desde la primera instancia, suprimir la etapa ante el empleador, no establecer el procedimiento de tutela laboral como la ultima instancia.

Las mujeres en el mundo laboral no somos una minoría débil que requiera protección, si no que un sector de la población que por mucho tiempo fue invisibilizado en esta área, pero se requiere de leyes y procedimientos que permitan una transacción entre la realidad que existe y la que se espera lograr en que ser trabajadora o trabajador sea indistinto.

Referencias bibliográficas

- 1) Caamaño Rojo, Eduardo, “ la tutela del derecho a la no discriminación por razón de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, En: *revista de derecho* en línea , universidad austral de chile 2001, disponible en <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art02.pdf>
- 2) Carta de las naciones unidas 1945, disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>
- 3) Castro Castro, José Francisco, “ discriminación en las relaciones laborales” boletín de la dirección del trabajo n°146, 2001, disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-65173_recurso_1.pdf
- 4) CHILE, “Constitución política de la república”, Santiago, Editorial jurídica.2005, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>
- 5) CHILE, “Código del trabajo”, Santiago, Editorial jurídica, última modificación 2020 disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>
- 6) CHILE, Ley 20348 “Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, Santiago año 2009, disponible en [://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1003601](http://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1003601)
- 7) CHILE, Ley 20609 “Establece medidas contra la discriminación”, Santiago, año 2012 disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092
- 8) Convenio sobre igualdad de las remuneraciones de la Organización Internacional del Trabajo, número 100, 1951, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312245
- 9) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) número 111, 1958 disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312256
- 10) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

- 11) De la rica, Sara., y Denia cuesta, Alfonsa. "Mujeres y mercado laboral en España", editorial fundaciónBBVA, pag188, disponible: <https://ebookcentral.proquest.com.dti.sibucsc.cl/lib/sibucsc/clsp/detail.action?docID=4422196&query=cuatro+estudios+sobre+la+discriminacion+>
- 12) ESPAÑA, Constitución española de 1978, Madrid, disponible en <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- 13) ESPAÑA, Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, 2007 disponible en https://appvlex.com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdiction:ES+content_type:9/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/WW/vid/80729504
- 14) ESPAÑA, Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y su reforma al estatuto de los trabajadores, 2019, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>
- 15) ESPAÑA, Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, 2020, disponible: https://appvlex.com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdiction:ES+content_type:9/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/WW/vid/849509638
- 16) ESPAÑA, Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombre, 2020, disponible com.dti.sibucsc.cl/#search/jurisdiction:ES+content_type:9/discriminacion+salarial+por+razon+de+sexo/p2/WW/vid/850297918
- 17) Gamonal, Sergio, " La lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad", en Revista Laboral Chilena pag 69, agosto del 2001 <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art02.pdf>
- 18) Kurczyn, Villalobos, Patricia. "Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo," editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2004.pag212 disponible <http://ebookcentral.proquest.com/lib/sibucsc/clsp/detail.action?docID=3190588>.
- 19) Real academia española, disponible en: <https://dle.rae.es/discriminar>

- 20) Rodríguez, Zepeda, Jesús. "Definición y concepto de la no discriminación", editorial Red el Cotidiano, 2006, .pag29, disponible: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/sibucscslsp/detail.action?docID=3167641>
- 21) Rivas, Fernanda, y Rossi, Máximo. "Discriminación salarial en Uruguay (1991-1997)", editorial, Clacso, 2010. pag21, disponible: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/sibucscslsp/detail.action?docID=3189326>
- 22) Ugarte Cataldo, José Luis, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba" revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, segundo semestre de 2009, disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/707/666>

: