

MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO RESGUARDANDO EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS REMUNERACIONES

BOLETÍN N° 4356-13

I.- Introducción:

El principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres goza de una larga historia de reconocimiento jurídico a nivel supranacional. Este principio fue reconocido por primera vez en un tratado internacional, en la parte octava del Tratado de Paz de Versalles, de fecha 28 de junio de 1919. Posteriormente, tuvo un especial reconocimiento en el Preámbulo del Tratado que constituyó la Organización Internacional del Trabajo en el año 1940 y de ahí en adelante ha sido reiteradamente reconocido en una serie de pactos y convenciones internacionales, entre los que destacan: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948; el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de junio de 1951, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de fecha 19 de diciembre de 1966.

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

II.- Discriminación en cifras:

Numerosos estudios muestran la discriminación laboral entre hombres y mujeres y específicamente en sus remuneraciones.

En ella se advierte que las mujeres perciben, en promedio, un 75,1% del ingreso de los hombres. 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.¹ La encuesta refleja, asimismo, que en algunos sectores de la economía, la relación de porcentaje de ingreso es menor, como ocurre en el comercio y los servicios de utilidad pública en que sólo llega a un 55,2% y 61,5%, respectivamente.²

¹ CAAMANO ROJO, Eduardo. **LA TUTELA DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO DURANTE LA VIGENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL.** *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. jul. 2003, Vol. 14 [citado 18 Junio 2006], pp. 25-41. Disponible en la World Wide Web: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100002&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950

Con respecto a la variable etárea no existen estudios que permitan llegar a tener una visión global de la discriminación en las remuneraciones. No obstante, la **Investigación "Jornada de Trabajo en el Sector Comercio"**, realizada por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, muestra que en el caso de los hombres el promedio de ingreso de los menores de 30 años es de \$187.051 y en los mayores de esa edad alcanza a \$271.503.

Chile presenta leves avances en políticas contra la discriminación en materia de remuneración de la mujer, destacó un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La tasa de participación femenina en el mundo laboral crece sostenidamente, pero persisten problemas discriminatorios

La razón principal de la disparidad de ingresos estaría provocada por el inferior capital humano de la mujer y las trayectorias intermitentes de su carrera profesional, sin embargo, la disparidad de género en la educación se reduce y en muchos casos la escolaridad de mujeres supera la de los hombres.

En general todos los países a nivel mundial consignan adelantos en materias de ingresos de las mujeres comparados a los de los hombres. En América Latina los mayores avances tuvieron lugar en Paraguay, con un 19% de mejoramiento; Colombia, con 14%; y en niveles más modestos figuran Chile, con 5%, y Ecuador con 1%, según el **informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): "La hora de la igualdad en el trabajo"**.

Sin embargo, el análisis entrega un minucioso detalle de las situación de discriminación que aún perdura, pese a que las mujeres representan cerca del 45% de los trabajadores de comercio y el 49% en el ámbito profesional y técnico.

En consideraciones de carácter global sobre las causas de esta situación, el informe de la OIT puntualiza que se estima como factor determinante de las desigualdades de remuneración por razón de sexo, la restricción o la prohibición legal (en algunos países) de que la mujer trabaje en horas extraordinarias o con horario nocturno.

Otro factor está relacionado con la idea que la contratación de mujeres implica un costo alto.

En estos costos –de acuerdo con el estudio- se incluyen las prestaciones de protección de la maternidad; el ausentismo supuestamente mayor de las mujeres; su menor disposición para trabajar horas extra; su compromiso e interés menores para con el trabajo y una movilidad más restringida en relación con la de los hombres.

² Estudio INE entre Octubre y Diciembre de 1999, a través de la Encuesta Suplementaria de Ingresos

Sin embargo en una visión más allá de estos argumentos, el estudio indica que la discriminación de la mujer en el ámbito laboral pasa asimismo por una “falta general de comprensión de la diferencia entre los conceptos igual remuneración por trabajos iguales o similares, e igual remuneración por trabajos de igual valor”.

Estos elementos constituyen factores negativos “que perpetúan de alguna forma la desigualdad en materia de remuneración”. Incluso -agrega el documento- las tasas salariales y las escalas de sueldos desiguales, una vez establecidas, pueden aplicarse para desfavorecer los niveles de ingresos de las mujeres.

III.- El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo:

El Convenio Nr. 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de fecha 25 de junio de 1958, ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971, especifica la noción de discriminación en el desarrollo de un trabajo subordinado, señalando en su artículo 1 que ésta 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”.³

Esta definición es importante, pues en ella se aclara que, para estar comprendida dentro de los términos del Convenio, la discriminación debe tener la consecuencia de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato. No se trata tan sólo de evitar la discriminación a fin de garantizar a todas las personas la posibilidad de obtener empleo, sino también evitar las dificultades que pudieran afectar a los trabajadores para obtener un empleo mejor o ascender a otro de jerarquía superior. ***Se adopta, por lo tanto, como criterio las consecuencias objetivas de las medidas discriminatorias, situación que permite afirmar que las discriminaciones indirectas y fenómenos tales como la segregación profesional están dentro del ámbito de aplicación del Convenio.***

IV.- Derecho chileno.

1.- No discriminación laboral en la Constitución:

³ CAAMANO ROJO, Eduardo. **LA TUTELA DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO DURANTE LA VIGENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL.** *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. jul. 2003, Vol. 14 [citado 18 Junio 2006], pp. 25-41. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950

En términos generales, son tres las normas constitucionales que fijan el marco a partir del cual se estructura el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en Chile. En primer lugar, debe hacerse referencia al artículo 1º de la Constitución, con el que comienza el capítulo de las Bases de la Institucionalidad, el cual dispone que: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” Esta norma es indudablemente de gran importancia, puesto que fija una línea conductora sobre la materia al establecer un concepto prescriptivo de la persona, como ser libre e igual.⁹ Por su parte, el mismo artículo 1º en su inciso final establece el deber del Estado de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. En segundo lugar, corresponde citar el artículo 19 Nr. 2 de la Constitución, el cual, dentro del capítulo referido a los derechos y deberes constitucionales, asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados, no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley (inciso 1). Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (inciso 2)”.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que el principio de igualdad no precisa qué es lo que es igual, sino que va directamente al resultado, es decir, lo que es igual debe ser tratado igual, a contrario sensu, lo que no es igual puede ser tratado desigualmente. De este modo, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.¹¹

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

“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”. Como señala Costa,¹² del tenor de este precepto se pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre la prohibición de discriminación y el derecho a la libertad de trabajo, pues esta prohibición aparece como una clara protección de aquella libertad. Por otra parte, cabe destacar que el artículo 19 Nr. 16 inciso 3 de la Constitución particulariza el principio de igualdad del artículo 19 Nr. 2 en materia laboral. Como señalan acertadamente Lizama y Ugarte, pese a su ubicación en la geografía constitucional, dentro del numerando 16 del artículo 19, no cabe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio jurídico de igualdad (artículo 19 Nr. 2), cuya incorporación en el citado número de la libertad de trabajo se explica más bien por la materia que, en rigor, por su contenido. De

esta manera, el numeral 16 fija una regla fundamental, toda vez que le otorga rango constitucional al principio de no discriminación en materia laboral y, por lo tanto, todas las normas de nuestro sistema jurídico deben ajustarse a esta disposición, sin perjuicio que, además, considera a la discriminación laboral como un ilícito a nivel constitucional. Asimismo, el artículo 19 Nr. 16 amplía el alcance de esta prohibición de discriminación al extenderla no sólo a la ley y a las autoridades públicas, sino que también a los particulares, lo que es naturalmente propio de las relaciones jurídicas a que da lugar el trabajo subordinado. Finalmente, debe destacarse que el constituyente ha entendido ampliamente el derecho a la no discriminación, lo que se manifiesta en la circunstancia de no haber introducido una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, con bastante acierto, cualquier motivo o criterio que no se base en la capacidad o idoneidad personal, esto es, prohíbe cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable, sin perjuicio de que la ley pueda exigir, en determinados casos, la nacionalidad chilena o ciertos límites de edad. De esta manera, el constituyente nacional ha dado un paso adelante frente al método seguido por el Convenio 111 de la OIT y por otros instrumentos internacionales, en los que la prohibición de discriminación va estrechamente asociada a la enunciación explícita de criterios de diferenciación prohibidos, tales como la religión, el sexo o la raza.

Debemos recordar que nuestro país ha ratificado el Convenio N° 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración, de 1951, por lo que, considerando lo dispuesto por el artículo 5° de la Constitución y lo recién expuesto, no cabe duda sobre el reconocimiento y obligatoriedad de este principio y de la necesidad de concretar más profundamente en la práctica las obligaciones que la ratificación de este instrumento internacional conlleva.

2.- *No discriminación en el Código del Trabajo:*

El artículo 2 del Código del Trabajo en su nueva redacción –luego de las últimas modificaciones legales– concretiza la prohibición de discriminación en el trabajo consagrada en la Constitución Política y declara, en su inciso 2, que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. A continuación, el inciso 3 define los *actos de discriminación* como aquellas “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, **sexo**, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato” en el ámbito laboral. Pero esta redacción no ha solucionado el problema ni solucionado las cifras, que revelan la desigualdad.

En el fondo, creemos que se requiere el reconocimiento expreso de este derecho.

Este derecho consagrado en la legislación internacional, y nacional en sus ámbitos constitucional y legal, se encuentra carente de garantías efectivas, concebidas como dispositivos jurídicos efectivos para corregir tal discriminación.

Esta situación genera claramente una desprotección, falta de tutela, o más bien, la impunidad del discriminador laboral por género. Tenemos un derecho sin dispositivo jurídico de protección, y al decir de un antiguo jurista, “un derecho sin tutela es un hazmerreír jurídico”.

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

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

Asimismo, se establece la obligación del empleador de informar acerca de los cargos y números de personas que los desempeñan, a efectos de facilitar la prueba de las denuncias e infracciones.

Por lo tanto , venimos en presentar el siguiente proyecto de ley:

Agrégase el nuevo Artículo 62 bis del Código del Trabajo:

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

Para estos efectos, todo empleador con cinco o más trabajadores deberá mantener un registro escrito que consigne los diversos cargos o funciones ejercidos por sus trabajadores, designando el número de personas que los desempeñan y señalando los nombres de quienes actualmente los ejercen.

Este registro estará a disposición de cualquiera de sus trabajadores y del inspector del trabajo competente. “