

Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones

Hugo Fábrega Vega

Departamento de Derecho de la Empresa

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Dora Yáñez Terán

Abogado

I. Introducción

El pasado 19 de junio de 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.348, que resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones, en virtud de la cual se incorpora al Código del Trabajo el artículo 62 bis, entre otras normas, y establece el **principio de igualdad de remuneraciones entre hombre y mujer**, o dicho de otra forma, la nueva normativa donde los hombres y mujeres a igual trabajo tendrán igual remuneración.

Diferentes estudios han reflejado que las mujeres perciben, en promedio, sólo el 75,1% del ingreso de los hombres cuando realizan el mismo trabajo. Esta diferencia de ingreso es menor en ciertas áreas, tales como el comercio y los servicios de utilidad pública, en que sólo llega a un 55,2% y 61,5%, respectivamente; pero en otros niveles, tales como los niveles profesionales y con estudios superiores, esta brecha es sobre el 50%. Para muchos, estas diferencias se justifican por el "alto costo" que implica la contratación de mujeres, debido a las prestaciones de protección de la maternidad, o el mayor ausentismo, o la menor disposición para trabajar horas extras, lo que trae aparejada, en consecuencia, una menor movilidad en relación con la de los hombres.¹

Es por lo anterior que esta nueva ley es valorada por muchos economistas, representantes gremiales y asesores laboralistas de distintas aristas políticas, mas no dejan de estar conscientes de que dicha norma presenta una serie de complejidades fácticas u operativas que a largo o incluso mediano plazo

¹ BUSTOS (2009), www.bcn.cl

podrían terminar produciendo un efecto adverso, más aún si agregamos un posible aumento de denuncias de mujeres que se sientan discriminadas (judicialización), haciendo que muchas empresas disminuyan la contratación de mujeres para evitarse mayores problemas referidos al cumplimiento de la normativa. Además, resulta oportuno recordar que nuevamente la ley no distingue entre grandes y pequeñas empresas, olvidando que en los hechos estas últimas no siempre tienen acceso a una asesoría jurídica integral que les permita proyectar las eventuales consecuencias que generaría la inobservancia legal antes dicha. Aun así parecería que, a primera vista, esta nueva ley que impone el principio de igualdad de remuneraciones correspondería a una normativa que favorecería el dinamismo de las relaciones laborales y “llenaría un vacío” importante, lo que generaría un cierto consenso político.

Sin embargo, cuestión distinta es preguntarnos si se justifica o no la presente ley, a la luz de nuestra Carta Fundamental y la normativa laboral vigente.

II. Fundamentos de la ley

Con fecha 10 de julio de 2006, y a instancias de un grupo de parlamentarios vinculados a la Concertación, ingresó a tramitación la moción parlamentaria que contenía el proyecto de Ley N° 4356-13 titulado “*Modifica el Código del Trabajo resguardando el derecho a la igualdad en las remuneraciones*”, el cual recién vino a ver la luz definitiva el pasado 19 de junio de 2009, fecha de su publicación en el Diario Oficial.

La tramitación de este proyecto de ley, si bien en lo formal no tuvo en sí mayores dilaciones, gozó de la urgencia del Ejecutivo para su discusión inmediata en su fase final, pero en lo sustancial no varió notoriamente del tenor del proyecto original. En efecto, se destacaron como ideas matrices del proyecto que modificó el Código del Trabajo, “*la obligación efectiva de no discriminar por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral, mediante el reconocimiento expreso del derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, por el trabajo que realizan de igual valor*”.²

En el Informe de la Comisión Familia en el primer trámite constitucional se hicieron presentes razones materiales de distinta índole que fundamentaban el proyecto, entre las cuales figura la encuesta CASEN, que entre los años 1990 a 2003 dio cuenta efectiva de la brecha existente entre las remuneraciones

² HISTORIA DE LA LEY N° 20.348 (2009), p. 10.

entre hombres y mujeres. Entre las razones de derecho se hicieron presentes las distintas obligaciones internacionales del Estado chileno de eliminar cualquier forma de discriminación, contenidas tanto en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, como en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966, y particularmente la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, de 1979, que en directa relación con el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971) especifica la noción de discriminación en el desarrollo de un trabajo subordinado.

Asimismo, se hicieron presentes las razones de derecho interno que sustentaron el proyecto, tales como las contenidas en la Constitución Política de la República en sus artículos 1° incisos 1° (“Las personas nacen libres en dignidad y derechos”) y 5° (“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia”), 19 N° 2 (Igualdad ante la ley), 19 N° 16 (La Libertad de Trabajo y su Protección) y 19 N° 24 (Derecho de Propiedad).

Con todo, esta ley no tuvo mayores reparos en ser aprobada después de las urgencias indicadas y se despachó para su promulgación antes del término de la legislatura extraordinaria del presente año, sin perder la idea eje del proyecto, esto es, reforzar la idea de evitar la discriminación en materia de remuneraciones de hombres y mujeres, propendiendo a la igualdad justificada en oposición a la discriminación arbitraria.

III. La igualdad en materia constitucional

Una mirada rápida que conclusivamente nos encamine a identificar el objeto jurídico protegido referente a la igualdad, nos guiará a la consagración positiva contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que establece, en lo medular, que “*La Constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la Ley. Ni la Ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*”.

Esta idea de raigambre natural tiene una proyección especial e innovadora en el actual texto constitucional, de manera que es posible advertir una “distinción” respecto de otras Constituciones chilenas. En efecto, se acentúa la igualdad como parámetro general poniendo énfasis en la protección de la garantía denunciando la discriminación, de suerte tal que, al imperio social de una norma constitucional, se entienda que no haya cabida a desigualdades en los sujetos imperados por ésta. Esta idea se trabajó intensamente en nuestra

Comisión Constituyente y la podemos representar tal como lo señaló don Alejandro Silva Bascuñán en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: “(...) de lo que se trata es, lisa y llanamente, de que, desde el punto de vista de la psicología social, no haya ninguna distinción entre las diferentes personas y grupos, de manera, entonces, que le parece un acierto de la Constitución chilena”, cambiando la antigua relación de la garantía de la igualdad e innovando en su texto.³

En este sentido, sensato es preguntarse *quiénes* son iguales de acuerdo a la ley, pero antes recordar, o mejor dicho comprender, *qué* se debe entender por igualdad como derecho fundamental. Al respecto, en algo nos consuela pensar que sobre el concepto de igualdad “*se han escrito bibliotecas completas*”⁴ intentando delimitar conceptualmente su esencia, lo que constituye un trabajo en vano si se piensa que muchas veces la interpretación de un derecho ha tenido que ir cambiando en el tiempo para cubrir los intereses propios de una sociedad. En este sentido, escapa a los fines de este breve análisis formular un concepto de igualdad que delimite su interpretación, pero tendremos presente dos ideas conceptuales básicas que nos servirán para, al menos, saber cuándo la igualdad se degenera y que nos servirán para determinar la igualdad en materia laboral: 1) la igualdad no permite diferencias o trato distinto (o especial) de ninguna índole, lo que repugna al derecho y permite la diferencia arbitraria o “discriminación”; y 2) sólo el legislador está facultado para imponer desigualdades, siempre y cuando estas se justifiquen, de acuerdo a los fines que la propia ley posea, y que estén de acuerdo material y formalmente con los derechos que la Constitución establece.

Ahora bien, en punto a establecer una explicación práctica de lo anterior a base de una justificación de la igualdad como derecho fundamental, el profesor Gregorio Robles dice que “*Los derechos fundamentales funcionalizan esferas de la acción jurídica consideradas relevantes para el conjunto de la sociedad, tanto desde el punto de vista de la inserción de la vida privada del individuo en el contexto de la convivencia, como desde el punto de vista del funcionamiento del sistema político. Son un instrumento de seguridad y confianza, al garantizar al individuo los valores básicos de la vida y la seguridad jurídica (...)*”,⁵ lo que distingue de una mera categorización electiva los derechos que sólo el constituyente es capaz de pregonar como aquellos que son propios, definitivos e inherentes a la condición humana, de tal forma de funcionalizar la vida social y la seguridad jurídica al punto de otorgar por esta vía un reconocimiento (y protección)

³ COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCION (1973-1974), Sesión N° 94, pp. 24 a 27.

⁴ FERNANDOIS (2001), p. 195.

⁵ ROBLES (1997), p. 121.

específico. De esta manera, sólo aquel que tenga esta condición podrá ser titular de estos derechos, lo que inmediatamente nos convierte en iguales solo por el hecho de compartir tal condición en la sociedad.

Sin embargo, esta igualdad genérica y condicionada a la titularidad de derechos absolutos no merece una interpretación restrictiva que la circunscriba únicamente a denominar "iguales" a todos los integrantes de una sociedad bajo cualquier circunstancia. Tal criterio no nos permitiría, bajo pretexto alguno, ejercer nuestros derechos en plenitud, ya que es propio de la naturaleza de esta garantía *permitir diferencias* siempre y cuando tengan por objeto responder a la justicia como molde interpretativo o fin axiológico, y que estas diferencias se condigan con el derecho teniendo como parámetro el que la misma norma (o regla) permita estas diferencias previniendo el arbitrio; o sea, sólo la ley podrá establecer en qué medida la igualdad no podrá ser desdibujada en razón de permitir (o reforzar) distinciones.

Sólo teniendo lo recién expuesto presente, es cauteloso y provechoso utilizar un criterio objetivo de proporcionalidad. En tal caso y siguiendo a Linares Quintana: *"Es cuestión sumamente difícil de resolver la de saber con qué criterio cierto deben reconocerse las igualdades y diferencias entre los hombres y situaciones, a fin de dar iguales bienes a los iguales y desiguales bienes a los desiguales. Como de hecho no existen dos hombres o dos situaciones iguales, siempre la afirmación de una igualdad implica una elección de cuál es la calidad esencial que determine la igualdad, y cuáles las calidades no esenciales que la determinan y que pueden descartarse"*.⁶

En lo sucesivo, esta desproporcionalidad se podría cotejar a base de la utilización de un modelo de eficacia que dé cuenta del cumplimiento efectivo de la igualdad. En efecto, una ley (o cualquier manifestación normativa) sería *desigual*, lo que inmediatamente nos llevaría a pensar que no se justificaría, cuando no cumpla con ciertos baremos que determinen una correcta aplicación social que la justifique como un mandato general y abstracto. Siguiendo a Fermandois en este punto, para organizar el contenido de la garantía constitucional analizada, esto es, igualdad ante la ley y en la ley, se hace menester identificar el contenido del juicio discriminatorio no arbitrario⁷ y de esta manera saber si la norma en plena eficacia cumple con su cometido una

⁶ LINARES (1980), p. 263.

⁷ En efecto, este juicio: "a) No distingue, al imponer regulaciones, restricciones o al conceder beneficios, entre quienes se encuentran vinculados por un elemento esencial común y que, por tanto, pertenecen a la misma categoría de sujetos; b) Es proporcional en el medio propuesto por la norma en relación al fin que persigue la norma (razonable en sí); c) Es proporcional en la entidad o intensidad de la regulación en relación a la sofisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma (razonable en relación a la categorización efectuada). FERNANDOIS (2001), ob. cit., p. 204.

vez que está vigente. Lo anterior podría servir para calificar si las intenciones del legislador son tan efectivas como se pregonan en las exposiciones de motivos que dan origen a la tramitación de una ley, identificando inmediatamente si la norma, socialmente vivida o no, se justifica en punto a este verdadero “test” de proporcionalidad.

IV. Sobre la desigualdad en materia laboral

La igualdad genérica, esto es, la relativa a establecer la igualdad como punto de partida para cualquier modelo interpretativo, tiene una especial distinción en materia de derechos laborales, dado el plano en que, en distinta situación, se ubican los sujetos propios de toda relación individual de trabajo: el empleador y el trabajador.⁸

Convengamos en que existe un punto de partida técnico que da fisonomía y tiende a justificar la actividad del legislador en materia laboral y este no es otro que el principio tutelar del derecho del trabajo denominado *principio pro operario*, en virtud del cual se reconoce una desigualdad que el derecho debe corregir y equilibrar a favor del trabajador, ya que se encuentra en una situación distinta, al ser subordinado y dependiente del empleador, quien tiene a su favor los medios de producción necesarios para alcanzar el fin específico. Aclaremos que todos los fines que el derecho reconoce al empleador en su carácter de tal están tratados laboralmente como fines lícitos, o sea, permitidos por la ley.

El principio pro operario (llamado también “principio protector”) tiene dos fundamentos históricos que le otorgan fisonomía: uno económico y otro social. El fundamento económico dice relación con la resistencia que motivaba el abuso de un patrón a costa de su obrero, en el sentido de aprovecharse de su carácter dependiente para conseguir ilegítimamente sus fines; en cambio, el fundamento social tiene que ver con el carácter intrínseco que guarda relación con el reconocimiento de la dignidad humana que todo trabajador posee. Ambos, al ser parte de una esfera social, impulsaron al legislador a tomar todos los resguardos necesarios que el constitucionalismo clásico le otorgaba para corregir esta desigualdad, al punto de constitucionalizar la libertad de trabajo y su protección.

⁸ Lo anterior no se justificaría, prima facie, en el plano de las relaciones colectivas del trabajo, dada la autonomía frente a la cual se desarrolla este tipo de relaciones, pudiendo los trabajadores asociados adquirir un plano de igualdad preponderante reconocido en la Constitución y en la ley, frente al empleador.

En este sentido, distintos autores contemporáneos clásicos en la materia se han referido latamente a este principio, el cual no ha estado exento de versiones contradictorias en su aplicación práctica. En efecto, el profesor Plá Rodríguez entiende que *"el derecho del trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades"*⁹, mientras que el profesor Guillermo Cabanellas explica que *"en presencia de varias normas jurídicas debe aplicarse siempre aquella que más favorezca al trabajador; señálese en esa forma que las leyes del trabajo tienen carácter tutelar y de caridad cristiana"*¹⁰. En ambas transcripciones clásicas, podemos decir que se cumple la identificación de las nociones económicas y sociales que el legislador debe tener en cuenta para solucionar esta desigualdad.

A su turno, autores chilenos al referirse al respecto han dicho, en términos generales, lo mismo; en efecto, el profesor Sergio Gamonal, siguiendo de cerca a Plá y a Alonso Rodríguez, separa la interpretación que al respecto debe hacerse de este principio, ya que se trataría de una protección flexible desde el punto de vista legal y judicial, o sea, *"al crearlas o al aplicarlas"*¹¹, por lo que no cabe duda, según Gamonal, que este principio podría reformularse tomando en consideración normas legales y constitucionales para todo intérprete, lo que llevaría a concluir que, no solo el trabajador tendría aseguradas las manifestaciones propias del principio protector (que involucraría al principio pro operario así también como la irrenunciabilidad de los derechos, estabilidad laboral y primacía de la realidad), sino que además serviría de resguardo a una serie de derechos del empleador, todos relacionados con la dirección de la empresa y el lucro - fin lícito - que éste busca, como fin lícito y amparado constitucionalmente.

Para los profesores Thayer y Novoa, el principio pro operario significa la aceptación de tres aspectos que en sí lo conformarían; vale decir: 1) la regla *in dubio pro operario*, en la cual el intérprete debe elegir, entre los varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador; 2) la regla de la norma más favorable, cuya aplicación se deberá tener en cuenta independiente de la jerarquía normativa que contemple la protección al principio; y 3) la regla de la condición más beneficiosa, donde en la aplicación de una nueva norma laboral nunca se deben disminuir las condiciones más favorables en que pudiere encontrarse un trabajador. Bajo estos principios subyace el motivo que tiene el legislador *"para dictar una norma laboral y es el principio que informa a todo el Derecho del Trabajo"*.¹²

⁹ PLÁ RODRIGUEZ (1998), p. 63.

¹⁰ CABANELLAS (1987), p. 29.

¹¹ GAMONAL (2009), pp. 106 y sgtes.

¹² THAYER Y NOVOA (2003), p. 27.

De esta manera, resulta claro establecer que la igualdad genérica no se justifica en el plano de las relaciones laborales, toda vez que la situación en la cual se encuentra el trabajador respecto del empleador es asimétrica. De lo anterior, y dada su caracterización como derecho laboral constitucionalmente protegido, es el legislador quien debe contemplar los mecanismos para que una normativa resguarde el equilibrio y desprece la desigualdad, pudiendo establecer diferencias justas para que la igualdad se concrete en los hechos. A esto, la legislación laboral ha respondido con creces dado el dinamismo inherente a la disciplina durante todo el siglo XX y lo que va del XXI.

Sin embargo, de lo anterior también podría plantearse la hipótesis donde el legislador, perdiendo de vista el límite que contempla la Constitución, vaya más allá y, en razón de este principio, contemple distinciones o categorizaciones normativas que lleven envueltas distinciones arbitrarias, lo que confundiría a los intérpretes y contrariaría la Carta Fundamental.

En tal sentido una sobreregulación innecesaria que provoque una confusión impuesta al intérprete (normalmente fiscalizador o juez), o una normativa que, en razón de la protección al principio, pasara a llevar deliberadamente otras garantías sustantivas a favor del empleador, inmediatamente supondría una barrera al plano de la igualdad, ya que el fantasma de la arbitrariedad estaría encubierto, siendo difícil su identificación como peligro para los fines que el derecho supone.

V. Contenido específico de la ley

Respecto a la Ley N° 20.348, esta introduce cuatro modificaciones al Código del Trabajo. En efecto:

1. Agrega el nuevo artículo 62 bis, que se incorpora dentro del capítulo relativo a la protección a las remuneraciones, el cual dice:

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

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

En síntesis, establece un sistema de denuncias por la infracción al principio de igualdad en materia de remuneraciones, que se tramita conforme a los siguientes procedimientos en los términos que indica la ley:

a) Procedimiento de reclamación que se establezca para estos efectos en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de cada empresa, que de acuerdo al inciso primero del artículo 153 del Código del Trabajo corresponde a aquellas empresas que tengan más de 10 trabajadores permanentes;¹³ y/o

b) Procedimiento de Tutela Laboral (ante los Tribunales de Justicia). Este nuevo procedimiento tratado en el Párrafo 6° del Libro V del Código del Trabajo (artículos 485 y siguientes) regula las defensas de derechos fundamentales. En efecto, el artículo 485 del cuerpo legal ya citado reza:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

¹³ Artículo 153 inciso primero del Código del Trabajo señala: “Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento”.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

Entonces teniendo presente lo anterior, al ser el principio de igualdad un derecho fundamental (mencionado anteriormente) sería dable esperar que todo trabajador que se sienta vulnerado o *afectado en sus derechos fundamentales* prefiera invocar estos nuevos preceptos antes de otros procedimientos o acciones, como el procedimiento de aplicación general o la acción de protección. Nos permitimos arribar a esta conclusión dadas las especiales características (titularidad de la acción, plazo para interponer la denuncia, contenido de la denuncia y su plazo de gracia según lo indica el artículo 490 del Código del Trabajo, tramitación, etc.) que reviste el Procedimiento de Tutela Laboral y que lo diferencia claramente de otros.

2. Modifica el artículo 154 del Código del Trabajo que regula contenido del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la Empresa en el sentido que impone a las empresas con doscientos o más trabajadores la obligación de establecer en dicho reglamento un “registro” que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características esenciales. En este sentido, el nuevo numeral 6° del artículo 154 del Código del ramo ha quedado de la siguiente la forma: ***“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”.***

Esta nueva obligación de crear un registro comenzará a regir 6 meses después de la publicación de la Ley analizada, a diferencia de las otras modificaciones introducidas por la Ley N° 20.348, que rigen *in actum*. Ahora bien, dado su tenor literal, es posible esperar que en el futuro la Dirección del Trabajo –a propósito de sus funciones fiscalizadoras– defina y explique mediante su jurisprudencia administrativa qué debe entender el empleador por registro y por características técnicas esenciales, en particular por el vocablo “esenciales”. Esperemos que el rigor y la prudencia no sean olvidados por tal organismo, a fin de obtener una acertada explicación, conforme a las normas de interpretación de ley. Así las cosas, y dicho de otra forma, obliga a que las empresas que incorporen el registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales (o sea aquellas con más de 200 trabajadores), cuenten además de toda la documentación fiscalizable según las reglas generales, de este registro que será obligatorio a contar del

19 de diciembre de 2009.

3. Agrega un inciso final al artículo 511 del Código del Trabajo que permite obtener rebaja de 10% de las multas a los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones en los términos que indica dicho artículo cuando se intente impugnar alguna sanción por trasgresión al principio en comentario. Cabe recordar que el precitado artículo menciona:

“Facúltase al Director del Trabajo, en los casos en que el afectado no haya reclamado de conformidad con el artículo 474 de este Código, para dejar sin efecto o rebajar, en su caso, las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia y renunciar o desistirse de la acción ejecutiva para su cobro siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1) Que se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción;

2) Que aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al imponerse la multa.

Si dentro de quince días de notificada la multa, el empleador corrigiere la infracción a satisfacción de la Dirección del Trabajo, el monto de la multa se rebajará en un cincuenta por ciento, sin perjuicio del derecho a solicitar reconsideración por el monto total de la multa, a la misma Dirección.

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”.

En este orden de ideas, cabe decir que si bien –a priori– da la sensación de ser un estímulo para todo empleador en tales circunstancias, la verdad es que dista mucho de lo que en rigor necesita una empresa, más si nuevamente el legislador se ha olvidado de diferenciar la gran empresa, de la mediana y pequeña empresa.

4. Finalmente, consideramos oportuno decir que la ley en comento modifica o alcanza no sólo al Código del Trabajo; sino que además a la Ley N° 18.834 Sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005; el Convenio

N° 100, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado el 29 de junio de 1951, y ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971; y el Convenio N° 111, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 25 de junio de 1958, y ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971.¹⁴

VI. Problemática de justificación de la ley

De acuerdo al contenido de la ley recién dictada, más que una originalidad que resulte en llenar un vacío en nuestra legislación, tendería a confundir el buen propósito que tuvo el legislador. En efecto, el principio de *Igualdad de Remuneraciones*, que no define esta ley, se encuentra establecido en el preámbulo de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, que dispone el “reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”.¹⁵

Frente a lo anterior, son la propia Constitución (art. 19 N° 16) y el Código del Trabajo (principalmente en sus artículos 2° y 5°) los que pregonan, de manera primaria y suficiente, la igualdad, satisfaciendo la necesidad de su normativización en caso de conculcamiento, contemplando, para tal efecto, las vías jurisdiccionales y administrativas que la misma Constitución y las leyes ofrecen para la corrección de acciones u omisiones que lesionen este derecho.

El problema va más allá, puesto que inmediatamente surge la duda si los motivos que tuvo el legislador fueron aquellos que justificarían esta ley, dado que, como dijimos, todo aquello que contempla el texto legal se encontraría en los principios constitucionales y legales que recogen con fuerza el principio pro operario, por lo que del examen de la ley no se justificaría, desde el punto de vista del trabajador (sea hombre o mujer), una instancia legal que sobrerregulara con tanta fuerza este principio al punto de ser claramente redundante, puesto que el trabajador afectado, **sin esta ley**, igualmente podría satisfacer su demanda de igualdad en materia de remuneraciones.

Lo anterior sería más dudoso si tomamos en cuenta el rol del sujeto pasivo en esta ley: el empleador. A este se le encomienda la obligación de tomar las

¹⁴ SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, BOLETÍN 4356-13 (2009), p. 47.

¹⁵ Se relacionan con esta materia el Convenio N° 100 y la Recomendación N° 90, ambos de 1951, de la O.I.T.

medidas reglamentarias necesarias para que el trabajador pueda reclamar de la violación de este derecho, e, incluso, de tener a disposición del intérprete un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales, lo que significa una carga legal por sobre las ya numerosas obligaciones que solamente al empleador le corresponden. Sin perjuicio de lo anterior, si bien no son arbitrarias las diferencias objetivas que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador, no se entiende qué casos constituirían diferencias arbitrarias en materia de remuneraciones, puesto que el caso aislado y condenable de una discriminación grosera (v.gr. a la mujer trabajadora por el sólo hecho de ser mujer), como dijimos, ya se encuentra debidamente protegido.¹⁶

Por último, en cuanto a las consecuencias que eventualmente delimitarían la eficacia en el ejercicio del derecho contenido en la ley, el empleador debe hacer frente a un reclamo debidamente fundado, el cual, aunque carezca de fundamento igualmente deberá ser admitido a tramitación y ser contestado por escrito, lo que eventualmente lo tornaría en una instancia dificultosa en cuanto a su aplicación, dada la posibilidad de reclamos que sean carentes de fundamentos.

VII. Conclusiones

1. Si bien la igualdad referida estaba establecida y asegurada a través de diversos artículos del Código del Trabajo (2° y 5°, entre otros), la constitucionalización del derecho laboral a contar de la entrada en vigencia de algunos tratados internacionales y la irrupción de la nueva justicia laboral (vigente en gran parte de Chile y, a contar del 31 de agosto de 2009 en la Región Metropolitana), puntualizó un viejo anhelo legislativo que otorga a aquellos trabajadores que se sienten “discriminados” obtener una vía expedita y exclusiva de sus reclamos, más allá de que sean justificados o no.
2. Es el empleador quien deberá responder acerca de las inquietudes de

¹⁶ Siguiendo un informe sobre el particular preparado por el distinguido abogado Daniel Bernaldes E., un claro ejemplo de lo anterior se puede apreciar en el Libro IV del Código del Trabajo, donde según la definición del artículo 303, la Negociación Colectiva tiene por objeto “establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones”, hecho que generalmente se cumple, impidiendo la existencia de diferencias arbitrarias toda vez que la negociación involucra a trabajadores hombres y mujeres, dado que en la mayoría de los instrumentos colectivos que contemplan diferencias remuneracionales, estas se fundamentan en la antigüedad del trabajador; en la extensión de diferentes jornadas de trabajo; en el desempeño en trabajos nocturnos o bajo el sistema de turnos u otros aspectos naturalmente objetivos que no guardan relación con diferencias basadas en el sexo de los trabajadores. BERNALES (2009), p. 1.

los trabajadores (sean hombres o mujeres) ante cualquier indicio de reclamo fundado por discriminación arbitraria en materia de remuneraciones, ya que tanto la Inspección del Trabajo como eventualmente los Tribunales de Justicia conocerán de aquellos reclamos en los cuales el empleador no supo justificar la supuesta arbitrariedad en las diferencias de remuneraciones, para la misma función, entre trabajadores.

3. La ley no considera arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, por lo que deja abierta la puerta para que la autoridad administrativa (o judicial) califique de otra manera la arbitrariedad, para lo cual habrá que estarse a lo que han resuelto los Tribunales Superiores de Justicia, los cuales, conociendo de recursos de protección por vulneración a las garantías vinculadas a la "Igualdad", han dicho que esta consiste básicamente en una distinción imposible de justificar, contraria a la lógica y a la justicia, fundamentos que deberá tener el empleador para justificar aquellas diferencias que subyacen a la distinción de remuneraciones por gestión dentro de la empresa.

4. La desigualdad que corrige el principio pro operario en materia laboral constituye un principio rector en la interpretación que se debe hacer de las normas laborales, siempre y cuando, se justifique de manera comprensiva y apegada a la jerarquía que, en la materia, comprenda la Constitución y que dice relación con la existencia de discriminaciones no arbitrarias o desproporcionadas.

5. En cuanto a la justificación de esta ley, cabe hacer presente que a la fecha la legislación laboral cubre debidamente todas y cada una de las eventuales necesidades de corrección y aplicación efectiva de este derecho, tornando, a nuestro juicio, sobreabundante e innecesaria la manera en la cual se legisla al respecto. Si bien la iniciativa legal cumple técnicamente su cometido al dar dinamismo al derecho laboral, los reales motivos que persigue el legislador pueden ser difusos si se insiste en una regulación poco efectiva y que eventualmente tienda a confundir al intérprete.

6. Nunca debe perderse de vista el hecho que detrás de una excesiva regulación laboral existe un riesgo inherente a la imposición de obligaciones al empleador, el cual, por maximizar el lícito beneficio que persigue su empresa, prefiera evitarse problemas futuros desincentivando la contratación de los sectores de mayor impacto recesivo: las mujeres y los jóvenes, precisamente los supuestos beneficiados con leyes de este tenor.

Bibliografía

BERNALES ERRAZURIZ, Daniel (2009), *Informe sobre Igualdad de Remuneraciones* (inérito), 3 pp.

BUSTOS, Andrea (2009): *Hombres y Mujeres: a igual trabajo, igual remuneración*; disponible a texto íntegro en <http://bloglegal.bcn.cl/content/view/523657/Hombres-y-mujeres-A-igual-trabajo-igual-remuneracion.html>

CABANELLAS, Guillermo (1987): *Tratado de Derecho Laboral* (Buenos Aires, Editorial Heliasta), Tomo I, Volumen 2, 538 pp.

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1973-1974). Actas Oficiales.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 252 pp.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2009): *Fundamentos de Derecho Laboral* (Santiago, Legal Publishing; 162 pp.

HISTORIA DE LA LEY 20.348 (2009), 250 pp., disponible a texto íntegro en www.bcn.cl

LINARES QUINTANA, Segundo (1980): *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Buenos Aires, Editorial Plus Ultra). 9 Tomos.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1998): *Los Principios del Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Depalma), 437 pp.

ROBLES, Gregorio (1997): *Sociología del Derecho* (Madrid, Editorial Civitas S.A.), 318 pp.

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, BOLETÍN 4356-13 (2009), 72 pp.

THAYER ARTEAGA, William, y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (2003): *Manual de Derecho del Trabajo, Tomo III, Derecho Individual del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 441 pp.