**PROYECTO DE LEY SOBRE IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES (Boletín 9322-13)**

 **CONTENIDO DEL PROYECTO**

Se amplía y explicita el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que ya está consagrado en la ley laboral, en los siguientes términos:

a) La igualdad de remuneraciones se aplica no sólo a un mismo trabajo (norma actual) sino también para un trabajo de igual valor.

b) Se prohíben las discriminaciones “aparentemente neutrales”, pero que producen el efecto de establecer remuneraciones inferiores para las trabajadoras.

 c) Las denuncias por vulnerar estas disposiciones se ceñirán al procedimiento de tutela laboral, el cual podrá impetrarse incluso después de reclamar conforme al reglamento interno de la empresa, en su caso.

**COMENTARIOS**

**1.- Principio de no Discriminación**

El principio de no discriminación arranca del derecho fundamental universalmente reconocido de igualdad ante la ley, el cual en su aspecto negativo implica la orden de no establecer discriminaciones basadas en factores injustificados o arbitrarios. Es así como en virtud del respeto de este derecho se asegura el respeto al derecho a la igualdad de trato, que implica la prohibición en materia laboral de utilizar criterios de distinción o preferencia que no se basen en la capacidad o idoneidad del trabajador.

Este principio ha sido reconocido tanto a nivel internacional como también en nuestro derecho interno:

1. **Instrumentos internacionales:** El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todo hombre (entendido en su dimensión genérica de hombre y mujer) gozan de los derechos y libertades establecidos en la declaración, sin tener en cuenta diferencia de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 26 el derecho a la no discriminación.

En lo referente a la no discriminación por razones de sexo destaca la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” de 1979, texto que declara que la discriminación atenta en contra de los principios de igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana.

A lo anterior, se suma la definición de discriminación contra la mujer que contiene la convención, señalando que consiste en *“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, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.*

1. **Convenios de la Organización Internacional del Trabajo:** El Convenio 100 de la OIT del año 1951 sobre igualdad de remuneración, propone la igualdad retributiva en caso de mano de obra masculina como femenina por un trabajo de igual valor.

Asimismo, el Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y ocupación de 19583, donde se señala que constituye discriminación *“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.”*

1. **Reconocimiento constitucional:** La Constitución Política de la República señala en el artículo 1 que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”,* entregando al Estado el deber de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

El artículo 19 número 2 de la carta fundamental reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, agregando que no existen personas ni grupos privilegiados y que la autoridad no podrá establecer diferencias arbitrarias, y puntualiza que “hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

Ya en el ámbito laboral, el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República consagra el derecho a la no discriminación laboral, el cual supone tanto para particulares como para el Estado, la prohibición de discriminar, salvo cuando su fundamento se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio que la ley en determinados casos exija la nacionalidad chileno o límites de edad para determinados trabajos.

1. **Código del Trabajo:** Las normas relativas a la discriminación se encuentran contenidas principalmente en el artículo 2 del Código del Trabajo, el cual señala que son contrarios a la legislación laboral los actos de discriminación, entendiendo por tal *“las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en empleo y la ocupación.”*

Asimismo, el Código establece ciertos criterios de distinción que son permitidos, los cuales dicen relación con las calificaciones exigidas para un empleo determinado. Sobre el particular, nuestra legislación no sólo protege a los trabajadores de actos de discriminación que tengan lugar durante el desarrollo de la relación laboral, sino que se extiende incluso a la etapa precontractual, es decir, a las ofertas de empleo.

En materia de discriminación laboral por motivos de sexo, específicamente referida a las mujeres trabajadoras, se dispone a propósito de las normas sobre protección de la maternidad, que *“ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad de su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines, certificado o examen alguno para verificar”.* El cumplimiento de estas normas es entregada a competencia de la Dirección del Trabajo, en su etapa administrativa, quien podrá imponer multas a los empleadores infractores, así como a los Tribunales del Trabajo.

Con la dictación de la ley 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, en Junio de 2009, se introducen nuevas modificaciones al Código del Trabajo, entre ellas la instrucción de un nuevo artículo 62 bis, por medio del cual se reconoce explícitamente el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presenten un mismo trabajo.

De igual manera, se establecen excepciones que permiten establecer diferenciaciones remuneracionales basada en capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, lo cual es correcto. La ley vigente establece que las empresas de doscientos o más trabajadores deben contar con un sistema previo de reclamación por medio de un procedimiento consignado en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, mas los trabajadores de empresas de menor número de trabajadores podrán accionar directamente en los Tribunales del Trabajo.

Así las cosas, y considerando la gran cantidad de normas citadas, es posible apreciar que ya existe una extensa regulación positiva respecto de la materia, la cual encuentra una consagración amplia, tanto a nivel internacional como nacional; constitucional como legal; y administrativa como judicial, por lo que adicionar mayores regulaciones resulta del todo innecesario y puede originar más problemas interpretativos y prácticos que beneficios a los trabajadores que se pretende proteger.

**2.- Igualdad de remuneraciones**

No es novedad que durante las últimas décadas son cada vez más las mujeres que ingresan al mercado laboral. La tasa de participación laboral femenina subió trabajo en Chile de 30.9%, en los años 90, al 47.6% en 2013. En los mismos años, el porcentaje en que las mujeres aportan al ingreso del hogar aumentó del 28.7% al 38.6%.

De acuerdo a la Encuesta Suplementaria de Ingresos (NESI) 2014, el 27,9% de las mujeres trabajan part time, en comparación con los hombres que sólo lo hacen en un 12,5%.

De acuerdo a la Encuesta de Empleo de la Universidad de Chile y el Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 2010, en la década del sesenta las mujeres ganaban, en promedio la mitad de lo que obtenían los hombres. Sin embargo, esta brecha se ha ido acortando paulatinamente, ya en 2014 la encuesta NESI demostró que en materia de brecha de ingreso medio remuneracional es de un 17.9% en relación con la misma medición de 2013 en que la diferencia fue de 20.1%.

En relación con el ingreso medio por hora la diferencia es menor y corresponde a un 10,3%, menor a la medición de 2013 en que dicha diferencia correspondía a un 11,8%.

Al desagregar la información por nivel de estudio, las cifras demuestran que, así como sucede en otros países, la brecha de ingresos promedio es menor si se analiza por concepto de horas trabajadas, lo que deja en evidencia que por distintas razones la mujer en promedio trabaja menos horas que los hombres.

 Además, otra gran diferencia que se aprecia al respecto dice relación con que las diferencias se producen de manera más acentuadas dependiendo del nivel educacional, así:

Las mujeres que sólo cuentan con educación primaria, la diferencia es de un 14,9%.

En los casos en que las mujeres cuenten con educación secundaria completa, la diferencia es de un 20.9%.

Por su parte, en caso que la mujer cuente con educación técnica, dicha diferencia alcanza un 19.1%.

En caso de educación universitaria completa, la brecha aumenta a un 20.6%.

Finalmente, en caso de trabajadoras con post grado, ésta acrecienta a un 29,0%.

Si bien no son aceptables actos arbitrarios de discriminación que incidan directamente en las condiciones de trabajo y en las remuneraciones, es preciso tomar en cuenta una serie de factores que afectarían en cierta medida la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres:

A partir de estos datos y del análisis del mercado del trabajo, podemos plantear que las diferencias en las remuneraciones se deben a los siguientes factores:

- Aéreas de especialización de las mujeres, las que tienden a hacerlo en áreas menos productivas desde el punto de vista económico, como por ejemplo, servicios, educación, turismo.

- Negociación de una mayor flexibilidad de horario, toda vez que de acuerdo a cifras de la encuesta Casen, las mujeres profesionales trabajan menos horas que el promedio.

 - Búsqueda de trabajos más cercanos a su hogar.

- Para poder atender más fácilmente las necesidades domésticas

- Menor experiencia que alcanzan las mujeres que han dejado de trabajar durante el período de crianza de sus hijos.

Finalmente, en materia de trabajo por cuenta propia, el Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile publicó un informe que da cuenta que las mujeres que trabajan por cuenta propia ganan en promedio **$140.000 menos al mes en relación a un hombre trabajador por cuenta propia.**

Según este estudio, en el caso de los **hombres, el ingreso laboral promedio mensual es de $342.441,** y en el de**las mujeres, $200.344**. En otras palabras, el ingreso de los hombres por cuenta propia es 70,9% superior al de las mujeres que ejercen un empleo bajo esta modalidad.

**3.- Criterios de igual trabajo y trabajo de igual valor según los proyectos de ley**

La actual ley 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones utiliza como criterio para determinar o no discriminación remuneracional por medio de factores arbitrarios es el hecho que hombre y mujer presten “un mismo trabajo”.

En otras palabras, y de acuerdo a lo que señala la OIT, “una remuneración igual por un trabajo igual implica que hombres y mujeres de cualificación similar recibirán la misma remuneración cuando realicen el mismo trabajo, o prácticamente el mismo, en condiciones equivalentes”.

Un ejemplo claro de aquello sucede con los cajeros de supermercados o ciertos vendedores de multitiendas. Sin embargo, ambos proyectos de ley, basándose en el Convenio 100 de la OIT pretenden ir más allá, al señalar como criterio que se debe utilizar para determinar si existe o no discriminación no sea sólo que hombre y mujer presten “un mismo trabajo”, sino que además puede tratarse de “trabajos de igual valor”.

La expresión “trabajo de igual valor” supone no sólo casos en que trabajador y trabajadora desempeñan un trabajo igual o similar, sino además trabajos diferentes.

Así, de acuerdo a la OIT **“cuando mujer y hombres llevan a cabo un trabajo de contenido diferente, que requiere de capacidades o cualificaciones diferentes que se desempeña en condiciones diferentes, pero en general es de igual valor, deberían recibir una remuneración igual”**

El establecimiento de un criterio como el mencionado no parece apuntar en la línea correcta, toda vez que dicho concepto jurídico indeterminado puede ser utilizado, bien sea por la jurisprudencia administrativa y judicial, para desconocer principios básicos relativos a la autonomía de la voluntad matizados por los derechos laborales irrenunciables, así como la intimidad de las personas en cuanto afecta a las remuneraciones.

De este modo, podría ser considerado trabajos de igual valor, una reponedor (a) de medicamentos en una farmacia y un reponedor (a) de transformadores eléctricos o de químicos altamente inflamables, en circunstancias que claramente está desconociendo la peligrosidad de la labor, las condiciones de trabajo, la capacitación, etc, pese a que cada uno de ellos aparentemente suponen para el trabajador el mismo esfuerzo físico o intelectual.

De este modo, criterios como éstos, suponen una revisión de las remuneraciones que perciben todos los trabajadores, bien sea dentro de la misma empresa, como en otras, llegando a comparaciones absurdas como ya ha ocurrido en países donde se ha implementado esta medida. Así, por ejemplo, de acuerdo a datos de la OIT, en Islandia, la Corte Suprema de Justicia, se pronunció a favor de una demanda de igualdad de remuneración entre una directora del departamento de asuntos sociales de un municipio y un ingeniero.

 Es importante además considerar que existen muchos factores que inciden en la determinación de la remuneración de un trabajador en atención a su especial función, profesión u oficio que hace muy difícil comprar con otros tipos de trabajadores.

Dentro de estos factores se cuentan:

- Capacitación y especialización de los trabajadores en el oficio.

 - Antigüedad.

- Escases del profesional o de la habilidad que se requiere.

- Flexibilidad de jornadas.

 - El valor del trabajo realizado, comparado con similares puestos de trabajo demandados por los empleadores o productores.

- Habilidades físicas requeridas.

- Contribución del trabajador a la producción.

Así las cosas, establecer el criterio de “trabajos de igual valor” puede llevar a situaciones muy complejas, que sin duda, podrán afectar directamente la contratación femenina y a una intervención del mercado laboral, por medio de la fijación heterónoma de remuneraciones o de asimilar funciones de manera artificial y antojadiza, por ejemplo, cómo se podría determinar si el trabajo de un médico y un ingeniero son de igual valor.

**4.- La igualdad de remuneraciones ya está regulada a propósito de la no discriminación e igualdad de trato**

Como se dijo anteriormente, la igualdad de remuneraciones, como principio y norma positiva, ya se encuentra presente en nuestra legislación laboral por medio del artículo 2 inciso cuarto del Código del Trabajo, el cual reconoce son actos de discriminación *“(...) las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de (...) sexo (...), que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”*

De este modo, al existir un reconocimiento expreso a la igualdad de trato, tanto para trabajador como trabajadora, se hace innecesario volver nuevamente a regular una materia que ya encuentra su consagración expresa.

Reconociendo las facultades propias de la Dirección del Trabajo, en virtud de las cuales puede realizar las fiscalizaciones y atender de las reclamaciones que se presenten por trabajadores o trabajadoras en el evento de considerar que este principio-derecho se estaría vulnerando, se debiera avanzar más en educación que en pretender terminar discriminaciones por decreto.

Es así como un en el documento Evaluación de la Ley 20.348, del Departamento de Evaluación de Ley de la H. Cámara de Diputados del año 2013, dio cuenta que las denuncias en 2011 correspondieron a 12; en 2012 a 6 y en 2013 a 2.

Asimismo, en cuanto a las multas en 2012 se registran 406 multas por esta causa y en 2013 a penas 31.

**5.- Alternativas de tutela frente a actos discriminatorios**

La legislación actual prevé una serie de mecanismos que resguardan el derecho a la no discriminación por razones de sexo, así encontramos la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República16 respecto de la garantía contenida en el artículo 19 número 16 inciso tercero, relativo al derecho a lo discriminación en el empleo. Asimismo, ante estos mismos actos, el artículo 485 del Código del Trabajo permite el ejercicio de una acción de tutela laboral de derechos fundamentales, considerando claramente su procedencia respecto de actos discriminatorios. Sin perjuicio de lo anterior, le corresponde a la Dirección del Trabajo la fiscalización de la normativa laboral, bien sea de oficio o previa denuncia, pudiendo aplicar las multas de que da cuenta el artículo 506 del Código del Trabajo.

Asimismo, un acto discriminatorio por razones de sexo, que se manifieste, por ejemplo, en la desigualdad de remuneraciones de una trabajadora frente a un trabajador por un mismo trabajo, implica una vulneración al artículo 2 del Código del trabajo, el que presupone un incumplimiento del contrato de trabajo, pues la prohibición de actos de discriminación se entienden incorporada al contrato como una obligación más para las partes, y en concreto, par el empleador.

Así, considerando los distintos mecanismos de tutela, la solución no debiera ir por promover mayor regulación y mecanismos legales que incentiven la judicialización de los conflictos, sino por medio de la educación y la instrucción de los trabajadores acerca de sus derechos y de las vías que la ley les brinda para su adecuada protección, tema que sin duda no se soluciona por medio de una ley.

A mayor abundamiento, con la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación (conocida como Ley Zamudio), regula discriminaciones basadas en sexo, lo cual claramente incluye toda distinción, exclusión y restricción en el ámbito laboral.

**6.- Procedimiento de reclamación en el reglamento interno**

Por medio de la actual normativa, de acuerdo al artículo 153 del Código del Trabajo, las empresas que estén obligadas por ley a contar con un reglamento interno de orden, higiene y seguridad (aquellas que cuentan con 10 o más trabajadores permanentes), deben necesariamente contemplar un procedimiento de reclamación ante supuestos actos de discriminación laboral basada en el sexo del trabajador. Asimismo, para efectos de facilitar la prueba, se exige que las empresas que tengan 200 o más trabajadores deben incluir en el reglamento interno la descripción de cargos y funciones y sus características técnicas esenciales. Este procedimiento de reclamación exige siempre una etapa previa, al interior de la empresa, el cual consiste en una solicitud por escrito, y cuya respuesta por parte del empleador deberá hacerse de la misma forma en un plazo no mayor a 30 días. Una vez que se responda el reclamo, dependiendo de la decisión, podrá el trabajador o trabajadora afectado recurrir a la Inspección del Trabajo, quien buscará llegar a acuerdo vía mediación, sin perjuicio de recurrir directamente a los juzgados del trabajo para que resuelvan la contienda.

Este proyecto busca transformar este procedimiento previo en una instancia voluntaria para el trabajador, siendo posible acudir directamente a los Tribunales o a la Inspección del trabajo a fin de que resuelva.

El reglamento interno de orden, higiene y seguridad es un importante instrumento por medio del cual la empresa establece regulaciones y procedimientos internos referentes a distintas áreas, que no sólo debe ser entendido como una manifestación de la potestad del empleador para organizar, dirigir y administrar una empresa, sino que además debe ser considerada como un mecanismo de solución de controversias de autocomposición entre las partes afectadas y como una garantía para el trabajador, respecto del conocimiento de reglas claras y transparentes acerca del modo de proceder del empleador.

En virtud de lo anterior, sería recomendable que se privilegiaran instancias de diálogo y de mediación al interior de las empresas y no directamente por medio de la judicialización de los conflictos, lo cual implica mayores costos, tiempo, ansiedad y sin duda son motivos de tensión en las relaciones entre empleador y trabajador. Por otra parte, rebajar de 200 a 5 el número de trabajadores que se exigen para contar con el reglamento interno, resulta una exageración.

**7.- Capacitación y formación profesional**

 Sin lugar a dudas, más que el aumento de la carga administrativa y burocrática para las empresas y el Estado y el estimulo a la judicialización de todos los conflictos, según investigación de la misma OIT, la capacitación y formación profesional son piezas claves en materia de igualdad de trato, toda vez que mejoran las condiciones de participación social, económica y política de las mujeres, reduce las brechas entre los géneros, tanto en salarios como en su posicionamiento y capacidad de negociación con el empleador. De este modo los esfuerzos del Estado, deben ir enfocados a incentivos y desarrollo de políticas de capacitación y de perfeccionamiento profesional de las mujeres, así como permitir que los empleadores premien, independientemente del sexo del trabajador, el mérito, el esfuerzo personal y el compromiso con la empresa.

**8.- Pactos de adaptabilidad laboral**

Recientemente, con la aprobación de la ley 20.940 conocida como reforma laboral se incorporó un nuevo artículo 376 al Código del Trabajo que establece un pacto para trabajadores con responsabilidades familiares que permite en caso de mujeres acceder a sistemas de jornadas que combinen tiempos de trabajo presencial y desde el hogar.

Este pacto abre una oportunidad relevante para avanzar en adaptabilidad pactada que permita derribar barreras de acceso al trabajo de las mujeres.

**9.- Modificación al artículo 203° del Código del Trabajo**

Otra de las medidas que debiera apuntar una política que propenda a rebajar brechas en materia de remuneración hombre- mujer, dice relación con la modificación al actual sistema de salas cunas que desincentiva la contratación de 20 ó más mujeres, independientemente del tamaño de la empresa.

Debiera revisarse las distintas iniciativas, entre ellas, la del ex Presidente Piñera que contemplaba un sistema de financiamiento tripartito para efecto de dar cobertura a las salas cunas de las mujeres trabajadoras.

**COMENTARIO GENERAL**

La igualdad de remuneraciones de hombres y mujeres se inserta dentro de un principio más amplio, cual es la igualdad de trato en materia laboral, que implica la prohibición de discriminación basada tanto en sexo, con respecto de otras condiciones como raza, estado civil, sindicalización, opinión política, etc.

La idea de brindar protección a la mujer debieran apuntar a dar mayor flexibilidad en materia laboral, lo cual debiera traducirse en políticas públicas que generen incentivos a la contratación de trabajadoras, capacitación y formación profesional de las mismas, en vez de imponer exigencias, reglamentaciones innecesarias y una orientación a la judicialización de estas materias Lo anterior permite alcanzar, de mejor manera, el fin último de todas estas iniciativas cual es que hombres y mujeres puedan acceder al mercado laboral en igualdad de condiciones, sin que representen por “rebote” un estatuto diferenciado, rígido y gravoso, que lleve a los empleadores a optar por contratar hombres en vez de mujeres.