

La igualdad salarial en la nueva constitución

Equal Pay in the New Constitution

Sergio GAMONAL¹

Resumen: En el actual proceso constituyente chileno será de gran importancia establecer, dentro del catálogo de derechos fundamentales, la igualdad salarial en materia laboral. Para estos efectos, explicaremos en este trabajo su fundamento en la noción de dignidad como estatus, las formas en que se ha establecido en derecho comparado, para concretar finalmente con una propuesta laboral para la nueva constitución

Palabras clave: Igualdad, Salario, Remuneración, Laboral, Constitución

Abstract: In the current Chilean Constitutional Process, it will be essential to establish equal pay in labour matters within the catalogue of fundamental rights. For these purposes, we will explain its foundation in the notion of dignity as status, how it has been established in comparative law, to specify with a labour proposal for the new constitution finally.

Keywords: Equality, Salary, Wage, Labour, Constitution

1. Introducción

Tanto el principio de igualdad como el de no discriminación han tenido un desarrollo espectacular desde el siglo pasado, a través de numerosos textos constitucionales e instrumentos internacionales desde la Segunda Guerra Mundial². Su evolución ha marcado el

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, U. de Chile. Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile. Correo electrónico: sergio.gamonal@uai.cl

Fecha de recepción: 2021-06-28; fecha de aprobación: 2021-11-17

² Gauché (2014), pp. 13-14.

La primera constitución en establecer la igualdad salarial fue la Constitución de México en 1917, siendo absolutamente precursora en esta y otras materias. Véase Soberanes (2019), pp. 270 y ss.

paso desde una concepción formal a una sustantiva de la igualdad, lo cual ha incidido en materia laboral³.

Un desarrollo específico de la igualdad y de la no discriminación, dice relación con la justicia salarial, es decir, que las personas que realizan un trabajo de igual valor respecto de un mismo empleador perciban la misma remuneración.

Nuestra constitución actual consagra expresamente la igualdad ante la ley en su artículo 19 N° 2 y, en materia laboral, en su artículo 19 N°16, párrafo tercero, se contempla la no discriminación laboral⁴. Asimismo, el artículo 19 N°2 de nuestra constitución precisa en forma explícita que hombres y mujeres son iguales ante la ley y, en su párrafo segundo, establece que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

A nivel legal el Código del Trabajo (CT) prohíbe los actos discriminatorios en su artículo 2 inciso cuarto, estableciendo numerosos factores sospechosos de discriminación, a saber, 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.

Asimismo, el artículo 62 bis del CT, agregado por la ley N° 20.348, establece el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, agregando que no serán consideradas arbitrarias las diferencias objetivas fundadas en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Para estos efectos, se dispone de un procedimiento de reclamo interno en la empresa, en el artículo 154 N° 13 del CT, previo a la acción de tutela del artículo 485 y ss. del CT.

Más allá de las intenciones de los legisladores en el artículo 62 bis, fue un desacierto limitar la igualdad a “un mismo trabajo” en vez de hablar de “trabajos de igual valor”, dado que la norma puede evadirse fácilmente.

³ Caamaño (2005), Ugarte (2013) y Gamonal (2000).

⁴ Lizama y Ugarte (1998), pp. 234 y ss.

Por otro lado, la excepción relativa a las ‘capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad’ tiende a perpetuar la discriminación estructural contra las mujeres⁵. Si un trabajador es más productivo que otro, sin importar su sexo, probablemente ganará más por medio de las remuneraciones variables, por ejemplo, comisión o bonos de productividad. Sin embargo, la frase aludida en el artículo 62 bis denota una cierta desconfianza hacia las capacidades de las mujeres y permite al empleador tener excusas para perpetuar la discriminación⁶.

Por último, el procedimiento de reclamo interno contemplado en el artículo 62 bis del CT puede conllevar acoso laboral en contra de la denunciante.

Dado estos inconvenientes, la doctrina ha manifestado su nula operatividad en la práctica⁷, calificando esta norma como un retroceso en nuestro derecho⁸. En la discusión legislativa del artículo 62 bis se percibe un paradigma anacrónico, considerando que el principio de no discriminación ha evolucionado en el derecho internacional hasta transformarse en un principio autónomo del de igualdad⁹.

La discriminación estructural por razones de sexo, raza u otras, hace invisible al grupo afectado, cuyos miembros pueden tener mayor capacidad o productividad laboral que los del grupo privilegiado¹⁰. Resulta obvio que una de las consecuencias del principio de la no discriminación es la igualdad de trato¹¹, lo cual incide directamente en el salario de los trabajadores.

En nuestro país, la brecha salarial entre hombres y mujeres, según el INE, es del 27%, es decir, ellas obtuvieron en 2018 un ingreso promedio de 474.911 pesos y ellos un promedio de 652.397 pesos¹². La brecha de salarios mensuales entre hombres y mujeres, en América Latina, es de un 14,5% según ONU Mujeres, alcanzando en el año 2015 a un 21,4% en los países del Cono Sur¹³. Junto a las brechas de ingreso, las mujeres deben enfrentarse a la división sexual del trabajo, a

⁵ La discusión en el Senado, en donde se agregó esta regla, denota la nula observancia a los tratados internacionales en la materia. Véase Historia de la Ley, Segundo Trámite Constitucional, pp. 32 y ss. [Disponible en: www.bcn.cl].

⁶ Por ejemplo, se ha rechazado el reclamo por el artículo 62 bis dado que el mayor pago al trabajador hombre se fundaba en su grado de magíster. Sin embargo, ese grado académico no era necesario para el trabajo que realizaban los involucrados. Véase Nash y Núñez (2018), pp. 248-249.

⁷ Rojas (2020), pp. 157 y ss.

⁸ Arellano (2018), p. 11.

⁹ Rodríguez (2020), pp. 118.

¹⁰ McGinley (2018).

¹¹ Caamaño (2003), pp. 25-26.

¹² INE (2020). [Disponible en: <https://bit.ly/35egwrB>]. [Fecha de consulta: 25 de junio de 2021].

¹³ ONU MUJERES. [Disponible en: <https://bit.ly/3GUfiQ0>]. [Fecha de consulta: 25 de junio de 2021].

la asignación de roles según género, por ejemplo, labores de cuidado, y a segmentación y segregación sexual en el mercado laboral¹⁴.

En este contexto, no es de extrañar que casi el 90% de las encuestadas señale que la nueva constitución debe contemplar el derecho a la igualdad salarial entre hombres y mujeres¹⁵.

Para el actual proceso constituyente de Chile, es necesario examinar los alcances de la igualdad salarial y sus formas de consagración en experiencias comparadas. Es decir, ¿Qué tipo de regulación constitucional de la igualdad salarial debiera establecerse? A este propósito enfocaremos este artículo.

En la sección siguiente, expondremos la conexión entre la igualdad salarial y la dignidad de la persona, para contextualizar mejor la importancia de este derecho. En la sección tercera, examinaremos la consagración internacional y constitucional de este derecho. En la sección cuarta, propondremos la regulación que debiera adoptarse en la nueva constitución. Finalizaremos con algunas conclusiones breves.

2. La igualdad salarial y la dignidad como estatus

La justificación del derecho antidiscriminatorio se basa en valores como la igualdad, la libertad, la autonomía, la dignidad e incluso se han dado justificaciones consecuencialistas¹⁶.

Sin embargo, la no discriminación salarial entre hombres y mujeres obedece en forma prioritaria al respecto de la dignidad de las mujeres¹⁷, en especial en la noción de “dignidad como estatus” de Jeremy Waldron. Lo anterior, no obsta a su incidencia en la igualdad, la libertad o autonomía de las afectadas, pero el reclamo igualitario en materia salarial se puede explicar prioritariamente en la noción de dignidad como estatus.

El concepto de dignidad ha ido evolucionando en el tiempo. Desde la antigüedad se distinguen varios períodos en el desarrollo de esta noción, cada uno con su paradigma: dignidad moral

¹⁴ INE (2015), pp. 26-32.

¹⁵ TúInfluyes.com (2020), p. 30.

¹⁶ Coddou (2014), p. 317.

¹⁷ Respecto del fundamento para prohibir las discriminaciones entre privados y sus críticas, véase Díaz de Valdés (2014), pp. 151-154.

¹⁷ Se ha señalado que en general la prohibición de discriminación se funda en a la dignidad de la persona, véase Soberanes (2019), p. 278.

En un sentido similar, pero con una noción más kantiana de dignidad como fundamento del derecho antidiscriminatorio, véase Esparza (2019), p. 4.

(antigüedad), dignidad espiritual (edad media y renacimiento), dignidad racional (siglos XVII y XVIII), dignidad social (siglo XIX) y dignidad humana en sentido estricto (siglos XX y XXI)¹⁸.

Este último paradigma, de la dignidad humana en sentido estricto, de los siglos XX y XXI, implicará una ética universal basada en la noción de que los seres humanos comparten un valor intrínseco y derechos inalienables por el mero hecho de ser personas¹⁹, lo cual redundará en la esfera jurídico-política desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y no sólo justifica deberes morales como en los paradigmas anteriores²⁰. Estamos en presencia de una nueva conceptualización de la dignidad²¹.

En el contexto de este paradigma del siglo XX, Waldron explica que la filosofía antigua planteaba la noción de dignidad vinculada a la de estatus, como una especie de rango, es decir, la dignidad de un rey no era igual a la de un obispo. Por el contrario, en la concepción moderna de dignidad, si bien se mantiene alguna vinculación con esta noción histórica de dignidad y rango, su sentido es absolutamente diferente, es decir, actualmente la dignidad expresa la idea de un rango alto e igualitario para “todos los seres humanos” sin excepción²².

En otras palabras, la dignidad es un estatus normativo comprensivo de todas las personas²³ y opera como un estatus general de alto rango asignado actualmente a todos y todas sin discriminación, es decir, la dignidad como nobleza para el ser humano común²⁴. En definitiva, Waldron intenta conciliar la idea antigua de rango con la concepción igualitaria de dignidad²⁵.

Entonces la noción contemporánea de dignidad implica una elevación de rango, que conlleva tratar a todas y todos con el respeto que antes se otorgaba a la nobleza²⁶. Es decir, no es que nuestra actual organización social excluya la nobleza o el rango, por el contrario, se trata de una suerte de sociedad aristocrática con un solo alto rango para todos sus integrantes²⁷. Es decir, somos como una sociedad de castas, pero solamente con una casta²⁸, porque todo ser humano

¹⁸ Andorno y Pele (2015), p. 1.

¹⁹ Andorno y Pele (2015), p. 4.

²⁰ Pele (2015), p. 15.

²¹ Yamada (2008), pp. 544 y ss.

²² Waldron (2012), p. 14.

²³ Waldron (2012), p. 18.

²⁴ Waldron (2012), p. 22.

²⁵ Waldron (2012), p. 31.

²⁶ Waldron (2012), p. 33.

²⁷ Gregory Vlastos citado por Waldron (2012), p. 34.

²⁸ Waldron (2012), p.34.

pertenece a este estatus que puede denominarse de “ciudadano del mundo”, merecedor de amplio respeto²⁹.

La dignidad como estatus implica, por ejemplo, la prohibición de los tratos degradantes, del discurso del odio, la protección a grupos étnicos o raciales de las amenazas, abusos o insultos, y la prohibición de discriminación³⁰.

Y la exigencia de igualdad salarial entre mujeres y hombres, encuentra una explicación idónea en esta noción de dignidad como estatus. En otras palabras, si una mujer gana menos que un hombre aunque ambos realicen el mismo trabajo, se vulnera la dignidad como estatus y nos retrotraemos a la antigüedad, otorgando en forma injustificada un rango mayor a los hombres por sobre las mujeres.

3. Consagración internacional y constitucional

En esta sección estudiaremos cómo se ha establecido la igualdad salarial en distintas Declaraciones, Tratados Internacionales y Constituciones.

Es importante consagrar este derecho con rango constitucional, sin perjuicio de su posterior desarrollo legal, ya que uno de los objetivos de las normas y de la jurisprudencia antidiscriminatorias alude a la transformación de las mentalidades y de las prácticas sociales³¹. Por ello, es relevante que una materia sensible como la igualdad salarial figure expresamente en la nueva constitución.

Las prohibiciones generales de discriminación evidentemente aplican también a la igualdad salarial. Pero, para los objetivos de este artículo, necesitamos revisar las consagraciones expresas, las cuales son de dos tipos: consagraciones mínimas y otras más extendidas.

3.1. CONSAGRACIÓN MÍNIMA

Se caracterizan por establecer la igualdad de trato en materia salarial, precisando, a veces, que aplica a trabajos de igual valor o por trabajo igual. Este tipo de consagración mínima la

²⁹ Waldron (2013), pp. 327-343.

³⁰ Waldron (2012), p. 48.

³¹ Muñoz (2013), p. 223.

encontramos en algunas declaraciones de derechos, tratados internacionales y en diversas constituciones.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, la Constitución de México, de 1917³², fue totalmente innovadora al consagrar la igualdad salarial en su artículo 123 A de la siguiente forma: “VII Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, estableció en su artículo 23.2: “2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

En el mismo año, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dispuso en su artículo 23.2.: “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

Más contemporáneamente el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”³³, de 1988, en su artículo 7, sobre Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo, dispone:

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción[...].

Del mismo modo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta de Niza, del 2000, dispone en su artículo 23:

Igualdad entre mujeres y hombres.

³² [Disponible en: <https://bit.ly/3lvg9Y3>].

Por el contrario, la Constitución de Weimar, de 1919, no contiene una norma específica de igualdad salarial. Su artículo 109 párrafo segundo disponía solo que: “Hombres y mujeres tienen por principio los mismos derechos y deberes políticos”. Véase Bühler (2010), p. 271.

En la actualidad, el artículo 3.2 de la Constitución Alemana, de 1949, establece que: “El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.”. [Disponible en: <https://bit.ly/3FU97c>].

³³ Firmado por Chile, pero aún no ratificado.

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.”.

La igualdad salarial también ha sido establecida explícitamente en diversas constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial (sin perjuicio de la Constitución Mexicana de 1917, ya mencionada), con carácter mínimo.

En efecto, la Constitución de Italia, de 1947³⁴, estatuye en su artículo 37 párrafo primero: “La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador”.

La Constitución de Costa Rica, de 1949³⁵, dispone en su artículo 57: “Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”.

La Constitución de Argentina, de 1853, en su artículo 14 bis, párrafo primero, agregado en 1957³⁶, contempla:

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.” (el destacado es nuestro).

La Constitución de Portugal, de 1976³⁷, en su artículo 59 sobre Derechos de los trabajadores, establece:

1. Todos los trabajadores, sin distinción de edad, sexo, raza, nacionalidad, religión o ideología, tendrán derecho:

a. A la retribución de su trabajo según la cantidad, naturaleza, y calidad del mismo, con observancia del principio a trabajo igual, salario igual, de tal forma que garantice la existencia digna[...].

³⁴ [Disponible en: <https://bit.ly/35ckCR0>].

³⁵ [Disponible en: <https://bit.ly/3q05h1a>].

³⁶ [Disponible en: <https://bit.ly/3GMo0jk>].

³⁷ [Disponible en: <https://bit.ly/3GRYyZQ>].

La Constitución de Grecia, de 1978³⁸, en su artículo 22.1 dispone:

1. El trabajo constituye un derecho y queda bajo la protección del Estado, el cual velará por la creación de condiciones de pleno empleo para todos los ciudadanos, así como por el progreso moral y material de la población activa, rural y urbana.

Todos los que trabajan tendrán derecho, sin tenerse en cuenta su sexo ni otras distinciones, a la misma remuneración por el trabajo de igual valor realizado.

La Constitución de España, de 1978³⁹, dispone en su artículo 35:

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 en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

La Constitución de Brasil, de 1988⁴⁰, establece en su artículo 7: “XXX la prohibición de diferencias salariales, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil”.

Por último, la Constitución de Finlandia, del 2000⁴¹, en su artículo 6 párrafo final, señala: “Se promoverá la igualdad entre hombres y mujeres en la actividad social y en la vida laboral, especialmente al determinarse la remuneración y demás condiciones de la relación de servicio, de acuerdo con lo establecido más precisamente por Ley”.

Como apreciamos, las redacciones no son similares, pero aluden a la igualdad de trato en materia salarial entre sexos, agregando en algunos casos que esta igualdad procede por trabajos de igual valor o trabajo igual.

3.2. CONSAGRACIÓN EXTENDIDA

Se caracterizan por establecer cláusulas más amplias sobre igualdad de trato en materia salarial, detallando lo que se entiende por trabajos de igual valor o estableciendo un deber de fomento de la igualdad salarial. Este tipo de consagración extendida es propia de los tratados internacionales de derechos humanos.

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, establece en su artículo 7:

³⁸ [Disponible en: <https://bit.ly/3tN1fbn>].

³⁹ [Disponible en: <https://bit.ly/3FRwQez>].

⁴⁰ [Disponible en: <https://bit.ly/3qQ5NvS>].

⁴¹ [Disponible en: <https://bit.ly/3rHjWWu>].

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual[...].

Con un mayor desarrollo la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de la ONU, de 1979 dispone, en su artículo 11.1. letra d):

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...)

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.

Por su parte, el Convenio 100 de la OIT, de 1951, sobre igualdad de remuneraciones, en su artículo 1 establece:

A los efectos del presente Convenio:

a) el término **remuneración** comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;

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." (subrayado en el original).

Su artículo 2 agrega:

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 sea 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.

Luego, en su artículo 3.1, el Convenio 100 hace referencia a la necesidad de: “adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio.”.

Podemos observar tres evoluciones de interés dentro de la consagración extendida.

Primero, se evoluciona desde el “trabajo igual” al trabajo de “igual valor” (desde el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer). De esta forma se evitan fraudes, en el sentido de que un trabajo distinto o con diferente denominación puede tener el mismo valor y, en consecuencia, no debiera haber distinta remuneración.

Un particularismo que presenta la igualdad salarial es que la misma norma que la consagra establece el término de comparación⁴², a saber, el mismo trabajo o, más contemporáneamente, trabajo de igual valor.

Segundo, se explicita el alcance de la voz salario o remuneración (Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y Convenio 100 de la OIT). En efecto, la igualdad salarial alude a “todo” pago o retribución que se hace al trabajador, sin limitarse al sueldo mensual.

Tercero, se establece un deber positivo de fomento de la igualdad salarial (Convenio 100 de la OIT). Este tercer punto es muy importante, dado que hace referencia al plus que exige el principio de no discriminación con relación al de igualdad, en orden al deber del Estado de tomar acciones concretas para lograr la protección y promoción de los grupos desventajados⁴³, como ocurre con las mujeres.

En este mismo sentido, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha enfatizado⁴⁴:

Los Estados partes deberían aprobar leyes y adoptar otras medidas para promover la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, también en el sector privado, por ejemplo alentando el establecimiento de una clasificación de empleos que no tenga en cuenta el sexo; fijando objetivos con plazos determinados para alcanzar la igualdad y requisitos de información para evaluar si se han alcanzado los objetivos; y exigiendo reducciones progresivas de las diferencias entre las tasas de remuneración de los hombres y las mujeres por un trabajo de igual valor. Los Estados partes deberían considerar la posibilidad de

⁴² Soberanes (2019), p. 273.

⁴³ Sáez (1994), p. 36.

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016), p. 5 párrafo 15.

adoptar una amplia serie de medidas de formación profesional y de otro tipo de formación destinadas a las mujeres, que incluyan los ámbitos de estudio y de trabajo no tradicionales.

4. Propuesta para la nueva constitución

El supuesto de este artículo es que debe consagrarse en forma expresa la igualdad salarial en la nueva constitución. Por tanto, no basta con la prohibición general de no discriminación, o con una cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, como el actual artículo 5 inciso segundo de la constitución de 1980, las cuales obviamente pueden complementar una consagración más precisa.

Las alternativas son varias: establecer una consagración mínima, como la de las declaraciones y constituciones citadas, o contemplar una consagración extendida. En ambos casos deberá concretarse posteriormente una consagración expresa de rango legal que desarrolle in extenso la igualdad salarial.

De ambas opciones nos inclinamos por la consagración extendida, dada la importancia de este derecho y su persistente transgresión en Chile y el mundo. La nueva constitución cumplirá, entre otros, un rol pedagógico y una consagración extendida ayuda en ese objetivo.

Por tanto, la consagración de la igualdad salarial deberá comprender las tres evoluciones destacadas en el acápite anterior, es decir, referirse a “trabajos de igual valor”, aludir a un sentido amplio de “salario o remuneración” y establecer un “rol de fomento del Estado”. Podría precisarse, además, que la igualdad salarial rige no solo respecto de las mujeres, sino también en favor de otros grupos desventajados.

Además, como Chile tiene suscritos y ratificados tanto la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer como el Convenio 100 de la OIT, la nueva redacción podría terminar con una cláusula de renvío a estos tratados.

Por tanto, una redacción como la propuesta, por ejemplo, podría ser de este tenor:

La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor entre mujeres y hombres es un derecho inviolable. Por remuneración se entiende el sueldo y todos los demás tipos de remuneración que sean aplicables, así como cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador. El Estado deberá fomentar la igualdad de remuneraciones por un trabajo de igual valor, sin distinción alguna por motivos de sexo, orientación sexual, raza, color, nacionalidad, maternidad, discapacidad u otros factores sospechosos de discriminación. Nada de lo anteriormente dispuesto,

autorizará al Estado para adoptar medidas legislativas que menoscaben los derechos contemplados en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer o en el Convenio 100 de la OIT, ambos ratificados por nuestro país.

5. Conclusiones

En este artículo hemos tratado de la necesidad de consagrar una norma expresa de igualdad salarial en la nueva constitución que se está debatiendo en nuestro país.

Hicimos una breve semblanza de la regulación actual y sus ineficiencias, aludiendo a la brecha salarial existente en Chile entre hombres y mujeres según datos del Instituto Nacional de Estadísticas, citando una encuesta reciente donde casi el 90% de las mujeres espera que la nueva constitución establezca en forma explícita la igualdad salarial.

Además, señalamos como principal fundamento de la igualdad salarial la noción de dignidad como estatus, postulada por Waldron.

Luego, revisamos la consagración comparada de este principio tanto en declaraciones y tratados internacionales, como el de algunas constituciones. En base a esos textos distinguimos dos tipos de consagración, mínima y extendida.

Finalmente, propusimos el siguiente texto para la nueva constitución:

La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor entre mujeres y hombres es un derecho inviolable. Por remuneración se entiende el sueldo y todos los demás tipos de remuneración que sean aplicables, así como cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador. El Estado deberá fomentar la igualdad de remuneraciones por un trabajo de igual valor, sin distinción alguna por motivos de sexo, orientación sexual, raza, color, nacionalidad, maternidad, discapacidad u otros factores sospechosos de discriminación. Nada de lo anteriormente dispuesto, autorizará al Estado para adoptar medidas legislativas que menoscaben los derechos contemplados en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer o en el Convenio 100 de la OIT, ambos ratificados por nuestro país.

Sin duda, esta propuesta es perfectible, pero consideramos que una consagración efectiva de la igualdad salarial debiera hacerse cargo de cada uno de los puntos planteados en nuestra propuesta.

Bibliografía citada

- Andorno, Roberto y Pele, Antonio (2015): “Human Dignity”, en *Encyclopedia of Global Bioethics*, Springer, pp. 1-11. [Disponible en: <https://bit.ly/30lqVzG>]. [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2020].
- Arellano Ortiz, Pablo (2018): “Discriminación en la legislación social chilena: La necesidad de profundizar su estudio”, en Pablo Arellano Ortiz (ed.) *La Discriminación en la Legislación Social Chilena* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 9-19.
- Bühler, Ottmar (2010): “Texto de la Constitución Alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático de sus preceptos”, en *La Constitución de Weimar* (Madrid, Tecnos) pp. 115-358.
- Caamaño Rojo, Eduardo (2003): “La Tutela del Derecho a la No Discriminación por Razones de Sexo Durante la Vigencia de la Relación Laboral”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. XIV, Julio), pp.25-41.
- _____ (2005): *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, LexisNexis).
- Coddou Mc Manus, Alberto (2014): “*Latin American Constitutionalism, 1819-2010: The Engine Room of the Constitution*”, Roberto Gargarella, Oxford University Press, Oxford, 2013, *Philosophical Foundations of Discriminations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, Deborah Helman y Sophia Moreau. Las interrogantes y posibilidades de un proyecto de derecho de la anti-discriminación en América Latina”, en *Estudios Constitucionales* (Año 12, N° 2), pp. 315-322.
- Díaz de Valdés, José Manuel (2014): “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLII, 1er Semestre), pp. 149-186.
- Esparza Reyes, Estefanía (2019): “Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación en Chile”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (N° 40, enero-junio), pp. 3-37.
- Gamonal C., Sergio (2000): “La Lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad”, en *Revista Laboral Chilena*, agosto, pp. 69-79.

- Gauché Marchetti, Ximena (2014): “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Vol. 5, N°1), pp.11-58.
- Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis (1998): *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa* (Santiago, ConoSur) pp. 234 y ss.
- McGinley, Ann (2018): “Género, Derecho y Cultura en los lugares de trabajo jurídicos: Un caso chileno de estudio”, en *Latin American Legal Studies* (Vol. 3), pp. 49-76.
- Muñoz León, Fernando (2013): “No a “separados pero iguales” en Chile: Un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, en *Estudios Constitucionales* (Año 11, N°2), pp. 201-228.
- Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2018): “Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile”, en *Estudios Constitucionales* (Año 16, N°2), pp. 221-270.
- Pele, Antonio (2015): “La Dignidad Humana: Modelo Contemporáneo y Modelos Tradicionales”, en *Revista Brasileira de Direito* (Vol. 11, N°2), pp. 7-17.
- Rodríguez Burr, Matías (2020): “El Convenio núm. 111, sobre discriminación (empleo y ocupación), y el derecho a la no discriminación en el empleo en Chile”, en Pablo Arellano Ortiz y Juan Pablo Severín (eds.) *Chile y la Organización Internacional del Trabajo. 100 años de relación normativa* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 117-141.
- Rojas Miño, Irene (2020): “Los instrumentos jurídicos ante la discriminación remunerativa entre mujeres y hombres en Chile”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, (Vol. XXXIII, N° 2), pp.145-165.
- Sáez Lara, Carmen (1994): *Mujeres y Mercado de Trabajo* (Madrid, Consejo Económico y Social de España).
- Soberanes Díez, José María (2019): “El Derecho Constitucional a la Igualdad Retributiva”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (N°29, julio-diciembre), pp. 269-288.

Ugarte Cataldo, José Luis (2013): *El derecho a la no discriminación en el trabajo* (Santiago, Thomson Reuters).

Waldron, Jeremy (2012): *Dignity, Rank, & Rights* (Nueva York, Oxford University Press).

Waldron, Jeremy (2013): “Citizenship and Dignity”, en Christopher McCrudden (ed), *Understanding Human Dignity* (Oxford, Oxford University Press) pp. 327-343.

Yamada, David C. (2008): “Human Dignity and American Employment Law”, en *New Workplace Institute, Suffolk University Law School, Research Paper* (08-36), pp. 523-569.

Documentos

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016): Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social).

INE (2015): *Mujeres en Chile y Mercado de Trabajo. Participación Laboral Femenina y Brechas Salariales* (Santiago, Instituto Nacional de Estadísticas).

INE (2020): *Mujeres en Chile ganan en promedio 27% menos que los hombres* (Santiago, Instituto Nacional de Estadísticas). [Disponible en: <https://bit.ly/35egwrB>]. [Fecha de consulta: 25 de junio de 2021].

ONU Mujeres. [Disponible en: <https://bit.ly/3GUfiQ0>]. [Fecha de consulta: 25 de junio de 2021].

TúInfluyes.com (2020): *Estudio Nacional de Mujeres, Derechos y Nueva Constitución*, (Santiago, Humanas, Instituto Update, Origen Consultores y Friedrich Ebert Stiftung).

Normas jurídicas

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000.

Constitución de Argentina, de 1853. [Disponible en: <https://bit.ly/3GMo0jk>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Constitución de Brasil, de 1988. [Disponible en: <https://bit.ly/3qQ5NvS>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Constitución de Costa Rica, de 1949. [Disponible en : <https://bit.ly/3q05h1a>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Constitución de España, de 1978. [Disponible en: <https://bit.ly/3FRwQez>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Constitución de Finlandia, del 2000. [Disponible en: <https://bit.ly/3rHJWWu>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Constitución de Grecia, de 1978. [Disponible en : <https://bit.ly/3tN1fbn>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Constitución de Italia, de 1947. [Disponible en: <https://bit.ly/35ckCR0>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Constitución de México, de 1917. [Disponible en: <https://bit.ly/3Ivg9Y3>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Constitución Política de la República de Chile, Decreto N° 100, publicado en Diario Oficial el 22 de septiembre de 2005.

Constitución de Portugal, de 1976. [Disponible en: <https://bit.ly/3GRYyZQ>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949. [Disponible en: <https://bit.ly/3FUUp97c>]. [Fecha de consulta: 25 de junio 2021].

Ley N° 20.348 Modifica el Código del Trabajo resguardando el derecho a la igualdad en las remuneraciones, publicada en el Diario Oficial el 19 de junio de 2009.

OIT, Convenio 100 sobre igualdad de remuneraciones, de 1951.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, 1988.